

Mondialisation, multinationales et droit du travail : éléments de réflexion

par Michèle BONNECHÈRE,
Professeur émérite à l'université d'Évry, Val d'Essonne (*)

PLAN

I. Du droit flou au droit non contraignant : une montée continue du droit mou

- A. Droit et planétarisation
- B. Le triomphe de l'engagement volontaire des firmes
- C. Accords cadre internationaux, accords mondiaux d'entreprise

II. Les lignes de résistance pour une soumission des multinationales à un droit qu'elles ne fabriquent pas

- A. Revitaliser les valeurs et la mise en œuvre des normes de l'OIT et les règles sociales européennes
- B. Soumettre l'entreprise multinationale au droit

« *Le travail n'est pas une marchandise* » : point de départ incontournable, proclamation de la déclaration de Philadelphie (10 mai 1944), dont l'OIT a rappelé l'actualité en s'exprimant sur la mondialisation en 2008 (1), qu'elle vise comme un contexte « *marqué par une interdépendance et une complexité croissante, ainsi que par l'internalisation de la production* ». On relève la prudence de l'OIT sur le terrain des définitions dans sa déclaration de mars 2017 sur les multinationales (2).

Deux manières d'aborder la mondialisation se présentent au juriste travailleur. D'abord par une réflexion sur le droit et la planétarisation (mot repris de Mireille Delmas-Marty, qui rappelle une déclaration du sommet de Rio 1992, « *la Terre, foyer de l'humanité, forme un tout marqué par l'interdépendance* ») parlant aussi de collectivisation humaine (3). La planète, le Monde, comme espace pour les échanges économiques, culturels, pour la circulation des hommes, pour l'analyse des problèmes : idée d'une recomposition nécessaire. La mondialisation n'est pas seulement la « globalisation » : le terme anglais renvoie davantage à l'idée d'un marché dépassant le cadre national. Le chercheur est invité à prendre en compte les nouveaux espaces normatifs qui prennent place à côté des ordres juridiques traditionnels, liés notamment aux multinationales, c'est-à-dire, selon l'OIT, à des entreprises qui possèdent ou contrôlent des moyens de production ou de distribution, des services ou autres moyens en dehors du pays où elles ont leur siège. Les axes d'une recherche ouverte apparaissent : le droit simple face au droit complexe – le droit dur – et le droit flou – l'interdépendance des normes. Mais vient ensuite la vision de chocs violents : celle de la Méditerranée cimetièr des migrants, celle de la tragédie du Rana Plaza, de la sous-traitance mondialisée, permettant à des firmes américaines ou européennes de mobiliser de la main-d'œuvre dans le cadre d'un contrat commercial sans apparaître comme les employeurs, cette main-d'œuvre relevant d'un droit local peu protecteur (droit du Bangladesh, du Cambodge). Enfin, vision de la loi contestée, contournée, ou même écrite par de puissants acteurs privés, qui enlève beaucoup de sérénité à la recherche d'une nouvelle dynamique du droit.

Il semble nécessaire d'essayer d'aborder les deux niveaux, complémentaires : celui des apports de la mondialisation, de l'analyse théorique des rapports du droit et de la mondialisation, et celui des réalités concrètes. Parce que si une recomposition est en cours, il faut voir comment peser en faveur de la justice sociale, à l'aune de laquelle la déclaration

de Philadelphie a entendu faire mesurer toutes les politiques (4). Les lignes qui suivent toutefois seront loin de constituer une analyse complète. Sera laissée de côté, par exemple, la question de la compétence internationale des tribunaux français pour connaître des litiges du travail, qui mériterait une étude spécifique.

(*) Cette étude développe et approfondit des propos d'une table ronde avec Annick Coupé et Bernard Thibault, organisée par la Revue « Mouvements », « Face aux multinationales: faire appliquer les normes et défaire les réputations », publiée au n° 95 de septembre 2018, pp. 53 et s.

(1) Déclaration de l'OIT (Conférence) sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, Genève, 10 juin 2008.

(2) Déclaration de principe tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale (Conseil d'administration), mars 2017 (amendant la déclaration de mars 1977).

(3) M. Delmas-Marty, « Aux quatre vents du monde, petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation », Seuil 1016

(4) Comme le rappelle avec vigueur Alain Supiot, notamment dans son ouvrage « L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total », Seuil, 2010.

Nécessité également de distinguer le temps du diagnostic, sombre sans conteste, et celui de la réflexion sur les lignes de résistance. Le droit du travail est largement mis en échec par la mondialisation, la stratégie des firmes multinationales ; l'Europe sociale est au point mort, le dumping social prospère, mais le socle européen des droits sociaux, la loi française sur le devoir de vigilance, une dynamique favorable à un rôle accru de l'OIT invitent à une certaine espérance.

La montée d'un droit flou caractérise de manière continue le droit européen et international du travail, et les correctifs censés venir de la RSE ou de la

négociation d'accords-cadres mondiaux sont faibles (I). La résistance vient de la déclinaison du thème de la responsabilité et de ses applications. Celles-ci sont difficiles. Le repli de la théorie du co-emploi, qui sommat les dirigeants des grands groupes d'assumer, vis-à-vis des salariés, les conséquences sociales et financières de leurs choix, n'a pas encore trouvé de compensation suffisante. Le devoir de vigilance, imposé depuis mars 2017 aux sociétés-mères et entreprises donneuses d'ordre par la loi française, demeure un modèle inachevé, n'assurant qu'une protection précaire aux victimes des violations des droits humains (II).

I. Du droit flou au droit non contraignant : une montée continue du droit mou

La perspective d'une recomposition du droit, d'une nouvelle rencontre des ordres juridiques, a pu sembler déboucher sur une logique nouvelle, susceptible d'avoir des conséquences concrètes. La Cour européenne des droits de l'Homme, dans son arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* en 2008 (5), avait dégagé la portée de la liberté syndicale en puisant dans l'ensemble des normes relatives aux droits sociaux fondamentaux. En France, on pense à l'arrêt rendu le 29 juin 2011 sur les forfait-jours par la Cour de cassation, au visa d'une « floraison » (6) de textes : Constitution, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Charte sociale européenne, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment, invitant à approfondir les concepts de hiérarchie et d'autorité des normes en y intégrant la conciliation et l'agencement (7). Dès lors que sont en cause les droits fondamentaux, écrivait François Rigaux, « le droit ne sera réalisé que par la concertation d'acteurs multiples appartenant à des ordres juridiques différents. » (8). Mireille Delmas-Marty, de son côté, a parlé du « flou » du droit : ce qui, dans le droit, s'adapte à la complexité permet de concilier souverainisme et universalisme (9). Mais la logique nouvelle a dérivé.

A. Droit et planétarisation

Cette idée d'une interdépendance, de la promotion d'objectifs communs, rapproche les droits étatiques, décloisonne les chartes (européennes), rend possible l'adhésion à une communauté de valeurs. Parallèlement, « la mondialisation entraîne (aussi) la production d'un corpus de règles juridiques spécifiques » (10), l'élaboration d'un droit nouveau. On assiste à l'émergence de la mondialisation du droit et, en même temps, à la construction d'un droit de la mondialisation, mus par des logiques différentes : la mondialisation du droit vise, dans l'idéal, l'élaboration d'un droit commun fondé sur des valeurs communes, tandis que le droit de la mondialisation organise la circulation des échanges économiques (11).

1. Les espoirs mis dans l'OIT

Dans le domaine du droit du travail, la mondialisation du droit renvoie à l'Organisation internationale du travail, dont les promoteurs eurent d'abord l'ambition d'un Code du travail universel (12). Mais la création de l'OIT, en 1919, illustre aussi l'interpénétration des deux mouvements : la promotion de

(5) Cour EDH, Gde Ch. 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, Dr. Ouvr. 2009, 352, n. M. Bonnechère.

(6) Selon l'expression de A. Lyon-Caen, « Le forfait jours ou les épices du pluralisme », Dr. Ouvr. 2012.171.

(7) L'arrêt du 29 juin 2011 (n°09-71107), au visa de plusieurs instruments européens et du préambule constitutionnel et de la protection du droit à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, casse un arrêt d'appel ayant débouté un cadre en forfait-jours d'une demande de paiement d'heures supplémentaires, de congés payés et repos compensateurs.

(8) F. Rigaux, in « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », dir. J.-Y. Carlier et O. de Schutter, Bruylant 2002, spéc., p. 255.

(9) M. Delmas-Marty, interview dans Libération du 3 septembre 2016 : « À l'heure de la mondialisation, nous avons besoin d'un droit flou » et l'ouvrage préc. n. (1) « Aux quatre vents du monde, petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation », Seuil, 2016.

(10) J. Chevalier, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in C.-A. Morand (dir.) « Le droit saisi par la mondialisation », Bruylant 2001, pp. 37 et s.

(11) J. Chevalier, loc. cit. et D. Salas (cité par J. Chevalier), « Le droit entre mondialisation et universalisme », Revue des deux mondes, 2000, pp. 23 et s.

(12) C. Cosme, « Impact de la mondialisation sur les actions et instruments juridiques de l'OIT », Dr. Ouvr. 2016, p. 192.

droits pour tous les travailleurs et l'encadrement de la mondialisation de l'économie, avec le but d'éviter que la concurrence sur les marchés et entre les nations ne fasse obstacle à l'amélioration des conditions de travail. Le préambule de sa constitution doit être cité : « *Attendu que la non-adoption, par une nation quelconque, d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays...* ».

Cent ans après sa création, l'OIT a produit 189 conventions internationales. En 1998, la Déclaration des principes et droits fondamentaux au travail (13) a dégagé quatre principes fondamentaux, renvoyant à huit conventions, que les États, du seul fait de leur appartenance à l'OIT, doivent respecter : a) la liberté syndicale et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, b) l'abolition de toute forme de travail forcé ou obligatoire, c) l'abolition du travail des enfants, d) l'interdiction de toute discrimination (14).

Elaborées de manière tripartite et adoptées à la majorité des deux tiers par la Conférence internationale du travail (« parlement mondial du travail », où chaque délégation nationale comprend des représentants des Gouvernements, des syndicats, du patronat), les conventions internationales du travail, soumises à la ratification des États membres, ont ensuite la force juridique des traités internationaux. La convention n° 144 (1976) oblige les États à associer également les partenaires sociaux au processus de ratification.

