



HAL
open science

La place du droit du travail dans la lutte contre la pauvreté

Patrice Reis

► **To cite this version:**

Patrice Reis. La place du droit du travail dans la lutte contre la pauvreté. colloque Démocratie, société civile et lutte contre la pauvreté, Faculté de DROIT de l'Université de Marrakech, Faculté de DROIT de l'Université de Marrakech, May 2006, Marrakech, Maroc. hal-00734258

HAL Id: hal-00734258

<https://hal.science/hal-00734258>

Submitted on 28 Sep 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



**FACULTÉ de DROIT,
des SCIENCES POLITIQUES,
ÉCONOMIQUES et de GESTION**



COLLOQUE DEMOCRATIE, SOCIETE CIVILE ET LUTTE CONTRE LA
PAUVRETE DES 5 ET 6 MAI 2006 FACULTE DE DROIT DE
MARRAKECH MAROC

La place du droit du travail dans la lutte contre la pauvreté.

Patrice Reis

Maître de conférences en droit privé, habilité à diriger des recherches.

Faculté de droit et des sciences politiques de Nice.

Université de Nice-Sophia Antipolis

CREDECO GREDEG UMR CNRS/UNS

Le préambule de la constitution de l'organisation internationale du travail adopté en 1919 déclare « qu'une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale ». Cette recherche de justice sociale, tâche assignée à l'OIT, est liée à la lutte contre la pauvreté comme le rappelle plus récemment le rapport de la conférence internationale du travail de l'OIT en 2003 intitulé « *s'affranchir de la pauvreté par le travail* »¹. Effectivement, il existe un lien évident entre le droit du travail en tant que moyen de garantir un développement humain et durable et l'élimination de la pauvreté.

Le droit du travail n'est qu'une des 3 branches du droit social avec le droit de la sécurité sociale et le droit de l'aide sociale. Ces trois branches du droit social ont pour objectif commun la protection de l'être humain à différents stades.

Ainsi, le droit du travail a pour fonction de protéger le salarié à l'occasion de l'accomplissement de sa prestation de travail sous la subordination juridique et la dépendance économique de l'employeur².

Le droit de la sécurité sociale protège lui l'ensemble des ayants droits et leurs familles contre les risques sociaux tels que la maladie, l'invalidité, ou encore la vieillesse³.

¹ Juan Somavia, Directeur général du Bureau international du Travail, *S'affranchir de la pauvreté par le travail*, rapport à la conférence internationale du travail 6/6/2003, Genève, BIT/03/26, ISBN 92-2-212870-2.

² J. Péliissier, A. Supiot, A. Jammaud, *Droit du travail*, Ed. Dalloz 2005.

³ J. J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore et R. Ruellan, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz 15^e Ed. 2005.

Le droit de l'aide social protège quant à lui les personnes démunies de ressources c'est le cas, par exemple, du RMI ou revenu minimum d'insertion créé par la loi du 1/12/1988 et depuis le 1/1/2004 du RMA ou revenu minimum d'activité⁴.

Ces 3 branches du droit social s'insèrent dans un cadre plus général : celui des politiques sociales. Dans ces politiques sociales, on englobe aussi :

- d'une part, les politiques de formation professionnelle et d'emploi⁵, d'éducation.
- d'autre part, des politiques transversales telles que la santé, l'environnement, la politique de la ville, la politique de sécurité alimentaire.

Le point commun de l'ensemble de ces politiques sociales est de placer l'être humain au centre de la réflexion, par opposition aux politiques économiques qui placent le marché au coeur de la réflexion⁶. Donc, le droit du travail n'est à la fois qu'une branche du droit social et une politique sociale parmi d'autres.

Une fois cette distinction opérée, le droit du travail peut se définir comme "l'ensemble des règles juridiques applicables aux relations individuelles et collectives qui naissent entre les employeurs privés et ceux qui travaillent sous leur autorité moyennant une rémunération appelée salaire »⁷.

