

L'INSPECTION DU TRAVAIL, L'ENTREPRISE ET LES DROITS DES TRAVAILLEURS

II. Quel contrôle pour assurer les droits fondamentaux des travailleurs dans le contexte de la sous-traitance mondialisée ?

L'inspection du travail face à la réalité de la sous-traitance mondialisée

par Michèle BONNECHERE,
Professeur émérite à l'université d'Évry, Val d'Essonne

PLAN

I. Le droit applicable

- A. L'absence de conflit de lois
- B. La théorie du co-employeur
- C. Apparaît donc l'importance des normes internationales du travail
- D. Une autre source potentielle de droits peut résulter d'accords conclus entre une firme, les dirigeants d'un groupe et les syndicats
- E. La *soft law*...

II. Sur les engagements éthiques du donneur d'ordre et la réalité contractuelle

- A. Quelle effectivité pour les engagements éthiques ?
- B. La neutralisation des engagements éthiques par les pratiques contractuelles

L'inspection du travail et la santé-sécurité au travail : c'est l'approche première, y compris pour le comité des hauts responsables de l'inspection du travail dans l'Union européenne (1). Parce que tout droit du travail se construit d'abord sur le droit à la sécurité dans le travail (2). Nous avons réalisé le décalage entre cette vision classique et la réalité en lisant l'interview d'un inspecteur des usines au Bangladesh après l'effondrement du Rana Plaza (3) : « nous sommes 51, il y a 6 000 entreprises dans le textile, 200 000 en tout dans le pays » (c'était dans *Libération*, 24 mai 2013). Alors que nous pensions à une journée d'étude sur l'inspection du travail, prendre cet exemple comme caractérisant l'importance vitale d'une inspection du travail s'est imposé à nous.

Mon propos introductif aura une portée modeste. Il ne traitera que marginalement du problème essentiel de la responsabilité des sociétés transnationales, en fait espace béant de non-responsabilité, auquel une proposition de loi récente (n° 1777) sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et entreprises donneurs d'ordre voudrait mettre un terme (4).

Ma référence sera, autant que possible, le contrôle de l'inspection du travail face à la réalité de la sous-traitance mondialisée. Mais cette référence est-elle possible ? Nous « découvrons » que notre monde ne connaît pas un droit du travail universel...

Des économistes (5) voient la montée de la sous-traitance comme un moment particulier de l'histoire de la subordination de la main-d'œuvre au capital. Disposer effectivement d'une force de travail tout en se soustrayant au droit du travail, tel serait le rôle de la sous-traitance. Le donneur d'ordre fait passer une mobilisation de main-d'œuvre pour un contrat commercial, pour lui le contrat de travail disparaît. Formellement, pour le donneur d'ordre, la main-d'œuvre (du fournisseur) ne relève pas du droit du travail.

(1) Le Comité des hauts responsables de l'inspection du travail (CHRIT) a été créé par une décision de la Commission européenne du 12 juillet 1995, mais le CHRIT fonctionnait déjà de manière informelle depuis 1982. Ce comité, à compétence consultative, est composé de représentants des services de l'inspection du travail des États membres et assiste la Commission sur toute question ayant une incidence sur la santé et la sécurité au travail, en rendant des avis.

(2) Alain Supiot a insisté sur l'une des questions dont procède le droit du travail : comment assurer la sécurité physique d'individus assujettis aux contraintes de la production, et sur la défaillance du droit civil des contrats (« Pourquoi un droit du travail ? », Dr. Soc.1990.485).

(3) Le Rana Plaza était un immeuble situé à Dacca, au Bangladesh, abritant des dizaines d'ateliers textiles, dont l'effondrement, le 24 avril 2013, a tué 1 138 personnes, laissant plus de 2 000 blessés. Se reporter *infra* à l'intervention de Srinivas Reddy, directeur du bureau de pays de l'OIT au Bangladesh.

(4) Proposition de loi n°1777 relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre, déposée à l'Assemblée nationale le 11 février 2014.

(5) Bruno Tinel, Corinne Perraudin, Nadine Thèvenot, Julie Valentin, « La sous-traitance comme moyen de subordination réelle de la force de travail », in *Actuel Marx* 2007, n° 41, p. 153, PUF.

Peut-on définir la sous-traitance ? Au plan juridique, la sous-traitance rentre, en fait, dans le concept de *contrat d'entreprise*, appellation moderne du contrat de *louage d'ouvrage* visé à l'article 1710 du Code civil : « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ». Pour autant, certains spécialistes soulignent qu'il n'y a guère de différence entre sous-traitance et vente dans le quotidien des relations entre les sous-traitants et leurs clients (baisses de prix imposées, rupture brutale de contrat, retards de paiement, etc.). Avec la sous-traitance, le donneur d'ordre privilégie l'option « acheter » à l'option « produire ».

Le problème qui nous intéresse est, selon la formule de l'OIT, le travail en sous-traitance : la situation des salariés du fournisseur. 35 grands groupes ont fait de la France un pays de sous-traitance, dit-on. La majorité d'entre eux ont signé une charte « des 10 engagements pour des achats responsables », que l'on trouve sur le site du médiateur interentreprises (6), où la question du travail en sous-traitance n'apparaît pas (7).