Une certaine souplesse a toujours caractérisé les normes de l'OIT, qui laissent souvent des options aux États (15) et comprennent aussi des « recommandations », accompagnant, en allant plus loin, les conventions. En France, la saga du contrat « Nouvelles embauches » a mis en évidence l'actualité de la convention n° 158 sur le licenciement, avec l'effet direct reconnu à son article 4 (exigence de motivation) par la jurisprudence.

Au plan international, une caractéristique du système de l'OIT est de ne pas relever d'une cour ou d'un tribunal, mais de l'intervention de plusieurs organes non juridictionnels. Une commission

d'experts apprécie, sur la base de rapports gouvernementaux établis tous les trois ans ou tous les cinq ans selon les conventions, (et transmis aux partenaires sociaux), la façon dont les États membres appliquent les normes de l'OIT, dans un rapport annuel comprenant des observations et demandes directes pour chaque État. La Commission de l'application des normes de la Conférence, commission permanente tripartite, examine ce rapport à la session suivante et invite les Gouvernements concernés à prendre des mesures dans un document rendu public. Une plainte peut être formulée contre un État membre par un autre membre ou un délégué à la Conférence, ou éventuellement le conseil d'administration (tripartite) de l'OIT, ce qui débouche rarement sur une commission d'enquête. La plus récente (1996) a concerné le Myanmar sur « l'utilisation généralisée et systématique » du travail forcé (convention n° 26). Par ailleurs, une réclamation peut être présentée au BIT par une organisation représentative de travailleurs ou d'employeurs : ce que fit la Confédération Force Ouvrière en 2005 en invoquant, notamment, la Convention n° 158 pour contester le contrat « Nouvelles embauches », ce qui aboutit, le 14 novembre 2007, à une note du Conseil d'administration de l'OIT demandant notamment au Gouvernement français de supprimer la fameuse période de consolidation de deux ans. Sans lien direct avec l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 1^{er} juillet 2008, cette prise de position de l'OIT a évidemment pesé sur l'analyse de la Chambre sociale (16). On constate, en l'occurrence, une efficacité remarquable de la complémentarité des deux procédures : réclamation adressée au BIT et action en justice devant la juridiction nationale. Le dossier du CNE a montré la vitalité de certaines normes de l'OIT, dès lors qu'elles sont mobilisées par les justiciables. Encore faut-il que ceci soit rendu possible.

2. L'OIT et les multinationales : limites du système

Les meilleurs auteurs le soulignent : le droit « dur », la réglementation étatique, peut être grandement inefficetif et ainsi devenir fort « mou » (17). Mais la doctrine internationaliste a déjà relevé que, dans le domaine des droits économiques, sociaux et

(13) Déclaration du 18 juin 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail.

(14) Respectivement a) conventions 87 et 98, b) C29 et 105, c) C 100, d) C138 et 182.

(15) Ex. la convention 158 offre aux États plusieurs options en matière de charge de la preuve du motif de licenciement.

(16) Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008, n°07-47124 ; l'arrêt estime « que le contrat "nouvelle embauche" ne satisfaisait pas aux exigences de la Convention dans la mesure où il écartait les dispositions

générales relatives à la procédure préalable de licenciement, à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, à son énonciation et à son contrôle. Il privait ainsi le salarié du droit de se défendre préalablement à son licenciement et faisait exclusivement peser sur lui la charge de prouver le caractère abusif de la rupture. »

(17) Selon les propos de J.-C. Javillier, lors de l'introduction au colloque de mai 2014 « L'inspection du travail, l'entreprise et les droits des travailleurs » (Université d'Évry, actes publiés au Dr. Ouvr., février 2015).

culturels, « *le phénomène d'engouement pour les instruments non contraignants a pris une ampleur sans précédent durant les dernières années* » (18), citant parmi les exemples ... la déclaration de 1998. Le suivi mis en place par l'annexe de celle-ci fait référence aux « *efforts déployés conformément à la Déclaration par les membres qui n'ont pas encore ratifié toutes les conventions fondamentales* ».

S'agissant des instruments concernant particulièrement les multinationales, on est frappé par le contraste entre la pertinence de leur approche générale des problèmes et la mollesse des engagements issus de leurs dispositions. La « Déclaration de principe tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale », adoptée par le Conseil d'administration de l'OIT en novembre 1977 et amendée en novembre 2000, puis en mars 2017, se présente en introduction comme visant à « *orienter les entreprises multinationales, les Gouvernements, les employeurs et les travailleurs dans des domaines tels que l'emploi, la formation, les conditions de travail et de vie et les relations professionnelles* », en se fondant « *pour l'essentiel sur les principes contenus dans les conventions et les recommandations internationales du travail* ». Malgré des dispositions précises sur le respect des droits de l'Homme (19), la Déclaration utilise beaucoup le conditionnel : « *les procédures de licenciement arbitraires devraient être évitées* » (§ 35); « *les salaires, prestations et conditions de travail offerts par les entreprises multinationales dans l'ensemble de leurs activités ne devraient pas être moins favorables pour les travailleurs que ceux qu'accordent les employeurs comparables dans le pays d'accueil* » (§ 41), et encore : « *les travailleurs employés par les entreprises multinationales ou par les entreprises nationales devraient avoir le droit... de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations* ».

La déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, adoptée le 10 juin 2008, réaffirme les valeurs de l'OIT et met au cœur de la « *vision contemporaine de la mission de l'OIT* » le concept de « *travail décent* ».

On retrouve cependant le conditionnel dans la résolution concernant le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, adoptée par la Conférence en juin 2016, dès que le texte dépasse la définition générale des « *responsabilités complémentaires, mais distinctes, des Gouvernements, des entreprises et des partenaires sociaux* » (20). D'autre part, lorsque cette résolution aborde l'action de l'OIT, elle exprime en fait une « *préoccupation* » : après un coup de chapeau à la déclaration sur les entreprises multinationales, « *cadre de l'OIT... qui vise à optimiser les incidences positives de entreprises multinationales et à remédier à leurs éventuelles répercussions négatives* » (21), est posé le problème « *que les normes actuelles de l'OIT ne soient peut-être pas adaptées à l'objectif de la réalisation du travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales* ». Mais l'adoption de nouvelles normes n'est mentionnée que parmi de nombreuses actions possibles : « *évaluer les défaillances* », identifier les « *défis de gouvernance* », « *examiner quels orientations, programmes, mesures incitatives ou normes sont nécessaires* »...

Outre que la possibilité pour les travailleurs d'invoquer ces instruments en justice relève d'un grand optimisme (22), elles traduisent l'idée que la mondialisation conduit à une conception minimale et peu exigeante des droits fondamentaux. Avec toutefois un progrès dans la Déclaration de 2008, qui mentionne, contrairement à celle de 1998, la santé et la sécurité des travailleurs, ainsi que « *une participation équitable aux fruits du progrès en matière de salaires et de gains* ».

3. Union européenne : l'avenir précaire du droit social européen

Au plan européen, si l'on interroge le droit de l'Union européenne, des appréciations contrastées s'imposent. Historiquement, la directive de 1994 sur les comités d'entreprise européens (23) a représenté la première norme juridique obligeant les entreprises et groupes de dimension européenne (24) à une négociation transnationale en vue de la création d'une instance d'information-consultation des travailleurs. La révision de la directive en 2009 avait pour objet, notamment, de définir les notions d'information et

(18) J.-M. Thouvenin et Anne Trebilcock, « Le droit international social : droits économiques, sociaux et culturels », Bruylant 2013, spéc., n° 14 ; également à propos de la déclaration de 1998, P. Alston et J. Heenan, « An unintended consequence of the 1998 ILO Declaration on fundamental principles and rights at work », NYU int. law and politics, vol. 36, n° 2/3, 2004, p. 221 et C. La Hovary, « Les droits fondamentaux au travail, origine, statut et impact en droit international », PUF 2009, p. 273.

(19) V. *infra*, II.

(20) Selon le § 15 de la résolution, « *Les entreprises ont la responsabilité de respecter les droits de l'Homme et les droits des travailleurs*

dans leurs chaînes d'approvisionnement, en vertu des Principes directeurs des Nations Unies, et de se conformer à la législation nationale où qu'elles exercent leurs activités ».

(21) Étonnante formulation, qui laisse rêveur.

(22) V. *infra*.

(23) Directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994, révisée par la directive 2009/38.

(24) La directive s'applique aux entreprises (et aux groupes) occupant au moins 1.000 salariés dans plusieurs États de l'Union, dont au moins 150 personnes dans deux États membres ou davantage.

de consultation, vagues dans le texte initial, et de faciliter l'articulation entre la compétence transnationale des CEE et l'information-consultation au plan national. Un rapport d'évaluation de la Commission de mai 2018 (25) fait état de la création d'une vingtaine de CEE (dont le nombre peut être évalué à un millier) chaque année depuis 2009 et relève l'insuffisance de ce résultat. Il évoque aussi le rôle des CEE dans la négociation d'accords collectifs concernant certaines entreprises transnationales, au-delà de leur compétence (théorique). Mais l'historique dressé par le même rapport conduit à une constatation : après les directives sur les CEE et celles qui ont traité en 1998 des licenciements collectifs (26), en 2001 du transfert d'entreprise (27) et en 2002 d'un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs (28), la question de « *l'anticipation des changements et restructurations* » relève d'un « *cadre de qualité* » (sic), c'est-à-dire d'un document où la Commission « *énonce les principes et les bonnes pratiques à suivre par les entreprises et les pouvoirs publics en matière d'anticipation des changements et de gestion des activités de restructuration* » (29). Nous sommes face aux prolongements de ce qui fut appelé, dans les années 1990, la MOC (méthode ouverte de coordination) : une coordination des politiques publiques autour d'objectifs communs.

Les directives d'harmonisation sociale prévues par les traités européens visent le rapprochement des législations des États membres à partir de règles communes qui sont des « *prescriptions minimales* ». Un important arrêt de la Cour de Justice a été nécessaire dans le passé (30) pour préciser que les règles ainsi fixées ne sont pas censées se résumer au plus petit

dénominateur commun, mais, au contraire, peuvent être rendues plus rigoureuses et plus favorables aux travailleurs par les États. Elles doivent faire l'objet de transpositions dans les législations nationales et l'ensemble relève du contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne. Avec la MOC, pas de « loi européenne », mais des orientations, des « indicateurs », ainsi que le permet le traité sur le fonctionnement de l'UE à l'article 156 (31). Ce qui, dans le traité, pouvait être interprété comme complémentaire (harmonisation des législations et recherche des convergences) est devenu une transformation de la politique sociale européenne, avec le risque de voir le droit social européen réduit à un ensemble issu du passé, qui demeure, certes, mais a beaucoup de mal à connaître un développement nouveau.