Le droit du travail régit donc deux dimensions : d'une part, les relations individuelles de travail fondé sur le contrat de travail et les pouvoirs reconnus à l'employeur par l'ordre juridique étatique et d'autre part, les relations collectives fondés sur la prise en compte d'intérêts collectifs des salariés illustrés notamment par la négociations de conventions et d'accords collectifs. Le droit du travail va donc procurer une certaine sécurité au salarié à l'occasion de l'exécution de sa prestation de travail alors que la pauvreté peut se définir selon le conseil économique et social comme étant caractérisée par « l'absence d'une ou plusieurs sécurités notamment celle de l'emploi permettant aux personnes et familles d'assumer leurs obligations professionnelles, familiales et sociales et de jouir de leurs droits fondamentaux »⁸. L'absence de ces sécurités a pour conséquence des « absences de liberté qui empêchent ainsi les individus de réaliser et d'épanouir leurs capacités »⁹.

⁴ Article L-322-4-15 du code du travail.

⁵ Comme l'illustre, par exemple en France, la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *JORF* 5/5/2004.

⁶ C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *droit du marché*, PUF 2002.

⁷ J. Pélissier, A. Supiot et Jeammaud, *Droit du Travail*, Précis Dalloz 2005.

⁸ La grande pauvreté est elle « déterminée par un cumul de précarité dans plusieurs domaines, leur persistance et la quasi-impossibilité de réassumer ses responsabilités et reconquérir ses droits par soi-même dans un avenir prévisible » Rapport du conseil économique et social, « *Grande pauvreté et précarité économique et sociale* » *JORF* 28/2/1987

⁹ A. Sen, Travail et droits, *Revue internationale du Travail*, BIT vol. 139, 2000, n°2.

Ainsi en 2003, lors de la conférence annuelle internationale du travail au sein de l'OIT, le directeur général du Bureau international du travail avait affirmé dans son rapport¹⁰ la volonté de faire du droit du travail un droit vivant au service du progrès de la société civile. La solution réside dans l'adoption de politiques qui produisent ce que M. Somavia a appelé "les dividendes du travail décent". Parmi les dividendes du travail décent, le Directeur général du bureau international du travail cite "un revenu plus stable et un emploi productif, des règles équitables, le respect des droits fondamentaux au travail et la protection sociale, la capacité de se faire entendre grâce à l'organisation, à la mobilisation et à l'autonomisation, des salaires accrus et des possibilités d'emploi indépendant grâce à l'accès aux services financiers, à la formation et à l'amélioration des qualifications, des politiques pour soustraire les enfants au travail et les scolariser et pour mettre un terme au travail forcé, l'élimination de la discrimination, des foyers et des lieux de travail sains et sans danger". Le rapport insiste que les apports de la réduction de la pauvreté pour l'ensemble de la société civile en précisant que « les dividendes du travail décent ne seront pas réservés aux seuls pauvres mais à l'ensemble de la société, gouvernements et employeurs inclus ».

Dans le cadre de la lutte contre la pauvreté, le droit du travail va donc permettre de définir soit par le biais de la loi soit par le biais des conventions collectives les règles minimales à respecter afin de garantir un travail décent. Le travail constitue, en effet, la principale ressource sinon la seule à disposition des populations pauvres¹¹. Cependant, garantir un travail décent ne signifie pas évidemment assurer un emploi à tout prix aux individus car « ce n'est certainement pas un moyen de réduire durablement la pauvreté »¹² mais plutôt un moyen de l'accroître notamment par le biais de la précarité. Dès lors si la notion de travail décent part du principe que la principale ressource des populations sinon la seule est leur travail, la définition des garanties minimales ou protectrices doit permettre d'assurer une rémunération, stable, juste et équitable garantissant les conditions et les moyens d'existence tout en évitant les discriminations notamment salariales. Ces règles minimales ont pour objet d'éviter l'apparition des travailleurs pauvres ou « working poors »¹³ aux cotés de populations connaissant déjà des difficultés plus ou moins importantes comme les chômeurs ou les travailleurs du secteur informel. Ces règles minimales protectrices correspondent à une

¹⁰ Juan Somavia, Directeur général du Bureau international du Travail, S'affranchir de la pauvreté par le travail, rapport à la conférence internationale du travail 6/6/2003, Genève, *BIT/03/26*, ISBN 92-2-212870-2.