L'enjeu du respect des droits fondamentaux des travailleurs employés par les fournisseurs n'est rien moins que la réintroduction de la « relation de travail » dans le rapport de sous-traitance. En 1998, l'OIT a tenté de le faire lors de sa 86^{ème} session et elle a échoué

face aux résistances (8). Une résolution a débouché, en mai 2000, sur une réunion tripartite d'experts pour identifier les problèmes. On lit, dans les conclusions de cette réunion, que « *le phénomène mondial de transformation qui affecte la nature du travail a conduit à des situations dans lesquelles le champ d'application de la relation de travail (qui détermine si les travailleurs ont droit ou non à la protection prévue par la législation) ne concorde pas avec la réalité de la relation de travail* ». En juin 2006, la conférence internationale du travail a adopté une recommandation (n° 198) sur la relation de travail, qui vise certaines relations triangulaires, mais ne traite pas de la sous-traitance mondialisée.

Un récent accord conclu entre le géant de la vente de vêtements au détail H&M et l'OIT laisse rêveur : le « partenariat », c'est-à-dire la technique contractuelle utilisée par l'OIT avec une multinationale (9), serait l'outil adéquat pour faire progresser le respect des normes internationales en matière de travail dans le contexte de la mondialisation de la relation de travail !

Dans cette brève introduction à la table ronde sur la sous-traitance mondialisée, j'évoquerai deux questions : le droit applicable ; les engagements éthiques et la réalité contractuelle.

I. Le droit applicable

C'est d'abord la question de la loi, de l'ordre juridique, qui peut susciter l'étonnement : alors que les quelque 180 firmes signataires de l'accord sur la sécurité au Bangladesh (v. *infra*) sont très majoritairement européennes (Allemagne, France, Suède,

Royaume-Uni) ou américaines, japonaises etc, elles ne sont nullement tenues de se préoccuper de leur droit du travail « national », tout simplement parce qu'elles ne sont pas elles-mêmes parties aux contrats de travail conclus par leurs fournisseurs.

(6) La médiation interentreprises est un dispositif (dépendant du ministère de l'Économie) d'aide par la médiation aux entreprises qui rencontrent des difficultés contractuelles ou relationnelles avec un partenaire commercial, avec l'optique d'un rééquilibrage des relations client-fournisseur. www.economie.gouv.fr/mediation-interentreprises.

(7) La Charte « relations fournisseurs responsables » se préoccupe des difficultés des PME dans leurs relations avec leurs « grands clients » et se donne pour but d'engager les grands donneurs d'ordres signataires à « *mettre en place une démarche de progrès vis-à-vis de leurs fournisseurs et notamment les petites et moyennes entreprises (TPE-PME)* ». L'engagement n°6 vise à « *intégrer la problématique environnementale* ». Aucun engagement ne traite des salariés et des aspects sociaux. On peut simplement relever que, pour apprécier le « *coût total de l'achat* » (engagement n°5) et la compétitivité des différentes offres, le grand donneur d'ordre doit s'attacher « *autant que faire se peut* » à intégrer « *le coût des audits qualité et RSE* ». Sur le problème de la charge des audits, v. *infra*. On constate aussi la référence aux « *risques sociaux* » (et politiques) non pris en compte par les assurances (!), à intégrer dans les aléas (sic) liés à l'évaluation des coûts totaux.

(8) Le BIT avait proposé un projet de convention et un projet de recommandation sur le travail en sous-traitance (86^{ème} session, juin 1998, rapport V (2B)).

(9) L'accord, présenté comme « unique », date du 15 septembre 2014. En fait, dès 2001, l'OIT avait fait appel à ce type de coopération pour son programme de l'agence pour de meilleures usines au Cambodge. L'accord du 15 septembre 2014 comporte l'engagement de la firme H&M de promouvoir « *l'agenda du travail décent* » dans sa chaîne d'approvisionnement. Il porte sur les relations industrielles (avec un coup de chapeau au renforcement de l'inspection du travail) et les salaires (fixation d'un minimum), la reconnaissance des qualifications et la formation, le renforcement des organisations d'employeurs et de travailleurs, et prévoit un plan de communication sur la mise en œuvre du programme et les leçons à en tirer. Le texte insiste sur la liberté d'association et le droit de négociation collective (www.irshare.eu). « *Les problèmes de l'industrie textile sont systémiques et nous devons agir pour développer des relations professionnelles efficaces et promouvoir le respect des normes internationales du travail. Il devient donc urgent de nouer des collaborations stratégiques globales avec des entreprises qui, comme H&M, ont de l'expérience dans ces domaines* », a déclaré le Directeur général de l'OIT, Guy Ryder.

A. L'absence de conflit de lois

Lorsqu'une réalité juridique est éparpillée entre différents États, il faut déterminer la loi applicable. Avec la sous-traitance internationale, le contrat entre les entreprises (donneur d'ordre, fournisseur) peut poser un problème de rattachement, mais les contrats de travail des salariés de ce dernier ne comportent pas, la plupart du temps, un conflit de lois. Le contrat de travail des salariés des usines de confection au Bangladesh, même si l'employeur est fournisseur d'une multinationale européenne, relève de l'ordre juridique de ce pays.

Contrairement aux délocalisations industrielles, que l'on trouve notamment dans l'automobile, les grands distributeurs de vêtements ne créent pas d'usines et n'en possèdent pas sur place. Ils se limitent à donner du travail à façon à des entrepreneurs locaux.