Le désert normatif n'est pas total. Ainsi peut-on citer la proposition de directive de la Commission concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et aidants (32), qui renoue avec l'idée de prescriptions minimales pouvant servir de base à des dispositions plus favorables prises par chaque État, et traduit une certaine ambition en matière de « *revenus adéquats* » (33), d'où les réticences exprimées par certains États, dont la France...

S'agissant de l'encadrement de la mondialisation, c'est sur le fondement de l'article 50 du TFUE qu'a été adoptée la directive 2014/95 concernant la publication d'informations non financières, communication qualifiée d'« *essentielle pour mener à bien la transition vers une économie mondiale durable, en associant la rentabilité à long terme à la justice sociale et à la protection de l'environnement* » (34). Les entreprises

(25) Rapport sur la mise en œuvre par les États membres de la directive 2009/38/CE concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (refonte). 14 mai 2018, COM(2018) 292 final.

(26) Directive 98.59 du Conseil du 20 juillet 1998 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne.

(27) Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

(28) Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne.

(29) EU Quality Framework for anticipation of change and restructuring, 13 décembre 2013, COM (2018) 882 final.

(30) Dans son arrêt du 12 novembre 1996 (C84/94), la CJCE a rejeté une requête du Royaume-Uni en annulation de la directive sur l'aménagement du temps de travail.

(31) Selon la rédaction de l'article 156 issu du traité de Lisbonne, en vue de réaliser les objectifs sociaux visés à l'article 151, « *la Commission agit en contact étroit avec les États membres, par des*

études, des avis et par l'organisation de consultations, tant pour les problèmes qui se posent sur le plan national que pour ceux qui intéressent les organisations internationales, notamment par des initiatives en vue d'établir des orientations et des indicateurs, d'organiser l'échange des meilleures pratiques et de préparer les éléments nécessaires à la surveillance et à l'évaluation périodiques. Le Parlement européen est pleinement informé. ».

(32) Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil concernant l'équilibre entre vie privée et vie professionnelle et abrogeant la Directive 2010/18 UE du Conseil ; COM/ 2017/253 final. Le fondement est l'article 153 du TFUE (§1, i et §2 b).

(33) Article 8 : « *Dans le respect des particularités nationales, telles que la législation, les conventions collectives et/ou la pratique nationales, et compte tenu des pouvoirs délégués aux partenaires sociaux, les États membres font en sorte que les travailleurs qui exercent leur droit au congé visé à l'article 4, 5 ou 6 reçoivent une rémunération ou une allocation adéquate équivalant au moins à ce que le travailleur concerné recevrait en cas de congé de maladie* ». Les congés visés sont le congé de paternité (10 jours), le congé parental (4 mois) et le congé d'aidant (5 jours par an).

(34) Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes : citation du §3 de son préambule. L'article 50 du traité FUE, qui en est le fondement, concerne la liberté d'établissement.

occupant plus de 500 salariés doivent communiquer des informations sur les risques liés à leurs activités, notamment dans les domaines de l'environnement, des « questions sociales et de personnel », et de respect des droits de l'Homme et de lutte contre la corruption. La loi française est allée beaucoup plus loin avec le « devoir de vigilance » (35), thème sur lequel un groupe de travail a élaboré un projet de traité qu'il voudrait contraignant avec l'ONU pour cadre (36)

Sur ces dernières questions, l'engagement volontaire des firmes est le plus souvent de rigueur.

B. Le triomphe de l'engagement volontaire des firmes

Que l'on utilise les termes d'entreprises multinationales (EMN) ou de sociétés transnationales (STN), elles contrôlent, selon la CNUCED (37), presque 80 % de la production internationale, souvent en construisant des chaînes d'approvisionnement mondiales (CMA) (38). Celles-ci, élément d'une stratégie des pays en développement pour tenter de rattraper le niveau d'industrialisation des pays développés, ont contribué à renforcer les ENM face aux États (39). À un prix épouvantable, l'effondrement du Rana Plaza en 2013 a abouti à une réflexion sur la sous-traitance mondialisée et conduit l'OIT à un programme d'action sur les chaînes d'approvisionnement mondiales. Juridiquement, la sous-traitance relève du contrat d'entreprise, de l'article 1710 du Code civil : l'une des parties s'engage par contrat à produire quelque chose pour l'autre. Mais l'on est dans la démarche de la vente : le donneur d'ordre privilégie l'option « acheter » à l'option « produire ». Le donneur d'ordre ne s'implante pas dans un autre pays, il parvient à mobiliser de la main-d'œuvre (celle du sous-traitant) par le biais d'un contrat commercial et sans que, pour lui, cette main-d'œuvre relève du droit du travail. La plupart du temps, les contrats de travail conclus par le sous-traitant ne posent pas de problème de conflit de loi : ils relèvent de l'ordre juridique du pays de l'entrepreneur local, Cambodge, Bangladesh, Chine, Tunisie, etc. Les chercheurs, et de plus en plus les organi-

sations internationales (40), appréhendent l'EMN comme un « espace global intégré ». Par exemple, l'OCDE souligne que « dans les EMN aujourd'hui... Les entités juridiques distinctes du groupe opèrent comme une seule entité intégrée en fonction d'une ligne stratégique globale » (41). Selon un auteur, on peut parler de « l'auto-constitutionnalisation des entreprises transnationales » (42). Se sont ainsi développés des modes de réglementation distincts de l'intervention publique et prenant en compte davantage l'intérêt de l'ENM : codes de conduite, chartes éthiques, dans le cadre de démarches volontaires et sélectives caractérisant la « RSE » (responsabilité sociale de l'entreprise).

1. La RSE

La publication, en 2001, par la Commission européenne d'un livre vert, « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises » (surtout les grandes, relève le livre vert) se référait à « un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes » (43). Dix ans plus tard, une communication sur la RSE (44), présentée comme renouvelant la vision des autorités européennes sur la RSE, donnait une définition plus concise (« la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société ») et, surtout, déclarant vouloir « rapprocher les conceptions européenne et mondiale de la RSE », invitait toutes les grandes entreprises européennes à s'engager, d'ici 2014, à « tenir compte » d'au moins un des documents cités : le Pacte mondial des Nations-Unies, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ou la norme ISO 26000 contenant des lignes directrices. Même invitation à « toutes les entreprises multinationales établies en Europe à s'engager à respecter la déclaration de principe tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale ». Une stratégie plus attentive aux instruments internationaux, mais clairement fondée sur le caractère volontaire des engagements. Une résolution adoptée par le

(35) V. *infra*, II.

(36) V. *infra* II.

(37) La Conférence des Nations-Unies sur le commerce et le développement est un organisme intergouvernemental subsidiaire de l'Assemblée générale de l'ONU visant à favoriser l'essor des pays en développement et leur intégration dans le commerce mondial.

(38) Se reporter au rapport de l'IRES, remis au département de la recherche du BIT en janvier 2018, « Les chaînes mondiales d'approvisionnement et les systèmes productifs, une comparaison France-Brésil dans les industries aéronautiques et automobiles », coordination de C. Serfati et C. Sauviat. IRES, www.ires.fr. La CMA est décrite comme « l'ensemble des activités requises pour amener un produit ou un service de sa phase de

conception en passant par ses différentes phases de production, jusqu'à sa fourniture au consommateur final, et à son élimination après usage ».

(39) Rapport IRES, préc., p.14.

(40) C. Cosme, Directeur du bureau du BIT pour la France, introduisant le colloque du 7 février 2018, « Entreprises mondiales et dialogue social transnational, quels enjeux pour les accords cadres transnationaux ? », OIT 2018, p. 3.

(41) OCDE, 2013, 3.

(42) G. Teubner, in « L'entreprise dans un monde sans frontières », dir. A. Supiot, Dalloz 2015, p. 71.

(43) COM (2001) 366.

(44) COM (2011) 681 final/2.

Parlement européen en 2007 (45) s'était peut-être voulue plus exigeante, invitant par exemple les États membres et la Commission « à soutenir et promouvoir le respect des normes fondamentales de l'OIT en tant que composantes de la RSE ».

Il faut rappeler que le « Pacte mondial » ou « global compact » a été lancé au siège des Nations-Unies le 26 juillet 2000 comme devant promouvoir les valeurs des Nations-Unies et 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. Il est présenté comme un cadre d'engagement, non contraignant, auquel les entreprises adhèrent volontairement. Quant aux principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales, ils peuvent être qualifiés de norme intergouvernementale définissant des principes de RSE. Ce sont des recommandations des Gouvernements aux multinationales, dont le respect est volontaire, sauf si une législation nationale les reprend à son compte. Une version initiale de 1976 a été remaniée en 2000 et 2011. Les 45 États adhérant à ces principes doivent établir un « point de contact national » (PCN) susceptible de traiter des « plaintes » contre les entreprises ». Le PCN français (46) a reçu 36 saisines entre 2000 et 2016 et sa composition tripartite est à noter. Selon les principes 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 (par exemple sécurité ou droit syndical). Mais au moment de la tragédie du Rana Plaza, des chercheurs ont soulevé devant le PCN le problème de l'effectivité des engagements éthiques face aux pratiques contractuelles de la sous-traitance mondialisée. Les conditions commerciales (délais, prix) imposées aux sous-traitants sont rigides et contrastent avec la souplesse et l'imprécision des engagements de RSE.

2. Codes de conduite et chartes éthiques

Le concept de l'autoréglementation patronale est très adéquat pour rendre compte du pouvoir des firmes multinationales.