¹¹ Juan Somavia, Directeur général du Bureau international du Travail, S'affranchir de la pauvreté par le travail, rapport à la conférence internationale du travail 6/6/2003, Genève, *BIT/03/26*, spéc. p.40, ISBN 92-2-212870-2.

¹² Juan Somavia, Directeur général du Bureau international du Travail, S'affranchir de la pauvreté par le travail, rapport à la conférence internationale du travail 6/6/2003, Genève, *BIT/03/26*, spéc. p.39, ISBN 92-2-212870-2.

¹³ Comme, par exemple, aux USA.

philosophie du droit du travail marquée par les conquêtes sociales et la notion de progrès social.

Cependant cette simple garantie d'un travail décent s'avère insuffisante sans la consécration et la garantie d'un certain nombre de droits sociaux fondamentaux. Ces droits sociaux fondamentaux constituant le socle du droit à un travail décent (**Partie I**). Le contrôle et le respect de ces droits sociaux fondamentaux issus de sources publiques du droit du travail sont deux facteurs essentiels de l'effectivité de ces droits sous peine de voir se renforcer inéluctablement la place des sources privées du droit du travail qui risquent ainsi de faire dépendre un certain nombre de droits essentiels de la volonté de l'employeur ou de groupements d'employeurs sur la scène nationale ou internationale (**Partie II**).

I) Le respect des droits fondamentaux au travail, socle du droit à un travail décent.

La prévention et la réduction de la pauvreté passent par un droit du travail dont les fondements seraient communs à l'ensemble de la communauté internationale sous peine de voir s'instaurer entre eux des formes de concurrence mettant en avant le moins disant social¹⁴. L'affirmation de ces droits est incomplète car la déclaration de l'organisation internationale du travail en 1998 n'a constitué qu'une première étape (**A**). Cette affirmation des droits sociaux fondamentaux par des textes internationaux doit se traduire dans la pratique par un contrôle et des sanctions effectives qui semblent aujourd'hui encore faire défaut (**B**).

A) Une affirmation incomplète des droits sociaux fondamentaux

La consécration de certains droits sociaux fondamentaux par l'OIT s'avère insuffisante et incomplète (**1**), elle suppose, en effet, d'être complétée par d'autres droits sociaux fondamentaux que l'OIT n'a pu mettre en avant dans sa déclaration de 1998 (**2**).

1) Les droits sociaux fondamentaux consacrés par l'organisation internationale du travail.

L'Organisation Internationale du Travail a un rôle fondamental de définition des normes sociales internationales minimales notamment par le biais de conventions ratifiées par

¹⁴ Sur cette notion voir notamment P. Reis, *La concurrence et les marchés publics*, Presses Universitaires du Septentrion, janvier 2001 ; P. Reis, *Ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics*, in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Ed Frison-Roche, 2003, p. 145 à 166.

les Etats membres qui servent ensuite de cadre à la responsabilité sociale des entreprises¹⁵ et par le biais de recommandations qui incarnent la « *soft law* ».

Ainsi la déclaration de l'OIT du 18/6/1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail fixe quatre droits fondamentaux qui sont inscrits dans huit conventions de l'OIT. Cette déclaration demande aux membres de l'OIT de « respecter, promouvoir et réaliser de bonne foi les principes concernant les quatre droits sociaux fondamentaux affirmés par ce texte ».

Le premier droit social fondamental repose sur l'affirmation de la liberté d'association et le droit à la négociation collective qui figurent dans les conventions n° 87 de 1948 sur la liberté syndicale et celle n°98 de 1949 sur le droit à l'organisation et à la négociation collective.

Le second droit social fondamental reconnu par l'OIT s'appuie sur l'abolition du travail forcé qui est visée par la convention n° 29 de 1930 sur la travail forcé et par la convention n° 105 de 1957 relative à l'abolition du travail forcé¹⁶.

Le troisième droit social fondamental consiste en l'interdiction du travail des enfants qui repose sur la convention n° 138 de 1973 sur l'âge minimum au travail et sur la convention n° 182 de 1999 sur les pires formes de travail des enfants

Enfin le quatrième et dernier droit social fondamental affirme l'interdiction de la discrimination sur le lieu de travail qui repose sur la convention n° 100 de 1951 sur l'égalité des rémunérations et sur la convention n° 111 de 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de travail.