La réglementation applicable est la loi locale. Sont ainsi objectivement contournés l'obligation de sécurité de résultat du droit français et les textes imposant un encadrement juridique parcellaire de la sous-traitance dans le Code du travail (v. *infra* G. Le Corre).

B. La théorie du co-employeur

La théorie du co-employeur (10), permettant d'impliquer la société-mère d'un groupe, est d'un impact très limité, voire inexistant, en matière de sous-traitance internationale.

Cette constatation ne découle pas du fait qu'à ce jour, les décisions sur le co-emploi sont principalement intervenues entre sociétés d'un même groupe (11). En effet, les critères du co-emploi pourraient s'appliquer en dehors d'un groupe, dans le cas d'un sous-traitant totalement dépendant, économiquement géré, en

fait, par son donneur d'ordres. Sur un plan économique, l'on peut voir la sous-traitance internationale comme faisant de l'activité des fournisseurs une extension de l'activité du donneur d'ordre. Mais, pour l'analyse juridique il n'est même pas sûr que l'évolution des critères du co-emploi résultant de la jurisprudence *Molex* (12) soit déterminante. La triple confusion d'intérêt, d'activité, de dirigeants serait-elle suffisante, elle ne se rencontre guère dans les chaînes d'approvisionnement dont nous parlons. *A fortiori*, la confusion sociale entre deux sociétés (qui ne renvoie pas nécessairement à la fraude) conduisant à la recherche du détenteur réel du pouvoir, assis sur la subordination juridique des salariés, ne peut être exclue totalement, mais ne correspond pas à la réalité habituelle de la sous-traitance mondialisée.

Avec la sous-traitance mondialisée, ce n'est pas seulement le contrat de travail qui disparaît pour le donneur d'ordre, c'est le droit français du travail. Nous sommes confrontés à cette fameuse asymétrie entre la dimension mondiale des mouvements financiers et économiques et la nature, le plus souvent étatique, des normes juridiques. Oserais-je une remarque : on pense à une sorte d'énorme marchandage au profit du donneur d'ordre, qui mobilise la main-d'œuvre de ses fournisseurs sans avoir à appliquer son propre droit du travail.

À noter que je laisse de côté le cas spécifique traité par la directive 96/71 dans l'UE sur le détachement de travailleurs : la directive d'application permet l'établissement d'une responsabilité solidaire du donneur d'ordre et du sous-traitant employant des travailleurs détachés en matière de salaire (13).

La question de l'inspection du travail se pose également dans un contexte purement local. On

(10) Au départ, le co-emploi a servi à sanctionner le comportement déloyal et la légèreté blâmable de la société-mère d'un groupe qui a décidé de ne plus financer sa filiale, les salariés licenciés par celle-ci se voyant reconnaître une action en responsabilité contractuelle contre la société dominante, co-employeur solvable. V. Cass. Soc. 19 juin 2007, n° 05-42551, Dr. Ouvr. 2007.522 n. V. Lacoste-Mary, RDT 2007, p. 543, n. F. Jault-Seseke, et P. Morvan, « Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp) », JCP S oct. 12 octobre 2010, doctrine 1407. En exigeant que la confusion d'intérêt, d'activités et de direction se manifeste « par une immixtion dans la gestion économique et sociale de la filiale », l'arrêt *Molex* du 2 juillet 2014 (Dr. Ouvr. 2014.654, n. M. Castel, jurispr. Soc. Lamy n° 372 du 23 septembre 2014, com. A. Boulanger) en revient à un critère de la confusion sociale de l'exercice du pouvoir, souhaité par une partie de la doctrine (v. Ph. Antonmattei, « Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme », SSL Lamy, 21 mars 2011, p. 12), qui s'était manifesté dans l'arrêt *Jungheinrich* du 18 janvier 2011 (n° 09-69199, Dr. Ouvr. 2011.273 n. P. Darves-Bornoz).

(11) L'on sait que la Cour d'appel de Paris, contrairement au TASS de Melun, a refusé de qualifier Areva de co-employeur d'un salarié décédé d'un cancer du poumon au Niger, en l'absence de toute confusion de gestion ou d'activité avec la société Cominak (société de droit nigérien) à laquelle Areva avait apporté la concession du gisement du site d'Akouta (Niger) dont elle était titulaire. La cour d'appel a relevé qu'Areva « n'était pas la société-mère ». De même, la Cour d'appel a refusé d'analyser l'accord qu'avait conclu Areva avec Sherpa et Médecins du Monde sur un observatoire local de

santé comme un engagement unilatéral valant reconnaissance de la qualité d'employeur ou co-employeur (CA Paris, pôle 6, 12^e ch, 24 octobre 2013, Jurisp. Soc. Lamy n° 358 du 27 janvier 2014).

(12) Cass. Soc. 2 juillet 2014, précité : « attendu... que, hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des activités économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière ». On ne peut pas dire que le message général (au-delà du groupe) de l'arrêt aille dans le sens de la responsabilisation des sociétés transnationales.