Un enjeu du droit du travail face à la mondialisation est la réintroduction de la relation de travail dans le rapport de sous-traitance internationale : ce que n'a pu faire l'OIT lors de sa 86^{ème} session en 1998, qui n'a pas abouti à un projet de convention ou même de recommandation sur le travail en sous-traitance. Plus largement dans les groupes, comme le constatait le BIT à Paris, « d'un point de vue juridique, les entreprises – qu'il s'agisse des maisons-mères ou des filiales – s'inscrivent dans un ordre juridique national. Sur le plan international, ces mêmes entreprises restent en grande partie un « objet juridique non identifié ». Illustration de l'asymétrie, observée depuis longtemps, entre la dimension mondiale des mouvements financiers et économiques, et la nature largement étatique des règles juridiques. Ce contexte aboutit à une privatisation d'une large partie la production du droit : règles « internes » de procédures, d'audit, d'information émanant des EMN. Parmi ces règles, le « code de conduite », instrument patronal unilatéral, est le principal support de la RSE. Il s'inscrit dans un mouvement de recherche de la « bonne gouvernance », correspondant à la perspective d'une nouvelle régulation face au vide juridique créé par la mondialisation. On peut réfléchir sur l'effectivité de ces « codes » ou « chartes », par exemple se demander s'ils incluent dans leur champ d'application les fournisseurs, et s'ils sont respectés par ceux-ci : c'est le problème de l'effectivité. Celui de la normativité s'en distingue, et l'on y retrouve la question de l'articulation des codes de gouvernance et de conduite avec le droit du travail. En droit français, codes de conduite et chartes éthiques renvoient au pouvoir de direction de l'employeur, pouvoir de fait encadré par le droit, en particulier l'article L.1121-1 du Code du travail (47). L'examen des dispositions de chaque document est essentiel pour déterminer son régime juridique : adjonction au règlement intérieur, soumis aux mêmes contrôles s'il comprend des règles générales et permanentes de discipline (48), ou bien acte juridique de droit privé soumis au respect des droits fondamentaux, et spécialement de la liberté d'expression et du droit d'expression des salariés, comme l'a rappelé la Cour de cassation en 2008 (49).

Une étude du BIT a relevé que le contenu des codes de conduite varie selon la nature des activités des

(45) Résolution du Parlement européen du 13 mars 2007 sur la responsabilité sociale des entreprises : un nouveau partenariat. La résolution vise la nécessité de réviser certaines directives comptables et d'intégrer toutes les « parties prenantes » (v. *infra*).

(46) Le 2 décembre 2013, le PCN français, saisi par la ministre du Commerce extérieur, a remis un rapport sur la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement, où sont réunies de nombreuses informations et analyses, après la catastrophe du Rana Plaza (1.100 morts et 2.500 blessés).

(47) Art. L.1121-1 : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché ».

(48) C'est-à-dire contrôle de l'administration du travail, du juge et avis des représentants du personnel ; v. les rappels de la circulaire DGT 2008-22 du 19 novembre 2008.

(49) C'est l'arrêt *Dassault Systèmes* du 8 décembre 2009, Dr. Ouvr. 2010, 244, et la chronique J. Porta, « Le juge et l'éthique l'affirmation d'un contrôle (à propos des codes de conduite et alertes professionnelles) ».

entreprises, leur situation économique et les attaques dont elles peuvent faire l'objet de la part des organisations non gouvernementales (ONG) et syndicales. La défense de leur image par les entreprises peut les amener à faire une large part à l'interdiction du travail des enfants et du travail forcé, et à entreprendre des actions en ce sens.

Si les droits de l'Homme peuvent mettre en cause la validité d'un code de conduite, la contribution des codes de gouvernance et de conduite à l'effectivité des normes nationales et internationales relatives aux droits fondamentaux des travailleurs mérite d'être envisagée. Certains auteurs (50) n'hésitent pas à évoquer les codes de conduite comme des vecteurs de l'effectivité des droits de l'homme. Leur référence aux conventions de l'OIT pourrait contribuer à en faire connaître l'existence et à faciliter leur invocation par les salariés. Toutefois, la démarche sélective caractéristique des codes de conduite n'inclut pas souvent les conventions n° 87 et 98 relatives au droit syndical et à la négociation collective, contrairement à celle des accords-cadres internationaux. Avec ceux-ci, le support de la RSE devient contractuel (51) et une dynamique nouvelle s'esquisse.

C. Accords cadre internationaux, accords mondiaux d'entreprise

L'absence de droit du travail universel a été ressentie durement en 2013, lorsque des EMN occidentales (quelque 180 d'entre elles) conclurent, pour faire face à un vide rendu évident par la tragédie du Rana Plaza, avec les syndicats Industrial Global Union et UNI Global Union (52), l'accord « sur la sécurité incendie et la sécurité des bâtiments au Bangladesh » (53). L'accord fonctionne grâce à un comité de pilotage paritaire présidé par l'OIT, qui nomme un inspecteur en chef de la sécurité indépendant, chargé de choisir du personnel qualifié pour des inspections crédibles des usines. Le contrôle porte de manière impor-

tante sur les normes techniques et vise l'identification d'« actions correctives » devant mettre l'usine « en conformité ». Les aspects juridiques résident dans les engagements des sociétés signataires en matière de financement (54), d'exigence de leurs fournisseurs qu'ils respectent un droit de retrait, d'obligation de reclassement des salariés licenciés parce que la « relation d'affaire » avec un fournisseur a été rompue. Un mécanisme de plainte auprès de l'inspecteur de la sécurité est prévu, ainsi qu'une procédure d'arbitrage des différends. En 2016, 26 sociétés américaines avaient signé leur propre accord, l'« Alliance ».

L'examen de ce qu'il est advenu de l'accord conclu en mai 2013 conduit à ne pas sous-estimer les enjeux de ce type de réalité contractuelle dans la mondialisation. L'efficacité des multiples inspections (55), dont syndicats et ONG soulignent qu'elles ont « sauvé des vies », a été démontrée. D'autre part, l'accord, qui avait été conclu pour une durée de cinq ans, a été renouvelé en juin 2017 par une large partie des signataires initiaux, pour une période se terminant en 2021. Cependant, saisie par un fabricant qui avait falsifié un rapport sur la structure de ses bâtiments, la Cour suprême du Bangladesh a rendu une ordonnance menaçant sérieusement la pérennité de l'accord, qui se trouve donc au cœur d'un combat difficile pour la sécurité et l'intégrité des salariés concernés (56).

Au-delà de ce cas très important, les accords-cadres mondiaux, aujourd'hui « accords mondiaux d'entreprises » (AME) (57), ont fait l'objet de recherches approfondies auxquelles il convient de renvoyer, en indiquant ici les principaux axes. Quelque 317 AME (58), négociés avec les fédérations syndicales internationales (souvent affiliées à la Confédération syndicale internationale (CSI) (59) ou à UNI Global Union (60), sont répertoriés en 2017, ce qui est peu face aux milliers de multinationales dans le monde (61). Une quarantaine de ces accords concernent des groupes dont le siège se trouve en France. De nombreuses EMN préservent

(50) P. Deumier, « Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme », in *Droit économique et droits de l'homme*, Dir. L. Boy, J.-B. Racine et F. Siriaïnen, LGDJ, 2009.

(51) Pour une partie de la doctrine, les accords-cadres internationaux se dégagent de la RSE. V. M.-A. Moreau « Normes sociales, droit du travail et mondialisation », Dalloz, 2006.

(52) Industrial Global Union a été créé le 19 juin 2012 par fusion de trois fédérations syndicales internationales (métallurgie, chimie, mines et industries diverses, travailleurs du textile de l'habillement et du cuir). UNIGlobal Union représente notamment les services et la communication.

(53) Accord du 15 mai 2013, renouvelé en juin 2017.

(54) Financement d'un programme sécurité-incendie, du comité de pilotage et de certaines actions correctives.

(55) 1.800 usines inspectées, 118.500 risques identifiés (incendie, électricité, défauts structurels), effectivité des « actions correctives ». Voir www.industrial-union.org et les informations publiées sur le site de l'accord lui-même : www.bangladeshaccord.org

(56) La Cour a fait application d'une clause du nouvel accord prévoyant la transmission éventuelle du système des inspections à un organe national adéquat, et rendu une ordonnance enjoignant au bureau des inspections mis en place par l'accord de quitter le Bangladesh le 30 novembre 2018. Selon les syndicats signataires, qui réclament une pression des firmes signataires, aucun organisme public n'est suffisamment prêt pour prendre le relais, et un « recul historique » se profilerait si le Gouvernement du Bangladesh ne repousse pas les dates limites.

(57) M.-A. Moreau, La spécificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017, originalité, nature, fonction, Recherche pour le BIT, novembre 2017.

(58) Chiffres du point de contact français et de planet labor (www.planetlabor.com).

(59) La CSI, créée en 2006, est la première organisation syndicale internationale en terme d'organisations affiliées et d'adhérents.

(60) V. n. 52.

(61) Quelque 85.000 selon la CNUCED.

l'unilatéralisme, évitant la négociation transnationale avec les syndicats. Celle-ci, précisément, n'est pas encadrée par le droit : « *ils sont conclus en dehors des systèmes juridiques nationaux de négociation collective, entre des acteurs qui se considèrent réciproquement légitimes pour négocier à l'échelle du groupe ou même de la chaîne de valeur globale ; ils s'appliquent sur un principe d'engagements réciproques en dehors de tout cadre juridique spécifique international* », annonce Marie-Ange Moreau. Depuis l'accord Danone de 1988, le contenu et l'objet des AME a beaucoup évolué, passant d'un répertoire de droits fondamentaux (par référence à la Déclaration OIT de 1998) à une grande diversité de thèmes : santé-sécurité, égalité des chances et non-discrimination, mobilités, restructurations, formation, rémunération ou même harcèlement sexuel (62). Les accords conclus au cours des cinq dernières années sont plus construits, conclus pour des durées déterminées, avec des clauses procédurales, parfois la construction d'instances paritaires. Des outils d'« évaluation » du respect de l'accord sont prévus : audits, inspections, certification... ; des comités dédiés sont chargés d'instruire les plaintes ou alertes sur l'application de l'accord.

La question du périmètre d'application de l'accord est significative : les filiales sous contrôle majoritaire sont en général concernées, mais les fournisseurs sont rarement inclus dans le champ d'application, les groupes préférant « inviter » ceux-ci à respecter l'accord par la pression commerciale. Le cas échéant, une partie seulement de l'accord, relative aux droits fondamentaux, est applicable aux sous-traitants.

La valeur juridique de ces accords, si on la mesure à l'aune de leur caractère contraignant, est faible : outre les précautions prises par les directions quant aux formules vagues des engagements (« *dans la mesure du possible* » (63)), le contrôle « en interne » de la mise en œuvre des accords renvoie à la dimension volontaire de la RSE. Mais il y a plus : « *les accords mondiaux rendent visible sur le plan juridique l'entreprise de dimension mondiale* », constate Marie-Ange Moreau.

Un auteur (64) a parlé d'une logique « *instituant* » de l'ACI : il s'inscrit dans la stratégie d'internationalisation d'un groupe, dans une perspective de « *pacification sociale et de sécurisation des risques réputationnels* ». Les syndicats, de leur côté, obtiennent, au niveau des fédérations internationales signataires, une reconnaissance et un espace de dialogue social.