Ces quatre droits sociaux fondamentaux constituent la clause dite sociale dont l'éventuelle intégration au sein du corpus juridique de l'organisation mondiale du commerce pose problème depuis la création de cette institution¹⁷. L'insertion d'une telle clause sociale dans les règles du commerce internationale permettrait de garantir un commerce international plus juste et fondé sur un développement durable. La notion de développement durable vise un développement respectant simultanément l'efficacité économique, l'équité sociale et la protection de l'environnement¹⁸. Or, le volet social semble être encore aujourd'hui le parent

¹⁵ Voir en ce sens Livre Vert de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Bruxelles, juillet 2001 et la Communication de la commission européenne relative à la responsabilité sociale des entreprises : Une contribution des entreprises au développement durable, du 2/7/2002 COM 2002, 347.

¹⁶ Sur les difficultés chinoises d'application de ces conventions sur le travail forcé, Aiqing Zheng, Le droit du travail en Chine, un droit « hors normes » dans le contexte de l'ouverture de la Chine et de l'OMC, *GP* 17/7/2004, p. 71.

¹⁷ J. M. Siroën, A quoi sert l'OMC ? Le débat autour de la clause sociale, *Revue de l'IRE*, 1998, n°29, p. 165.

¹⁸ En cela le développement durable est un développement économiquement rentable, socialement souhaitable et écologiquement acceptable, M. Strong, organisateur de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de Stockholm ; Sachs, *Environnement et styles de développement*, Annales, économies, sociétés, civilisations Paris n° 3, mai-juin 1974, p. 553-570 ; S. Doumbe-Bille, *Droit international et développement durable*, in Mélanges

pauvre du développement durable¹⁹ malgré son affirmation explicite lors du sommet mondial du développement social de Copenhague en 1995²⁰.

L'affirmation tardive en 1998 par l'OIT de ces quatre droits sociaux fondamentaux illustre « l'oubli » dont a été victime le volet social, le développement durable restant encore malgré tout perçu comme ne concernant que le seul lien entre le commerce et l'environnement. Cette déclaration de 1998 incarne la volonté de cette institution de réaffirmer la nécessaire place du droit du travail dans le cadre d'une évolution du système économique mondial qui n'a pas permis jusqu'à présent d'assurer l'objectif de justice social fixé dans le préambule de la constitution de l'OIT.

Cette déclaration de l'OIT relative aux droits sociaux fondamentaux constitue indéniablement un progrès mais elle s'avère dans la pratique insuffisante. En effet, la règle du consensus a conduit à ne dégager que certains droits sociaux fondamentaux au prix de débats déjà difficiles notamment sur le travail des enfants. Cette déclaration laisse ainsi de côté un certain nombre de droits sociaux fondamentaux particulièrement importants si l'on veut comme l'affirme l'OIT promouvoir un travail décent permettant de lutter contre la pauvreté.

2) Des droits sociaux fondamentaux à réaffirmer et à promouvoir.

L'affirmation d'un certain nombre de droits sociaux fondamentaux relève d'une phase historique qui est celle de la consolidation du droit du travail à l'issue de la seconde guerre mondiale qui suit les périodes de conquêtes sociales notamment au cours des 19^e et 20^e siècles. La nécessité de réaffirmer ces droits trouve son origine dans un reflux généralisé des normes de droit du travail dans la plupart des pays industrialisés au nom de la flexibilité²¹. C'est ainsi qu'au cours des vingt dernières années, une société précaire s'est progressivement substituée à la société fordiste, réduisant peu à peu à néant tous les progrès du droit du travail réalisés dans les années d'après-guerre. Cette exclusion économique se double d'une exclusion sociale qui contribue à déstructurer le tissu social. L'affirmation par l'OIT des

A.-C. Kiss, Frison-Roche, 1998, p. 249 ; C. Eberhard, cahiers d'anthropologie du droit : *Droit, gouvernance et développement durable*, Khartala 2005 ; P. F. Smets, *Gestion responsable, développement durable : Ethiques ou étiquettes pour notre avenir ?* Ed Bruylant 2003 .

¹⁹ B. Petit, La dimension sociale du développement durable : le parent pauvre du concept, *PA* 16/1/2004, p.8.