(13) Une disposition de la directive 2014/67 du 15 mai 2014 (exécution de la directive 96/71), spécialement dans le secteur du bâtiment, prévoit la possibilité d'une responsabilité du donneur d'ordre à l'égard d'un sous-traitant direct qui ne respecterait pas les droits des salariés détachés (v. l'article 12 du texte). La loi 2014/790 du 10 juillet 2014 a prévu, en guise de transposition, un mécanisme d'injonctions adressées par le donneur d'ordre au sous-traitant sur information écrite des « agents de contrôle », la responsabilité solidaire ne jouant qu'en cas de violation de l'obligation d'injonction (sur cette loi, v. H. Guichoua, « La loi du 10 juillet 2014 destinée à lutter contre le dumping social : une loi timide et une occasion manquée », Dr. Ouvr. 2014 p. 823).

réalise l'importance du travail de l'OIT, qui a recommandé très vite la création de centaines de postes d'inspecteurs du travail et élaboré un plan pour leur formation – on se reportera sur ce point aux propos de Srinivas Reddy (14). Force est de constater, à la lecture du rapport 2014 de la Commission d'application des normes de la Conférence internationale du travail concernant l'application de la Convention n°81 par le Gouvernement du Bangladesh, que de nombreux problèmes se posent malgré les mesures prises : notamment, relève-t-on, la confidentialité concernant une plainte et sa source, les conditions de service des inspecteurs du travail, le caractère inopiné ou non des visites et les sanctions consécutives, le nombre des inspecteurs et leurs moyens matériels et facilités de transport, les liens hiérarchiques et les garanties d'indépendance des inspecteurs, en particulier dans les « zones franches d'exportation » (15).

L'ONG Amnesty International estime d'ailleurs qu'un « problème structurel » a été négligé : l'influence politique de l'industrie textile (16), et plus largement les pressions du monde des affaires sur les gouvernements.

Dans une déclaration récente (17), le directeur général adjoint du BIT, appelant à la mise en œuvre effective du droit du travail et d'un régime national d'assurance contre les accidents du travail, plaidait pour « *un engagement ferme de la part des partenaires internationaux, des marques et des détaillants, aux côtés de leurs interlocuteurs nationaux* » pour « *qu'on ne se souvienne pas seulement du Rana Plaza comme l'un des pires accidents industriels de l'histoire, mais aussi comme un tournant décisif pour les travailleurs du Bangladesh* » : allusion assez claire à la capacité de pression des firmes sur les décisions de réforme.

C. Apparaît donc l'importance des normes internationales du travail

Il n'y a pas de droit du travail universel, mais... la déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail (18) a identifié huit conven-

tions de l'OIT comme fondamentales, notamment la convention 87 sur la liberté syndicale (et la protection du droit syndical), et quatre autres prioritaires, dont la convention 81 sur l'inspection du travail (18 bis). Un pays comme le Bangladesh a ratifié les deux conventions citées, contrairement à la Chine, par exemple. Elles créent des droits pour les travailleurs. À noter que, par sa seule appartenance à l'OIT, un État s'engage en matière de droits fondamentaux au travail.

D. Une autre source potentielle de droits peut résulter d'accords conclus entre une firme, les dirigeants d'un groupe et les syndicats

L'accord sur la sécurité incendie et la sécurité des bâtiments au Bangladesh, conclu le 15 mai 2013 entre les sociétés occidentales (aujourd'hui quelque 180) et les syndicats Industrial Global Union et UNI Global Union (19), mérite à cet égard l'attention : la liste des signataires est intéressante à connaître (20), avec plusieurs ONG comme témoins.

L'accord a prévu la nomination, par son comité de pilotage paritaire, présidé par l'OIT, d'un inspecteur en chef de la sécurité, indépendant, qui choisit du personnel qualifié pour des inspections crédibles (21). Il fait référence à des comités de santé-sécurité d'usine. Il renvoie à une procédure d'arbitrage en cas de contestation d'une décision du comité de pilotage (art. 5) sur un différend entre les parties. Des outils juridiques précis sont mobilisés. Cette réalité contractuelle, originale et assez forte, est évidemment à rapprocher de l'horreur de la catastrophe industrielle survenue : à quel prix !

L'on constate aussi que le contenu de l'accord accorde une place importante aux normes techniques : des inspections « *crédibles des usines* » sont prévues, portant sur la sécurité-incendie et des bâtiments et qui débouchent sur l'identification d' « *actions correctives* » pour mettre une usine « *en conformité* ». L'inspecteur de la sécurité responsable, comme les inspecteurs qu'il choisit (« *personnel qualifié* »), sont sélectionnés en raison de leur expertise technique. Ces

(14) *V. supra*, p. 82.

(15) Rapport de la Commission d'application des normes de l'OIT, juin 2014, II^{ème} partie, Convention n°81 sur l'Inspection du travail, cas individuels n°8, Bangladesh.

(16) Live wire, blog international d'Amnesty international sur les droits humains, qui estime que 10 % des députés au Bangladesh jouent un rôle direct dans le secteur de l'industrie textile. Pour une analyse plus générale des liens entre le monde des affaires et les Gouvernements, v. « *Injustice incorporated : Corporate abuse and the Human right to remedy* », livre publié par Amnesty en mars 2014.

(17) Déclaration, le 14 novembre 2014, de M. Gilbert Houngbo, faisant référence à la convention n°121 de l'OIT sur les prestations en cas d'accidents du travail. www.ilo.org.

(18) Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée par la Conférence

internationale du travail le 18 juin de 1998 (annexe révisée le 15 juin 2010). Sont visées en premier lieu « *la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective* », puis l'interdiction du travail forcé, l'abolition effective du travail des enfants, l'élimination de la discrimination.