Mais ils sont également censés « faire remonter » les problèmes signalés sur un site par un syndicat local, ce qui est vu par les directions centrales comme un mode de prévention des conflits sociaux. Des exemples sont donnés aussi bien chez Orange, Carrefour, que Solvay, Renault, Total. On est tenté de parler d'ambiguïté : le rôle du syndicat, plus que de faciliter l'intervention du « management » central, est de défendre les intérêts des travailleurs, à l'égard desquels ils ont une obligation de loyauté qui doit primer sur celle de cosignataire d'un accord. Tout le problème est évidemment de savoir si l'intérêt des salariés se confond avec une mise en œuvre de l'accord par la direction du groupe sans conflit apparent.

S'agissant des chaînes d'approvisionnement, les études évoquées relèvent à nouveau des difficultés concernant le contrôle de la mise en œuvre des accords par les sous-traitants : Renault et PSA ont mis en œuvre des systèmes d'audit, coûteux et lourds, qui ne font pas intervenir les syndicats, contrairement au contrôle des filiales (65).

Engagement volontaire des firmes, confiance réciproque des partenaires sociaux : les accords-cadres internationaux représentent-ils un modèle pacifié pour l'avenir social de la mondialisation ? Cet avenir est-il dans la « *régulation par les entreprises elles-mêmes des comportements responsables de leurs partenaires ?* » (66). Malgré le risque évoqué d'ambiguïté pour les syndicats, on peut aussi voir les accords-cadres mondiaux comme un moyen pour les travailleurs, à travers les fédérations syndicales internationales, de peser sur la production des règles. Des sociologues américains (67) qualifient de « *lutttes de gouvernance* », ciblant l'entreprise à un niveau autre que le lieu de travail, les luttes syndicales visant à imposer de nouvelles règles d'engagement aux multinationales. Et parlent d'un « *effet boomerang* » permettant de revitaliser les syndicats locaux. La question est posée dans certaines luttes d'un rôle de contrôle ou d'arbitrage des conflits à confier à l'OIT.

Mais l'implantation syndicale est souvent au cœur d'affrontements, si l'on en croit l'exemple du refus de Nissan, dénoncé en 2016, par les syndicalistes de l'usine de Canton aux USA, malgré l'alliance Renault-Nissan et l'accord-cadre mondial (68). Au cœur du conflit, l'absence de ratification par les USA de la convention OIT n°87 : le droit mou aurait-il besoin d'un durcissement ?

(62) Accord SODEXHO 2017, cité par M.-A. Moreau, loc. cit., p.26.

(63) V. M.-A. Moreau, loc. cit., pp.27 et s. et pp.33, 35,36.

(64) Rémi Bourguignon et Arnaud Mias, « Les accords-cadres internationaux : étude comparative des ACI conclus par les entreprises françaises », p.9.

(65) Étude préc., pp.49 et s.

(66) Selon une expression patronale.

(67) J.-K. Mc Callum, « Globaliser le modèle de l'organizing : les luttes de gouvernance et le renouveau syndical », in Mouvements, automne 2018, « Syndicalisme transnational, s'organiser face aux multinationales », pp.108-116.

(68) Usine Nissan de Canton USA.

II. Les lignes de résistance pour une soumission des multinationales à un droit qu'elles ne fabriquent pas

La terminologie souvent rencontrée ne pousse pas à l'optimisme : « *diffuser les bonnes pratiques* ». Ceci va de pair avec des choix politiques (légitimes) : favoriser les investissements. D'où l'idée que la contrainte extérieure est mauvaise (néfaste), notamment celle d'un tribunal institué par la loi.

Face à cette idée que des acteurs privés doivent pouvoir faire la loi et, si besoin, en faisant le tribunal, il faut en premier lieu imposer le respect des valeurs et la mise en œuvre des normes de l'OIT et donner du sens aux textes européens visant les droits sociaux, sur lesquels est censé se construire le droit du travail naissant avec difficulté de la mondialisation du droit. Donc, donner du sens aux textes internationaux ou européens. Il faut aussi, comme l'ont demandé Mireille Delmas-Marty et Alain Supiot, « *prendre la responsabilité au sérieux* » (69).

A. Revitaliser les valeurs et la mise en œuvre des normes de l'OIT et les règles sociales européennes

La montée constante d'un droit mou, « soft », a été rappelée. Il existe, en même temps, une articulation étonnante entre les instruments de RSE et le droit « dur » (« hard »). De nombreux codes de conduite font référence aux conventions fondamentales de l'OIT, exprimant une forme d'adhésion de l'entreprise multinationale, qui doit l'engager. Cette articulation concerne particulièrement les accords-cadres mondiaux, les syndicats exerçant une pression en ce sens. Quelles que soient les motivations de l'entreprise mondiale, soucieuse de son image de marque au plan international, et souhaitant désamorcer préventivement les conflits, cela donne des moyens d'action aux syndicats, au moins pour dénoncer les violations des droits fondamentaux. Il existe ainsi une « pression juridique » sur les entreprises transnationales, qui s'est accrue avec les procédures de dépôt de plaintes (70), qu'il s'agisse de la procédure

de réclamation collective de la Charte sociale européenne (71) ou des plaintes auprès des points de contact nationaux. Cette dernière procédure, concernant spécifiquement les multinationales, semble comporter cependant des « *défaillances structurelles* » (72), des ONG regrettant sa proximité avec le ministère de l'Économie et des partenariats discutables, et un résultat décevant pour les victimes de violations des droits humains (73). Les ONG reprochent aussi au PCN de ne pas faire suffisamment connaître aux entreprises les principes de l'OCDE. Information d'autant plus nécessaire, peut-on ajouter, que semble mieux connue des entreprises la « *norme ISO 26000* » (74).

Peut-on encore espérer dans la perspective d'un droit commun s'imposant à tous dans la mondialisation, ou cela relève-t-il de l'illusion ? On se tournera successivement vers l'OIT (et les normes européennes).

1. La « capacité de persuasion » (75) de l'OIT face à la « guerre sociale » (76)

a. La technique normative de l'OIT se caractérise par une double originalité

Le caractère tripartite de son assemblée législative (la Conférence internationale du travail), qui se réunit chaque année en juin, et le fait que les normes adoptées à Genève ne peuvent devenir obligatoires pour les États que s'ils les ont volontairement acceptées par la ratification des conventions. La question des ratifications est complexe : la ratification d'une convention peut être pur effet d'annonce ou, au contraire, différée ou refusée en raison du niveau d'exigence de la norme internationale. On a parlé d'une crise des ratifications depuis les années 1980, et ceci a conduit l'OIT à trouver, avec les deux déclarations de 1998 et 2008 (77), à insister sur les obligations inhérentes à l'adhésion à sa Constitution et à la qualité de membre (78).

(69) « Prendre la responsabilité au sérieux », dir. M. Delmas Marty et A. Supiot, PUF 2015.

(70) M-A. Moreau, loc. cit. p.20.

(71) La Charte sociale européenne, convention du Conseil de l'Europe du 18 octobre 1961, a été révisée par un protocole du 3 mai 1996 permettant des réclamations collectives, par exemple d'un syndicat représentatif, dirigées contre un État signataire.

(72) Communiqué du 30 mars 2018, signé par une dizaine d'ONG, diffusé par la Ligue des droits de l'Homme (www.ldh-france.org).

(73) *V. infra*.

(74) La norme ISO 26000 « sur la responsabilité sociétale des entreprises et des organisations » a été écrite par un organisme

privé, « l'organisation internationale de normalisation » (international standardization organisation, ISO).

(75) Se reporter aux développements de F. Maupain, « L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière, peut-on réguler sans contraindre ? », publ. du BIT, Institut international d'études sociales, 2012, spéc., pp. 50 et s.

(76) B. Thibault, « La troisième guerre mondiale est sociale », Éd. de l'Atelier, 2016.

(77) *Supra*.

(78) Souligné par F. Maupain, op. cit., p. 53. Selon ces déclarations, les États membres de l'OIT ont, en cette seule qualité, l'obligation de se conformer aux normes internationales du travail.

Mais par rapport à la mondialisation (des échanges économiques), ces déclarations comportent quelques ambiguïtés. Si l'esprit de Philadelphie et celui de l'accord de Marrakech (créant l'OMC) ont été opposés à juste titre (79), parce que, dans le second, « *les êtres humains ont disparu de la liste des objectifs assignés à l'économie et au commerce* », la déclaration OIT de 1998 porte la marque des divergences d'intérêts issues des situations de dépendance résultant du commerce international. Le dernier paragraphe du texte, en effet, « *souligne que les normes du travail ne pourront servir à des fins commerciales protectionnistes et que rien, dans la présente Déclaration et son suivi, ne pourra être invoqué, ni servir à pareilles fins ; en outre, l'avantage comparatif d'un quelconque pays ne pourra, en aucune façon, être mis en cause du fait de la présente Déclaration et son suivi* » (80).

D'autre part, l'approche de la Déclaration de 1998 faisant des droits fondamentaux une catégorie spécifique pouvait être lue de deux façons : celle du socle devant être complété par les droits du travail et en permettant l'adoption, ou celle du noyau restreint de droits permettant un relèvement du niveau de vie, et très compatible avec la libéralisation des échanges et les buts de l'OMC (81). Enfin, si la Déclaration a donné un élan à la coopération technique de l'OIT, ceci va de pair avec l'essor de l'idée que la voie juridique, faisant appel à la contrainte, n'est pas la seule voie : « *d'autres méthodes existent, qui font appel à la rationalité et à la persuasion* » (82).

Au-delà de certaines ambiguïtés, le problème d'un conflit des logiques entre les normes de l'OIT et les accords de commerce est sérieux.

b. Conflit des logiques : de l'exception de moralité à la clause sociale

L'article XX du GATT (83), dont relève aujourd'hui l'OMC, comporte une dizaine d'exceptions autorisant les États à prendre des mesures au plan national, qui ne doivent pas être considérées comme restreignant le commerce international. La première hypothèse concerne les « *mesures nécessaires à la protection de*

la moralité publique », et la seconde vise « *la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et la préservation des végétaux* ». La protection de la moralité publique comprend, sans doute possible, le respect des droits de l'Homme, et l'on peut y inclure les droits sociaux fondamentaux... Mais l'idée qu'un État membre de l'OMC pourrait, au regard de ces règles, restreindre l'importation de produits fabriqués dans des conditions contraires à la morale ou dommageables pour la santé des travailleurs est très téméraire. De nombreuses conditions, tenant au caractère non discriminatoire, à la nécessité réelle, à sa proportionnalité, à la bonne foi, à l'absence d'arbitraire, sont posées (84). De plus, l'organe d'appel de l'OMC cherchera plutôt l'atteinte à un principe moral dans les caractéristiques du produit lui-même. Mais, comme le dit F. Maupain, l'exemple de l'embargo européen sur les produits issus de la chasse au phoque « *devrait ouvrir un véritable boulevard pour la protection des travailleurs* » : non pour ironiser sur la protection des animaux, car la cruauté envers ceux-ci relève effectivement de la morale collective humaine, mais pour étendre évidemment la portée concrète de l'exception évoquée au travail des enfants et aux conditions de travail inacceptables. La difficulté est cependant d'identifier, parmi les produits commercialisés, ceux qui relèvent effectivement de l'exception.