²⁰ Déclaration de Copenhague sur le développement social et le programme d'action du sommet pour le développement social, *Rapport du sommet mondial pour le développement, Nations Unies, doc. A/CONF. 166/9 du 19/4/1995.*

²¹ Voir par exemple en France les débats relatifs au contrat nouvelles embauches, Ordonnance du 2/8/2005 relative au contrat nouvelles embauches, P. Morvan, « le contrat nouvelles embauches », *JCP S* 2005, n°1117 ; C. Roy-Loustaunau, Le contrat nouvelles embauches, le flexisécurité à la française, *Droit social*, 2005, p. 1117.

droits sociaux suivants particulièrement nécessaire à notre temps est absolument incontournable dans le cadre de la lutte contre la pauvreté.

Un des premiers droits sociaux fondamentaux qui doit être réaffirmé par l'OIT est le droit au travail. L'affirmation d'un droit au travail constitue le premier élément fondamental du droit du travail avec la liberté de travailler, ce qui signifie que ce droit au travail ne doit pas être confondu avec le droit de travailler. Ce droit au travail est consacré par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 à l'article 23-1, par l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels entré en vigueur en 1976 et par les constitutions de la plupart des Etats membres de l'Union européenne notamment par la France dans le préambule de la constitution de 1946²². Ce droit au travail a pour conséquence un certain nombre de garanties accordées aux salariés. Ainsi, les créations du SMIG (salaire minimum interprofessionnel garanti) par la loi du 11 février 1950, puis du SMIC (salaire minimum interprofessionnel de croissance) par la loi du 2 janvier 1973, de l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) par une ordonnance du 13 juillet 1967, du revenu minimum d'insertion (RMI) par la loi du 1^o décembre 1988 et du revenu minimum d'activité (RMA) par la loi du 18 décembre 2003, essaient de rendre ce droit au travail possible et de pallier à ses imperfections notamment en assurant un revenu de substitution pour les personnes privées d'emploi.

Le droit à une protection contre les risques sociaux qui exposent le salarié à la précarité devrait aller de pair avec l'affirmation du droit au travail. Les maladies, accidents du travail et autres événements qui affectent l'exécution du contrat de travail doivent se traduire par la suspension de ce contrat et non par sa rupture ce qui suppose donc l'existence d'un système de protection sociale pouvant prendre en charge ces risques sociaux en fournissant un revenu de substitution pendant cette phase de suspension du contrat de travail. En effet, la législation sur les accidents du travail et les maladies relèvent aussi de la lutte contre la pauvreté car historiquement l'accident de travail ou la maladie entraînait la rupture du contrat de travail. Il s'agissait d'un cas de force majeure s'opposant ainsi à toute indemnisation du salarié et le privant par la suite de toute forme de revenu. Ce droit à la protection n'est aujourd'hui malheureusement pas effectif pour plus de la moitié de la population mondiale²³.

Le droit à une rémunération juste et équitable serait un autre droit social fondamental qu'il conviendrait d'affirmer si l'on veut effectivement garantir à tous les salariés un travail

²² L'article 5 précise que « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ».

²³ Juan Somavia, Directeur général du Bureau international du Travail, S'affranchir de la pauvreté par le travail, rapport à la conférence internationale du travail 6/6/2003, Genève, BIT/03/26, spéc. p.58, ISBN 92-2-212870-2.

décent permettant de réduire ou d'éliminer la pauvreté. Ce droit suppose la définition d'un salaire minimum national et de salaires minimaux par branche d'activité et par profession. Afin d'attendre ce dernier objectif, les Etats doivent imposer une obligation annuelle de négociation collective sur le niveau de ces rémunérations et sur leurs actualisations. Ce droit à une rémunération juste et équitable a pour conséquence le droit à l'égalité salariale plus connu sous le nom du principe « à travail égal, salaire égal ». Ce dernier droit figure dans la Déclaration universelle de l'ONU de 1948 à l'article 23-2 et à l'article 7-a du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels entré en vigueur en 1976 qui fait référence à « un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune ». Il s'agit, ici, d'éviter les discriminations injustifiées en termes de rémunération notamment entre hommes et femmes.