(18 bis) reproduit ci-après p. 136.

(19) Industrial Global Union a été créée le 19 juin 2012, par fusion de trois fédérations syndicales internationales : celles de la métallurgie, de la chimie, des mines et des industries diverses et celle des travailleurs du textile, de l'habillement et du cuir. UNIGlobal Union, autre fédération syndicale internationale, représente notamment les services, la communication.

(20) La liste des signataires (plus de 180) peut être consultée sur le site de Industrial global union.

(21) Il ne s'agit en aucune manière d'inspecteurs du travail (*v. infra*).

éléments sont évidemment importants pour le résultat recherché (assurer la sécurité des salariés), mais la part du droit, sans être inexistante, reste faible. Elle réside dans les engagements des sociétés signataires : financement d'un programme de sécurité-incendie et sécurité des bâtiments au Bangladesh pour cinq ans, ainsi que des activités du comité de pilotage de l'accord et de l'inspecteur de sécurité, exigence du respect d'un droit de retrait par les fournisseurs (22), obligation de moyen en matière de reclassement des salariés qui seraient licenciés parce que l'attitude d'un fournisseur a conduit à une résiliation de la « relation d'affaire ». Une procédure pour le « dépôt de plaintes » par les travailleurs auprès de l'inspecteur de la sécurité est prévue, mais le lien avec l'effectivité du droit de retrait (quel contrôle ?) n'est pas fait par le texte.

Un autre accord dénommé l'« Alliance » a été signé par 26 sociétés américaines et porte également sur des inspections. Il ne renvoie à aucune procédure de règlement des différends. Il relève d'une forme d'autorégulation patronale. À noter, tout de même : un amendement à cette « Alliance », du 1^{er} avril 2014, reconnaissant un droit de retrait aux salariés et la présence d'une pincée de syndicalistes dans un conseil consultatif. Fin octobre 2014, quelque 1 700 usines avaient été inspectées, dont 1 106 dans le cadre de l'Accord et 587 par l'« Alliance ». Brad Loewen, l'expert canadien nommé par le comité de pilotage (23) inspecteur en chef de l'Accord, a souligné que des problèmes de sécurité ont été constatés dans absolument toutes les usines, le plus dur restant à faire pour y remédier (24). Le bureau de pays de l'OIT parle de 60 % des usines inspectées.

L'une des questions posées concerne l'articulation de ce type d'initiative privée avec l'inspection du travail, qui est une fonction publique pour l'OIT, sur la nature comparée de ces types d'inspection. Une réunion tripartite a eu lieu à Genève en décembre

2013 (25) Nous avons interrogé S. Reddy sur ce point et sur l'effectivité des inspections (26). Ainsi qu'il l'a souligné, dans la conception de l'OIT, l'inspecteur du travail, dans le cadre d'une fonction publique, n'est pas seulement chargé d'assurer une expertise en matière de sécurité du travail, il est concerné directement par le respect de la liberté syndicale et du droit de négociation collective.

Fin novembre 2014, le bureau de l'OIT à Dacca organisait un séminaire réunissant une trentaine d'inspecteurs du travail dépendant du département compétent de l'administration publique, et des techniciens impliqués dans les inspections prévues par l'Accord et l'Alliance. À l'issue de cette réunion, S. Reddy soulignait l'importance d'un suivi des conclusions des inspections privées et le caractère « vital » de la prise en charge, tant immédiate que dans le long terme, par l'inspection du travail des problèmes de mise en conformité et d'application des règles. Il appelait pour cela à l'élaboration de procédures adéquates et transparentes, concernant toutes les usines inspectées (27).

E. La soft law...

Le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies a adopté, après de longs travaux, des principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme (28) et l'OCDE a renforcé ses propres « principes directeurs » (29). Il s'agit de recommandations que les Gouvernements adressent aux entreprises multinationales.

Référence est faite à la déclaration de l'OIT sur les droits fondamentaux au travail (1998) et aux droits de l'Homme internationalement reconnus, notamment le Pacte international sur les droits économiques et sociaux de 1966. Leur respect par les entreprises est volontaire, non juridiquement contraignant (sauf s'ils sont repris par des lois nationales).

(22) Point 15 de l'accord : « les sociétés signataires exigeront que leurs usines fournisseuses respectent le droit des travailleurs de refuser un travail dont ils ont des raisons fondées de croire qu'il n'est pas sûr, sans subir de discrimination ou de perte de salaire, y compris le droit de refuser d'entrer dans un bâtiment dont ils ont des raisons fondées de croire que son occupation n'est pas sûre ».

(23) Le comité de pilotage est de composition paritaire (firmes et syndicats) et l'OIT en assure la présidence.

(24) Selon le *New York Times*, seules 400 usines ont été inspectées (sur 1 500 projetées) dans le cadre du plan d'action national mis en place par le Gouvernement (cf. les propos de S. Reddy).

(25) v. « Réunion d'experts sur l'inspection du travail et le rôle des initiatives de vérification privées », Genève, 10-12 décembre 2013, rapport final MEPCI/2013/7.

(26) V. *supra* p. 82.

(27) Communiqué de presse du bureau de pays de l'OIT à Dacca, 27 novembre 2014 (www.ilo.org).