Face à ces obstacles, l'on est tenté de se tourner vers la « *clause sociale* », hypothèse beaucoup débattue où un accord bilatéral ou multilatéral de commerce comporte des engagements des signataires en matière de normes internationales du travail.

En fait, la clause sociale a été introduite au début du XX^{ème} siècle dans les traités de commerce par les États-Unis, qui ont également développé une législation imposant unilatéralement le respect de droits minimaux pour les travailleurs aux pays ayant avec eux des échanges économiques. Face à l'ampleur du sujet (85), on se limitera ici à un exemple significatif : la clause sociale du CETA. Le CETA est « *l'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada* », qui a été signé le 30 octobre 2016, après

(79) A. Suptiot, *L'esprit de Philadelphie*, Seuil 2010, pp. 62 et s.

(80) On désigne par avantage comparatif celui qui résulte, pour un pays, du commerce international en fonction de sa productivité.

(81) En ce sens, F. Maupain, *op.cit.*, pp. 160 et s.

(82) J.-M. Servais, « Normes internationales du travail », LGDJ 2004, § 1075.

(83) Le GATT, c'est-à-dire l'accord général sur les tarifs douaniers, a constitué, à partir de 1947, l'essentiel des règles régissant le commerce mondial. La création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le 1^{er} janvier 1995, en a constitué la réforme, s'appliquant non seulement au commerce des marchandises, mais à la propriété intellectuelle et aux services.

Les représentants des pays membres de l'OMC veillent au fonctionnement du Gatt. L'OMC comporte une procédure de règlement des différends faisant intervenir un organe composé de fonctionnaires des Gouvernements, puis un organe d'appel dont les membres sont désignés par consensus et qui doivent avoir une certaine autorité liée à leur connaissance du droit. Des injonctions peuvent émaner de ces organes.

(84) Par le texte lui-même et l'interprétation qu'en donne l'organe de règlement des différends de l'OMC.

(85) Le site de l'OIT (www.ilo.org) comporte des informations régulières sur les clauses sociales. V. J.-M. Servais, *op.cit.*, pp. 17 et s. ; M.-A. Moreau, « Normes sociales, droit du travail et mondialisation », Dalloz 2006, pp. 190 et s.

avoir été négocié par la Commission européenne au nom des 28 États membres (86). Le CETA a été ratifié par le Parlement européen le 21 septembre 2017, ce qui a permis son application provisoire pour tout ce qui concerne le commerce des marchandises et des services. Pour être appliqué en totalité, il doit, en outre, être ratifié par tous les parlements nationaux, ainsi que régionaux. La ratification française a été reportée à 2019. Le refus d'un parlement national, notifié au Conseil, entraînerait la dénonciation de l'application provisoire et du traité lui-même.

On estime que le CETA peut servir de « modèle » non seulement dans la politique de l'UE sur le commerce et l'investissement, mais pour la régulation internationale. La Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCNDH) s'est saisie elle-même de cet accord, « *au vu de la pluralité des sujets réunis dans le CETA, et particulièrement de l'appartenance de certains à la sphère des droits de l'homme* » (87), et son avis s'intéresse aux impacts de l'accord sur la protection des droits sociaux. On doit insister sur l'importance des dispositions insérant (aux articles 23.3 6 1 et 2 du traité) une référence précise aux « *huit conventions fondamentales de l'OIT, qui protègent quatre droits désignés comme étant une condition nécessaire à la jouissance effective de tous les autres* ». Ce sont donc la liberté (syndicale), le droit de négociation collective, les interdictions du travail forcé et du travail des enfants, l'élimination de la discrimination dans l'emploi et la profession. Sur les thèmes visés, on peut regretter avec la CNCNDH que n'ait pas été visé l'ensemble de la convention des Nations-Unies sur la protection de tous les travailleurs migrants et de leur famille (88). Mais on relève aussi une critique à portée générale de la CNCNDH : « *l'inclusion de dispositions concernant l'investissement doit aller de pair avec le renforcement des droits des travailleurs vis-à-vis des groupes transnationaux. Pour atteindre ce but, la CNCNDH considère que le droit à l'information et à la consultation des travailleurs, ainsi que la possibilité d'organiser des réunions de coordination et de coopé-*

ration, doivent être garantis sur tout le périmètre de l'entreprise et ne pas se limiter aux périmètres national ou européen ».

Quant à la portée de l'engagement des États sur le respect des normes internationales, elle relève d'une formulation non seulement incertaine (89), mais critiquable : chaque État « *fait en sorte que son droit et ses pratiques incorporent et protègent les huit conventions fondamentales de l'OIT, etc.* », précise l'article 23 du CETA, très « soft » sur ce point, au lieu de constater qu'elles s'imposent aux États, tant en vertu de la déclaration OIT de 1998 que de leurs ratifications (90).

Reste, par contre, à souligner l'intérêt d'une clause impérative : l'article 23.4 traite du « *maintien des niveaux de protection* », et son § 2 précise : « *Une Partie ne renonce, ni ne déroge d'une autre manière à son droit et à ses normes en matière de travail, ni n'offre de le faire, dans le but de stimuler le commerce ou l'établissement, l'acquisition, l'accroissement ou le maintien d'un investissement sur son territoire* ». Est ainsi préservé clairement le droit, pour chaque État, de maintenir ou de faire évoluer son droit du travail, en même temps qu'est interdit le dumping social (c'est-à-dire l'abaissement des règles sociales afin de stimuler le commerce et l'investissement). Le droit des États de réguler, dans les domaines sociaux et environnementaux notamment, souvent contesté par les multinationales au nom de la protection des investissements, se trouve donc affirmé. La mise en œuvre de ces dispositions est prévue de manière inégale. Ce n'est pas le tribunal arbitral mis en place par le CETA (91) qui peut être amené à connaître d'une pratique de dumping social, mais la conciliation ou médiation intergouvernementale et, le cas échéant, un groupe d'experts sans pouvoir de sanction. Par contre, sont prévues des garanties procédurales au profit d'un travailleur ou de toute personne ayant un intérêt légitime, invoquant une atteinte aux droits résultant des conventions fondamentales de l'OIT telles qu'insérées dans la législation nationale (92).

(86) En vertu de l'article 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la Commission est chargée, après approbation du Conseil de l'UE, de la négociation des accords de commerce et d'investissement, au nom des 28 États membres. On parle pour le CETA d'accord mixte, car certaines questions (le tribunal arbitral notamment) relèvent aussi de la compétence des États.

(87) Avis sur les accords internationaux de commerce et d'investissement : ne sacrifions pas les droits de l'Homme aux intérêts commerciaux – L'exemple de l'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (CETA), 15 décembre 2016, JO du 7 mars 2017.

(88) Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leur famille, adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 18 décembre 1990 (résolution

45/158), non ratifiée par la France et les autres États UE et le Canada.

(89) Sur ce point, l'avis de la CNCNDH manque de précision

(90) Les États membres de l'Union européenne ont tous ratifié les conventions « fondamentales » de l'OIT et sont donc tenus de mettre leur législation nationale en conformité.

(91) *V. infra.*

(92) Selon l'article 23.5 du CETA, les garanties procédurales permettent aux justiciables l'accès à une procédure efficace, permettant la réparation du préjudice subi. Elles ne doivent pas entraîner de délais déraisonnables et permettent des injonctions. Et elles doivent être justes et équitables et sans coût prohibitif.

Au total, malgré les vives réserves que peut susciter la dynamique générale du CETA (par exemple l'affaiblissement du principe européen de précaution), sa clause sociale mérite d'être étudiée et, le cas échéant, mobilisée.

Qu'en est-il des règles de l'Europe sociale ?

2. Où vont les règles européennes en matière sociale ?

L'avenir incertain du droit social européen a été évoqué (93). Certains parlent d'une « *panne du droit dérivé* » (94). L'adoption d'un « *socle européen des droits sociaux* » annonce-t-elle une nouvelle étape (b) ? Dans un ouvrage récent, un syndicaliste éminent, Bernard Thibault, affirmait que l'UE ne doit pas se dérober au droit international du travail : comment se situe l'UE au regard des normes de l'OIT (a) ?

a. Les relations entre l'Union européenne et l'OIT se définissent en partie sur le terrain des compétences

L'Union européenne a le statut d'observateur auprès de l'OIT, mais doit respecter les engagements pris par les États, ainsi que l'article 351 du TFUE le lui impose : « *[l]es droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1^{er} janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités* ». La Cour de justice a rendu, en 1993, un avis sur la compétence respective des États et de l'UE (95) pour ratifier la convention 170 de l'OIT relative à l'utilisation de produits chimiques. Elle a rappelé qu' « *en l'état actuel du droit communautaire, la politique sociale relève d'une manière prépondérante du domaine de la compétence des États membres* ». Selon l'avis, une coopération étroite entre les États et les institutions communautaires dans le processus de négociation et d'exécution des engagements s'impose en cas de compétence partagée. En l'espèce, la convention OIT recouvrait le domaine de l'ex-article 118A (96), ce qui

permettait de rappeler la compétence communautaire pour améliorer la santé et la sécurité des travailleurs, mais également de souligner que les directives prises sur ce fondement étant des « *prescriptions minimales* », les États pouvaient aller plus loin dans la protection, aussi bien en droit interne qu'en ratifiant une convention OIT. La mise en place par la Commission d'une « *procédure d'autorisation* » de ratification ne paraît pas formellement conforme à cet avis, bien que, sur le fond, elle corresponde plutôt à une invitation adressée aux États membres de ratifier une convention de l'OIT.