(28) Le « pacte mondial » ou « global compact » a été initié au siège des Nations Unies le 26 juillet 2000, après avoir été évoqué par M. Kofi Annan lors du forum économique de Davos en janvier 1999. Il repose sur dix principes, inspirés notamment de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'OIT. Les entreprises adhèrent volontairement à ces principes, le pacte n'est pas contraignant. Pour une analyse très sévère (« privatisation de la régulation sociale »), v. Thierry Brugvin, « Bonne gouvernance : l'institutionnalisation de la précarité du travail », *in* Interrogations, revue pluridisciplinaire de sciences humaines et sociale, juin 2007.

(29) Les Principes directeurs de l'OCDE ont été adoptés en 1976. Ils ont été révisés en 2000 et en 2011, afin d'intégrer la protection de l'environnement, les droits de l'Homme, la diligence raisonnable et la responsabilité vis-à-vis de la chaîne d'approvisionnement. Les quarante-cinq États adhérant aux Principes directeurs doivent établir un Point de Contact (PCN) afin de promouvoir et veiller au respect des Principes directeurs en traitant les « plaintes » contre les entreprises.

Cette obligation pour l'entreprise est indépendante du respect des droits de l'Homme par les États eux-mêmes.

Le point de contact national français pour la mise en œuvre de ces principes, qui a une structure tripartite, peut être saisi du comportement d'une multinationale et tenter une médiation. Sur la demande de

Mme Nicole Briq après l'effondrement du Rana Plaza, il a publié en décembre 2013 un rapport sur la filière textile habillement qu'il faut lire (29 bis).

Nous sommes donc dans le domaine du droit mou, la *soft law*, et mon second point portera sur les démarches dites de « responsabilité sociale » (30) effectuées par les firmes.

II. Sur les engagements éthiques du donneur d'ordre et la réalité contractuelle

Selon les principes de l'OCDE, les entreprises doivent, dans leurs systèmes de prise de décisions et de gestion des risques, prévenir, détecter et remédier aux « incidences négatives », réelles ou potentielles, en matière de droits de l'Homme, d'environnement, de conditions de travail (ex : sécurité et droit syndical). La « diligence raisonnable » qui leur est demandée couvre également la chaîne d'approvisionnement et les relations d'affaires : fournisseurs, sous-traitants, partenaires publics, etc.

Des recommandations sont adressées aux entreprises par le PCN français dans son rapport sur la filière textile-habillement, et des observations faites aux autorités publiques. Dans ce dernier cadre, le PCN consacre quelques mots à l'inspection du travail : il « insiste sur l'urgence de mettre en œuvre certaines mesures comme la poursuite du recrutement et de la formation d'inspecteurs du travail ». Cette recommandation, dans le contexte du rapport, concerne les pays où se trouvent les fournisseurs.

Mais l'on peut relever que la référence aux principes directeurs de l'OCDE et de l'ONU justifierait amplement l'intervention de l'inspection du travail au titre de sa mission de conseil. On peut se demander si les obligations internationales de la France à l'égard de l'OIT, de l'ONU et de l'OCDE ne devraient pas conduire le ministère du Travail à recommander à ses services de se faire communiquer par les « grands distributeurs » les contrats conclus avec leurs fournisseurs, afin d'instaurer une forme de dialogue incitatif sur leur contenu ou leurs conséquences sociales.

A. Quelle effectivité pour les engagements éthiques ?

Clairement, le choix du PCN, malgré une mention consacrée aux réformes (« Observation n°3 : S'associer à la communauté internationale afin de soutenir les réformes en matière de droits des travailleurs au Bangladesh »), est un renvoi de fait à la RSE, aux engagements éthiques et codes de conduite. On connaît le débat sur leur valeur juridique. Une circulaire du 19 novembre 2008 (31) faisait déjà le point sur la compétence légale des inspecteurs et contrôleurs du travail en la matière, en distinguant selon le contenu des codes ou « chartes éthiques » : contrôle au titre du règlement intérieur si les dispositions en cause relèvent du champ de ce dernier, ou contrôle au titre de la compétence générale (article L. 8112-1) des inspecteurs et contrôleurs, par référence aux exigences de proportionnalité (L. 1121-1) et de non-discrimination, car ces instruments induisent des comportements pour les salariés. Le rapport Bessière faisait également référence aux textes « volontaires » (32). Dans le cadre de la sous-traitance mondialisée, ces contrôles n'ont évidemment pas d'effet sur le respect par les fournisseurs de la Charte ou du code de conduite du donneur d'ordre, à supposer que celui-ci leur en impose le respect. D'où l'intérêt, on l'a dit, d'une mission de conseil de l'inspection du travail sur les clauses sociales des contrats de sous-traitance.

De même, la jurisprudence selon laquelle un salarié peut valablement prendre acte de la rupture de son contrat de travail si l'employeur se livre à des

(29 bis) Le PCN français est un organe tripartite indépendant, animé et présidé par la Direction générale du Trésor du ministère de l'Économie et des Finances. Siègent au sein du PCN français, l'État (Économie et Finances, Travail et Emploi, Affaires étrangères, Écologie, Développement durable et Énergie), six syndicats (CFDT, CGT, FO, CFE-CGC, CFTC, UNSA) et une organisation patronale, le Medef. Une ONG, une association, un consommateur ou un syndicat, peuvent saisir d'une « circonstance spécifique » le PCN s'ils estiment qu'une entreprise multinationale méconnaît les Principes directeurs. Le PCN français, saisi par la ministre du Commerce extérieur, a rendu un rapport du 2 décembre 2013 sur « La mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement ».

(30) La RSE (responsabilité sociale de l'entreprise ou, plus largement, responsabilité sociétale) renvoie à une démarche volontaire dans laquelle, après s'être mises en conformité avec le droit en vigueur, les entreprises vont plus loin en intégrant, dans leur activité et leurs relations avec les « parties prenantes », les préoccupations de respect des droits sociaux fondamentaux. Pour un essai original et riche de réflexion : N. Smaili, « La responsabilité sociale de l'entreprise : des voies juridiques », thèse soutenue le 31 mai 2012.

(31) Circulaire DGT 2008-22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur.

(32) *L'inspection du travail*, rapport J. Bessière, janvier 2005, La Doc. Française, p. 11.

pratiques contraires au code de conduite (33) paraît-elle bien éloignée de la réalité vécue par les salariés de la confection dont l'employeur, relevant du droit local, au Cambodge, au Bangladesh, en Chine, etc. vend ses produits aux grands distributeurs européens.

Ne négligeons pas toutefois l'impact que pourraient avoir des formes de résistance des salariés en Europe à la non-application des codes de conduite dont se dote leur employeur.

Des ONG ont aussi mis en évidence le rôle du consommateur, en déposant une plainte contre une société, destinée à établir que les engagements éthiques de l'enseigne constituent une pratique de nature à induire les consommateurs français en erreur sur les conditions sociales de fabrication des produits qu'elle commercialise. Le code de conduite ou autre document est alors vu comme relevant d'une pratique commerciale trompeuse ; une enquête préliminaire, ouverte par le parquet de Lille en mai 2014, est en cours.

L'on retrouve, ici au pénal, la question plus large de la responsabilité des grands distributeurs et multinationales. Les auteurs de la proposition de loi n° 1777 visant à instaurer un devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre à l'égard de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs, rappellent à juste titre que le Pacte mondial des Nations-Unies crée des obligations tant pour les États que pour les sociétés. Des obligations sans contrainte, tant que les principes onusiens ne sont pas transposés dans les ordres juridiques nationaux... Est relevé également le contexte favorable de la jurisprudence *Erika* (34), où la Cour de cassation s'est saisie d'un engagement volontaire de la société-mère pour sanctionner la négligence, et a reconnu la compétence des tribunaux français pour statuer sur des faits survenus hors du territoire français. Certes, l'optimisme n'est pas de mise sur les suites qu'aura la proposition de loi : les grands distributeurs et autres donneurs d'ordre cherchent, au contraire, à se prémunir contre l'engagement de leur responsabilité, y compris lorsque leur contribution (volontaire) à un fonds d'indemnisation des victimes est sollicitée (35).

(33) Cass. Soc. 27 novembre 2013, n° 12.22626.

(34) Cass. Crim. 25 septembre 2012, n° 10-82938.

(35) Un « arrangement sur le Rana Plaza », conclu fin 2013 dans le prolongement de l'accord sur la sécurité, a créé un fonds d'indemnisation des victimes, alimenté par les donations. Il est géré par un comité de coordination où siègent les sociétés occidentales, des représentants de l'industrie au Bangladesh, du Gouvernement, des syndicats, et présidé par l'OIT. Les droits des victimes sont calculés par référence à la convention 121 de l'OIT. Il semble que ce fonds n'ait recueilli que 40 millions de dollars, soit une somme très insuffisante pour faire face aux besoins des ayants droit des salariés ayant perdu la vie (1 138), et des survivants blessés (quelque 2 000).

Les tribunaux doivent pouvoir examiner les contrats conclus entre les « enseignes » et leurs fournisseurs : ceux-ci ont actuellement tendance à se retrancher derrière des audits, certes importants (36), mais qui ne remplacent pas des rapports réguliers que devraient exiger les contrats de sous-traitance.

Mais le problème à soulever est justement celui des contrats et de leur mise en œuvre.

B. La neutralisation des engagements éthiques par les pratiques contractuelles

Est ici reprise la formule de M. Yan Queinnec, entendu par le PCN. On lit dans son texte un appel à une adaptation des contrats de sous-traitance par les donneurs d'ordre. En substance, un décalage existe entre les engagements volontaires exprimés par les donneurs d'ordre et les conditions contractuelles classiques concernant l'objet, les délais, les prix, la conformité, etc. dans leurs rapports avec les fournisseurs.

On apprend que l'intégration dans le contrat de sous-traitance des termes du code de conduite du donneur d'ordre, clause devenue d'usage, semble-t-il, fait peser sur le sous-traitant le respect des engagements RSE du donneur d'ordre et génère des effets négatifs. Les clauses sont parfois imprécises, relèvent d'un flou normatif, mais, surtout, peuvent contredire la rigidité de certaines stipulations du contrat.

Citons M. Queinnec : « *Enrichir la notion de conformité d'un produit des dimensions RSE est un vecteur de sensibilisation. La sanction du juge qui peut en résulter doit jouer son rôle incitatif (...) Cependant, déconnecter ces exigences des conditions commerciales consenties aux sous-traitants transforme cette clause de conformité élargie en épée de Damoclès. Entre le respect des délais, des quantités ou qualités techniques et les exigences de qualité sociétale, le sous-traitant peut se trouver contraint à des arbitrages téméraires* ».