Mais cette bonne articulation des compétences n'a pas empêché d'importantes divergences d'approche sur la confrontation des droits sociaux fondamentaux et des libertés économiques. À la suite des affaires *Viking* et *Laval*, (97) la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT a déclaré, dans son rapport 2010, à propos du droit de grève, qu'elle n'a « *jamais inclus d'évaluer la proportionnalité des intérêts en ayant à l'esprit une notion de liberté d'établissement ou de liberté de fournir des services* » (98). Ainsi, les libertés de circulation économiques, fondamentales pour l'UE, ne sont pas érigées au rang d'intérêt légitime face au droit de grève, ou à la liberté syndicale, pour l'OIT. Cette opposition sur le fond tend peut-être à se relativiser si l'on considère la jurisprudence *Viking-Laval* comme appartenant au passé, la Cour de justice ayant évolué vers une idée de conciliation entre les libertés de circulation économique et les droits sociaux fondamentaux (99). La même Cour préserve depuis longtemps le droit de négociation collective, en raison de son objet, de l'application du droit de la concurrence (100).

Mais on trouve, dans un arrêt de 2016, un étonnant mélange d'ouverture sociale et de cantonnement inacceptable de la directive 98/59 sur les licenciements collectifs. Dans une affaire concernant des licenciements collectifs opérés par une filiale grecque du groupe multinational français Lafarge, la CJUE admet qu'*a priori* un mécanisme d'encadrement

(93) V. *supra*.

(94) « Quelle Europe sociale nous prépare le socle des droits sociaux ? », RDT 2017.455, introduction à la « controverse » entre S. Laulom, « L'espoir d'une revitalisation du projet d'Europe sociale », et J.-Ph. Lhernould, « Socle européen des droits sociaux : le discours et la méthode ».

(95) CJCE, avis n°2/91 du 19 mars 1993, rec.I-1061. Comm. M. Bonnechère, Dr. Ouvr. 1993, p. 275.

(96) L'article 118 A, issu de l'Acte unique européen, faisait clairement référence à l'égalisation dans le progrès des conditions de travail (notamment en améliorant la santé sécurité au travail) et à l'adoption de directives comportant des prescriptions minimales. On en retrouve la substance dans les articles 151 et 153 du TFUE issu du traité de Lisbonne.

(97) Arrêts *ITWF et FSU c/Viking* du 11 décembre 2007, aff. C-483/05 et *Laval* du 18 décembre 2007, aff. C-341/05. V. notamment S. Robin-Olivier et E. Pataut, « Europe sociale ou Europe économique », RDT février 2008.80, et M. Bonnechère, « La production des cours européennes en droit social », Dr. Ouvr. 2008, 552s spéc., p 557-58.

(98) Rapport de la Commission d'experts, III, Partie IA, 2010, p. 211.

(99) CJUE, 15 juillet 2010, aff. C-271/08, v. l'article de J.-F. Akandji-Kombé, « Négociation collective et marché intérieur, la CJUE franchit-elle un cap ? », SSL n° 1463 du 18 octobre 2010, p. 5.

(100) CJUE 4 décembre 2014, aff. C-413/13, *M. Behar-Touchais*, *Rev. Concurrences*, n°1.2015, et auparavant CJCE 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany international*, Dr. Ouvr. 2000, p. 137.

des licenciements collectifs (autorisation administrative) relève de l'objectif de protection des travailleurs, objectif d'intérêt général (101), et que « la liberté d'entreprise n'est pas une prérogative absolue, mais doit être prise en considération par rapport à sa fonction dans la société ». Mais elle donne une interprétation abusive et erronée de la directive, dont l'effet utile serait, selon elle, une fois les représentants des travailleurs consultés, de laisser envisageables les licenciements. Tout encadrement du licenciement le « normalise, certes, sans l'interdire » (102). L'effet utile de la directive est dans la protection des travailleurs par la concertation préalable.

Face à une telle jurisprudence, peut-on mettre dans le socle européen des droits sociaux un certain espoir ?

b. Le socle européen des droits sociaux

Proclamé solennellement par le Parlement européen, le Conseil et la Commission lors du « sommet social » de Göteborg le 17 novembre 2017, ce socle représente, de la part de ces institutions, un engagement à respecter vingt principes déclinés en droits. Il a été précédé, le 26 avril 2017, de la publication par la Commission européenne d'un « paquet social », un ensemble de documents.

Qualifié (lui aussi..) d'« objet juridiquement non identifié » (103), le socle n'est pas « contraignant » au sens où il n'affirme pas des droits invocables. Il a la valeur d'une recommandation, mais avec la signification forte de la méthode choisie : une proclamation des trois institutions européennes, qui devra en faire une référence pour l'interprétation du droit communautaire, en sachant qu'elle se réfère à « l'amélioration des conditions de vie et de travail permettant leur égalisation dans le progrès », visée à l'article 151 du TFUE.

Le socle adhère, d'autre part, à la perspective d'une interdépendance et d'une articulation favorable des normes, notamment européennes et internationales : « le socle européen des droits sociaux ne doit pas empêcher les États membres et les partenaires sociaux à l'échelle nationale de fixer des normes sociales plus ambitieuses. En particulier, aucun élément du socle européen des droits sociaux ne doit être interprété comme limitant ou altérant les droits et principes

reconnus dans leur champ d'application respectif par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles l'Union ou tous les États membres sont parties, notamment la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et les conventions pertinentes de l'Organisation internationale du travail (§ 16) ».

On peut voir le socle comme un cadre d'action pour la politique sociale européenne et, en 2018, le « semestre européen », qui correspond en fait à des préconisations annuelles de la Commission adressées aux États pour la coordination des politiques économiques, fait référence au socle des droits sociaux, sur la base d'« indicateurs sociaux », mais les recommandations adressées à la France ne frappent pas par leur mieux-disant social (104).

Comme l'a souligné la Confédération européenne des syndicats, « la mise en œuvre du socle social implique une législation, une politique économique et sociale, un financement et d'autres initiatives, tant au niveau européen qu'au niveau national, et syndicats et employeurs ont également un rôle à jouer ».

On peut évidemment faire la différence entre la Charte des droits sociaux fondamentaux, à laquelle le Traité de Lisbonne a donné « la même valeur juridique que les traités ».

Sur la participation des travailleurs, sur la protection en cas de licenciement, par exemple, le socle réaffirme les droits déjà énoncés, ainsi qu'il l'annonce, et il ne modifie pas les compétences de l'Union. On peut aussi s'arrêter sur les références au marché intérieur, aux marchés du travail, constater que l'adoption de directives sociales n'est qu'un élément parmi d'autres dans ce qui est programmé. Les futures directives ont le mérite d'exister : une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne (105), en cours d'adoption, doit se substituer à la directive 91/533. Son chapitre III traite des « exigences minimales concernant les conditions de travail » (durée maximale de la période d'essai, prévisibilité minimale du travail). Une autre proposition de directive concerne l'équilibre entre vie privée et vie professionnelle des parents et aidants, et abroge la directive 2010/18 sur le congé parental. Une proposition de règlement créé une autorité européenne

(101) CJUE 21 décembre 2016, C-201/15, *AGET Iraklis*. Avec le fin commentaire de A. Fabre à la RDT, 2017.127, « Autorisation administrative des licenciements collectifs, la liberté d'entreprise plie mais ne rompt pas... ». La Cour a considéré que la législation grecque en l'espèce n'était pas conforme à l'article 49 TFUE relatif à la liberté d'établissement.

(102) Javillier, « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : normalisation du

licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », *Études offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 101 et s.

(103) S. Laulom, comm. préc.

(104) Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la France pour 2018, 23 mai 2018, COM(2018) 409 final.

(105) Commission européenne, SW2017, 202 et 203 final.

du travail, avec comme objectif d'« assurer la mobilité équitable de la main-d'œuvre dans le marché intérieur », au moyen d'informations, mais aussi de contrôles sous la forme d'inspections concertées et communes. L'Autorité doit avoir un rôle de soutien aux États membres, mais aussi de médiation en cas de différends. Elle est administrée par un conseil d'administration et un directeur exécutif, et consulte un « groupe des parties prenantes composé des partenaires sociaux (paritaire) et de deux représentants de la Commission ». On peut encore mentionner une proposition de directive sur les lanceurs d'alerte, que la CES a pu faire amender afin que les travailleurs lanceurs d'alerte soient protégés.

Un « socle », donc, on pourrait dire une base, un fondement, qui n'assurera pas la priorité du social sur l'économie au sens où la CES réclame un « pacte social », mais qui peut faire revivre non pas le mythe, mais l'idée d'une Europe sociale.

Certes, si l'on poursuit l'interrogation sur les lignes de résistance permettant d'opposer aux multinationales un droit qu'elles ne fabriquent pas elles-mêmes, l'affaiblissement du droit social européen depuis les directives sur les comités d'entreprise européens relève de l'évidence, mais l'on constate une sorte de relais, partiel et limité, pris par le droit des sociétés et le souci du respect des droits de l'homme et des valeurs démocratiques.

B. Soumettre l'entreprise multinationale au droit

« L'entreprise est-elle soumise aux règles du droit international ? », s'interrogeait Monique Chemillier-Gendreau dans un ouvrage collectif (106). La première condition généralement évoquée est l'identification d'une personnalité juridique. L'auteur relève qu'en droit international, ce n'est pas la qualité de sujet de droit qui donne des droits et des devoirs, mais les droits conférés par l'ordre juridique international et les obligations qu'il crée qui accordent la qualité de sujet de droit : ce qu'ont fait les instruments de l'OIT, de l'OCDE, de l'ONU, il est vrai sur le mode de l'« encouragement » plus que de la contrainte. On a relevé que l'OIT ne définit pas vraiment l'entreprise multinationale, certains parlent de textes « fonctionnels ».

En fait, la soumission de l'entreprise multinationale au droit emprunte des voies qui débordent le droit du travail, tout en lui donnant un rôle central.

1. Un frein à la privatisation de la justice au nom de la sécurité des investissements

La semonce est venue paradoxalement de la Cour de justice de l'Union européenne. L'arrêt rendu le 6 mars 2018 par la Grande chambre (107), sur conclusions contraires de l'avocat général, considère qu'un tribunal arbitral tel que celui d'un traité bilatéral d'investissement liant les Pays-Bas et la République slovaque ne saurait être considéré comme une « juridiction d'un État membre », au sens de l'article 267 du TFUE. Le fait que la CJUE, en visant clairement l'autonomie et le particularisme du droit de l'Union, entende préserver sa compétence dans l'interprétation du droit communautaire et la coopération avec les juridictions nationales, n'autorise pas à ignorer qu'elle fait référence (§ 34 de l'arrêt) à « une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée », renvoyant à l'article 2 du traité : une certaine idée de la justice en démocratie, excluant le choix des juges, de la procédure et de la loi. L'on sait que des multinationales se sont emparées du mécanisme arbitral pour contester le droit de réguler des États dans les domaines sociaux, environnementaux et de santé publique, au nom de la protection de leurs investissements (108). En l'espèce était en cause une réforme du système de santé de la République slovaque.