Se pose, en particulier, la question de la prise en charge du coût des audits réalisés pour le donneur d'ordre, qui pèse le plus souvent sur les sous-traitants. Sans sa prise en compte dans les prix ou des éléments

(36) Se reporter à la contribution de B. Dumont à la table ronde. À noter que se pose le problème du nombre d'audits réalisés (une multinationale peut avoir des milliers de fournisseurs) et de leur pertinence pour connaître la réalité des lieux de travail. Cf. A. Roux, le *Nouvel Économiste* du 10 octobre 2010 : les ONG utilisent l'expression « *fairwashing* » (maquillage de justice sociale). L'agence de notation Vigeo évalue le système de « *management* » du donneur d'ordre : la RSE est-elle « *portée* » par le PDG ? Les services d'achat évalués ? Les délais de paiement des fournisseurs respectés ?

incitatifs, les améliorations souhaitées en matière de sécurité ou de respect des droits fondamentaux seront incertaines, voire compromises : on ne cède rien sur les prix, sur les délais...

Le rapport du PCN (37) cite le *Global Social Compliance Program*, autre organisme d'autorégulation, mettant en évidence le fait que certaines pratiques d'achats, fondées sur les exigences du marché et les attentes des consommateurs, imposent une forte réactivité des fournisseurs, se traduisant par des recours à la sous-traitance en cascade, voire à la sous-traitance dissimulée, avec des incidences avérées sur les conditions de travail, de sécurité et de rémunération.

Il est intéressant de noter que, dans l'accord sur la sécurité au Bangladesh, les donneurs d'ordre ont accepté de contribuer financièrement à la formation des inspecteurs des usines et à certaines remises aux normes (38). Contrairement à ce qu'ont pu lire dans des commentaires, l'originalité de l'accord n'est pas de prévoir une sanction économique (rupture de la relation) par l'entreprise occidentale de l'entreprise sous-traitante qui ne respecte pas les règles, mais

de permettre l'implication financière de l'entreprise occidentale, y compris pour la mise en œuvre des « actions correctives » rendues nécessaires par l'insécurité des lieux de travail : négociation des « modalités commerciales », investissements conjoints, prêts, aide à l'accès au soutien des donateurs et gouvernements, ou même paiement direct des « rénovations ».

Je conclurai en citant l'ANACT, sur la sous-traitance en France. « *Les pressions (notamment tarifaires) exercées sur les sous-traitants se traduisent de façon quasi automatique par une dégradation très nette des conditions de travail de leurs salariés.* » (39).

En France, des syndicats revendiquent l'accès au contenu des accords passés entre les donneurs d'ordre et leurs sous-traitants. Est-il naïf de penser que, dans le cadre de la transposition nationale des principes directeurs sur la responsabilité sociale des multinationales (v. *supra*), la mission de conseil de l'inspection du travail pourrait inclure un regard (40) sur l'existence de clauses sociales dans les contrats de sous-traitance internationale ?

Michèle Bonnechère

(37) Rapport précité.

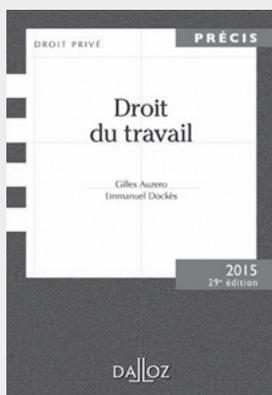
(38) Art. 22 de l'accord sur la sécurité au Bangladesh.

(39) Anact, contribution à la conférence sociale, juin 2013.

(40) Le conseil portant alors sur la qualité rédactionnelle et substantielle de la clause, appelée ici « de RSE » par facilité.

DROIT DU TRAVAIL (29^e édition)

par Gilles Auzero et Emmanuel Dockès



Dalloz coll. Précis - 2014
1570 pages - 49 euros

Ce Précis, qui présente une vue d'ensemble du droit du travail, est un outil irremplaçable d'accès à la matière. La richesse de ses développements et de ses références en ont fait un classique du droit du travail. Outre l'énoncé pédagogique des solutions du droit positif en vigueur, il prend le temps de replacer les règles dans leur contexte social et d'éclairer les réflexions doctrinales, multiples et divergentes, qui agitent la matière. Au cours des derniers mois, le droit du travail est resté constamment au cœur de l'actualité. Suite à l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 et la loi du 14 juin 2013 qui ont modifié, la procédure de licenciement économique, le droit des comités d'entreprises, des CHSCT, de la procédure prud'homale, du travail à temps partiel et de bien d'autres domaines encore ont été substantiellement modifiés, le droit du travail est resté très présent dans l'actualité. A jour de la loi « Formation professionnelle, emploi et démocratie sociale » (5 mars 2014) et de la réforme des prud'hommes en cours.

Le cadre institutionnel

- Les sources du droit du travail
- Les institutions administratives et juridictionnelles
- Le marché du travail

L'emploi

- L'accès à l'emploi
- Le maintien dans l'emploi
- La perte de l'emploi
- Le droit du chômage total

Le rapport de travail

- Le pouvoir de l'employeur - Les conditions de travail
- La rémunération du travail

Les relations collectives

- La représentation collective
- Négociations et conventions collectives
- Les conflits du travail