Ce qui fait problème n'est pas le principe d'une action contentieuse d'une entreprise contre un État : dans une démocratie, l'État est soumis au droit. Mais les tribunaux ont vocation à connaître de telles actions qui peuvent concerner des décisions de l'État non conformes au droit et engendrant un préjudice à des particuliers. Le recours à l'arbitrage pose la question de la nature de l'instance saisie et de la légalité à laquelle elle se réfère.

L'arrêt ne vise, certes, que les traités conclus entre les États membres de l'UE, ce qui ne concerne pas directement ceux conclus avec les pays tiers ou ceux auxquels l'UE est partie. Et l'on songe à cet égard au CETA, dont la procédure de règlement des différends a déclenché une vaste campagne de protestation. Un tribunal « permanent » des investissements, avec une liste restreinte d'arbitres et un mécanisme d'appel, a remplacé une première version. Ce qui a conduit la CNCDH, dans son avis précité, à réclamer une réflexion en vue d'un changement radical : l'instauration d'un recours exclusif aux juridictions nationales.

(106) M. Chemillier-Gendreau, « L'entreprise est-elle soumise au droit international ? », in *L'entreprise dans un monde sans frontières*, dir. A. Supiot, Dalloz 2015, pp. 87 et s.

(107) CJUE 6 mars 2018, C-284/16, Dr. Ouvr. 2018.607, n. M. Bonnechère ; Europe, n° 5 mai 2018, étude 3 de D. Simon.

(108) Ce sont les actions de Philip Morris contre la loi australienne sur le « paquet neutre », de Vattenfall (exploitant deux centrales nucléaires en Allemagne) contre la décision allemande de sortir du nucléaire à l'horizon 2022.

2. L'idée d'évaluer l'impact des activités de l'entreprise sur les droits fondamentaux

C'est la directive 2014/95 sur la publication d'informations non financières par les sociétés qu'une ordonnance du 19 juillet 2017 a transposée (109). La déclaration non financière doit décrire les « *principaux risques liés à l'activité de la société ou de l'ensemble de sociétés et les politiques mises en œuvre pour les identifier et les prévenir* ». En principe, la déclaration non financière devrait comprendre des explications sur l'absence de politique de l'entreprise dans les domaines mentionnés.

L'idée de la « diligence raisonnable » renvoie en fait au devoir de vigilance (110).

3. L'application de la loi nationale sur la représentation du personnel

On sait que les filiales françaises situées en France des sociétés ayant leur siège à l'étranger sont soumises au droit français des comités sociaux et économiques (111). Il en va de même pour les « antennes », « succursales » ou autres appellations constituant des établissements distincts. Le bilan de l'articulation entre les comités européens d'entreprise avec les instances représentatives nationales, et de son impact sur les restructurations, mérite une étude spécifique. Un arrêt récent de la chambre sociale (112) illustre cette question.

4. En matière de licenciements économiques

Le droit du travail français a connu dans la dernière période une évolution régressive, rendant plus difficile le contrôle des licenciements économiques et la détermination des responsabilités dans l'entreprise transnationale. La régression est venue d'abord de la jurisprudence ; elle concerne le co-emploi, théorie renvoyant à un contrat de travail unique et à une dualité d'employeurs. L'arrêt *Jugheinrich* rendu en 2011 l'avait caractérisé sur la base des liens existant entre les entreprises, mettant à nu les cloisonnements construits par les groupes. La confusion d'intérêts,

d'activités et de direction entre société-mère et filiale caractérisait le co-emploi. Mais l'arrêt *Molex* rendu le 2 juillet 2014 a exprimé le souci de ne pas aller à l'encontre de la réalité des groupes, renvoyant au critère d'une immixtion dans la gestion économique de la filiale par la société-mère. Le juge social tend à écarter difficilement « *le voile de la personnalité morale* », rendant plus difficiles les actions tendant à faire contribuer à toutes les conséquences des décisions de gestion du personnel ceux qui contrôlent les entreprises, en particulier les conséquences financières des plans sociaux. La possibilité d'une action en responsabilité délictuelle contre un fonds d'investissement et son action dommageable pour une filiale et ses emplois, confirmée récemment par la cour de cassation, constitue un correctif important mais limité (113).

La seconde régression est venue du législateur. L'ordonnance 2017-1387 a modifié l'article L. 1233-3 du Code du travail en limitant le cadre d'appréciation des difficultés économiques au territoire national, contredisant une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation (114). Contestable en droit (elle favorise « l'effet frontière », rendant moins effectives les règles), cette réforme l'est aussi politiquement : on veut favoriser les investissements, tout en rendant plus profitables les délocalisations... L'exception de la fraude introduite dans la loi de ratification ne convainc pas (115).

5. Le devoir de vigilance et la responsabilité des multinationales

Parler de « vigilance » évoque une certaine souplesse. Pourtant, la loi française du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre est un des rares textes contraignants s'imposant aux multinationales, et, malgré ses insuffisances et ses difficultés de mise en œuvre, elle doit être mobilisée afin qu'elle produise un effet d'entraînement. La première proposition de loi (116), prévoyait un système de présomption

(109) Ordonnance 1180 du 17 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprise et décret 2017-1265 du 9 août 2017.

(110) *V. infra*.

(111) Cass. Soc. *Thompson Video Color*, 5 avril 1995, n°93-42.690, BC V n°123 et surtout Cass. Soc. *TRW Repa c/Mme Mabon et a.*, également du 5 avril 1995, n°93-43.866, BC V n°123.

(112) Selon Soc. 19 décembre 2018 (n°18-14520), il résulte du code du travail, interprété à la lumière de la directive 2002/14 du 11 mars 2002, qu'en l'absence de comité européen instauré par un accord précisant les modalités de l'articulation des consultations en application de l'article L.2342-9,4°, l'institution représentative du personnel d'une société contrôlée par une société-mère ayant son siège dans un

autre Etat membre de l'UE doit être consultée sur tout projet concernant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, y compris lorsque une offre publique d'acquisition porte sur les titres de la société-mère.

(113) Il s'agit de l'affaire *Lee Cooper* et de l'arrêt Soc. 14 mai 2018 (16-22881 à 16-22908), confirmant l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 28 juin 2016 (Dr. ouvr. 2016.778 et note M. Bonnechère).

(114) E. Pataut « Le devoir de vigilance, aspects de droit international privé », Dr. Soc. 2017.833.

(115) V. F. Jault-Seseke, « L'entreprise transnationale : quelle réalité ? », Dr. Ouvr. 2018, pp.551 et s., spéc. p.555.

(116) N° 1519, 2013.

de responsabilité des sociétés-mères en matière de violation des droits humains. Le texte adopté en est loin. Il impose l'établissement et la mise en œuvre effective d'un plan de vigilance, publié et inclus dans le rapport de gestion, aux sociétés employant 5.000 salariés et plus, y compris dans leurs filiales directes ou indirectes, le seuil passant à 10.000 si le siège social est à l'étranger.

Le plan « *comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle* » au sens du II de l'article L.233-16. Sont incluses aussi « *les activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation* ». Ce champ d'application concerne donc les chaînes mondiales d'approvisionnement (117).

Le document doit être élaboré avec les « *parties prenantes de la société* » : vocabulaire managérial qui renvoie à toutes les composantes, actionnaires, salariés, syndicats, mais aussi clients, fournisseurs, ONG.

La loi crée une obligation de moyen, et en se limitant aux risques d'atteinte grave, elle évacue quelque peu le principe de précaution : l'atteinte à la liberté d'entreprendre est limitée... Parmi les mesures envisagées se situe l'établissement d'une cartographie, et notamment « *des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques* ».

Le texte présente l'intérêt d'offrir une protection légale aux lanceurs d'alerte, puisqu'il mentionne l'établissement d' « *un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société* ».

Le manquement d'une société concernée à ses obligations engage sa responsabilité, mais, en cas de sinistre et de victimes demandant réparation des dommages subis, ces victimes supporteront la lourde charge de la preuve. Établir le lien de causalité entre l'absence de plan et un dommage subi sera difficile. On peut toutefois penser que les tribunaux demanderont aussi à la société des éléments de preuve.

Un autre problème a été soulevé par les spécialistes (118) : celui des conflits de loi, non prévus par la loi de 2017. De quelle loi relève, en matière de vigilance, la société en cause : loi du siège social ? La loi de 2017 relève-t-elle de la catégorie des lois de police devant alors s'imposer ? La sanction de la responsabilité pour faute étant la responsabilité civile délictuelle, le règlement de Rome de 2007 doit-il imposer la loi du lieu du dommage ? La doctrine propose d'appliquer la loi du fait générateur du dommage, mais ceci est débattu.

On peut penser que la loi française s'inscrit dans une dynamique d'ensemble. On parle peu d'un règlement de l'UE datant du 17 mai 2017 « *fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque* ». La norme repose sur des échanges d'informations et de vérifications « *par des tiers* » pour aboutir à une liste d'entreprises responsables établie par la Commission. Le résultat semble minime, mais le thème significatif d'un nouveau contexte.

Dès les années 1970, les Nations-Unies s'étaient fixées le but d'élaborer un code de conduite pour les entreprises multinationales, puis elles se sont concentrées sur la notion de principes directeurs, on l'a vu, mais des campagnes de la « société civile » se sont succédées sur le thème de la lutte contre l'impunité des sociétés multinationales. De nombreuses ONG, des fédérations syndicales (la CSI) y ont participé, et finalement un groupe de travail a été mandaté par le Conseil des droits de l'Homme (CDHNU) depuis 2014 en vue d'élaborer un instrument international imposant des obligations aux multinationales en matière de « droits humains ». De difficiles débats sont en cours sur la nécessité de ne pas en rester aux mesures préventives.

Si peu probable que soit l'adoption d'un tel traité, la loi française peut jouer en la matière un rôle moteur.

Michèle Bonnechère

(117) V. *supra*.

(118) E. Pataut, « Le devoir de vigilance, aspects de droit international privé », préc.