Le droit à un travail stable serait lui aussi un droit qu'il conviendrait d'affirmer avec la plus grande vigueur. Ce droit suppose d'une part une sécurisation des parcours professionnels et d'autre part un encadrement du travail précaire. La sécurisation des parcours professionnels doit reposer, tout d'abord, sur une obligation de formation des salariés qui prendrait sa source dans l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail²⁴. Il s'agit, en effet, d'éviter qu'un salarié licencié pour un motif économique ne se retrouve privé d'emploi pendant des périodes de chômage où il perdrait les qualifications acquises et où n'ayant reçu aucune formation de la part de son employeur, éprouverait de grandes difficultés pour retrouver un emploi. Pendant ces périodes de privation d'emploi, la formation serait là aussi présente afin de faciliter un retour rapide à l'emploi.

L'encadrement du travail précaire doit reposer sur le fait que le contrat à durée indéterminée à temps plein est la norme juridique et sociale et par voie de conséquence les contrats dits atypiques, c'est-à-dire précaires, ne peuvent être que des exceptions. Ainsi, parallèlement à la mise en place d'instruments de précarité, les pouvoirs publics sont intervenus pour encadrer cette dernière en mettant en place des garanties protectrices pour les salariés. L'encadrement du recours aux contrats précaires tels que les contrats à durée déterminée et les missions d'intérim reposent sur l'affirmation de principe que la norme sociale et juriste est et doit rester le contrat à durée déterminée. Le contrat à durée déterminée est, en effet, la norme en droit du travail. Le principe est posé par l'article L121-5 du code du travail français tel que modifié par la loi du 17/1/2002 dite loi de modernisation sociale et par l'Accord National Interprofessionnel du 20/6/2000 même si aujourd'hui en France les contrats précaires

²⁴ Article 1134 du code civil.

représentent plus des 2/3 des embauches²⁵ et au niveau de l'Union européenne par la directive européenne du 28/6/1999.

Ces droits sociaux fondamentaux qui n'ont pas été consacrés par l'OIT dans sa déclaration de 1998 nous semblent être des préalables dont découlent les droits sociaux consacrés par l'OIT en 1998. Ainsi le droit à une rémunération juste et équitable est un préalable à l'interdiction des discriminations salariales visées par l'OIT par le biais de la convention n° 100 de 1951 sur l'égalité des rémunérations.

Cependant l'affirmation de ces droits suppose aussi l'existence de mécanismes de contrôle efficaces sans lesquels ces droits ne seront probablement pas garantis du fait de l'inégalité de la relation contractuelle entre le salarié et son employeur. Or, ces mécanismes semblent aujourd'hui encore, volontairement peut être, déficients²⁶.

B) L'absence d'efficacité des mécanismes de contrôle.

Afin de garantir aux salariés la plénitude des droits sociaux fondamentaux, des systèmes de contrôles doivent exister et être efficaces tant au niveau international notamment en raison des pratiques des firmes transnationales (1) qu'au niveau interne (2).

1) L'inefficacité de l'OIT.

Les pressions exercées par l'OIT à l'encontre de ses membres en cas de violations des textes produits par l'organisation sont avant tout d'ordre moral. Alors que l'OIT a été créée en 1919, elle n'a à ce jour prononcé qu'une seule sanction à l'encontre d'un Etat, le Myanmar²⁷, qui a le mérite ou la malchance d'être relativement isolé sur la scène internationale. Il s'agissait d'une affaire où l'armée birmane avait recruté de force des paysans birmans afin qu'ils construisent un gazoduc pour le compte de la firme Total Elf Fina aujourd'hui Total et d'une entreprise américaine Unocal²⁸. L'organisation internationale du travail se saisit en 2000 de cette affaire et prononce alors la première et seule sanction à ce jour pour la violation d'une convention de l'OIT par un Etat signataire. Le Myanmar fut ainsi condamnée pour violation de la convention n° 29 sur le travail forcé²⁹. Cette condamnation s'est traduite en

²⁵ Aujourd'hui encore près de 90% des salariés en France ont un CDI, la précarité concerne donc essentiellement les flux d'entrée et de sortie du marché du travail.

²⁶ Le droit du travail relevant probablement plus aujourd'hui d'un ordre public de direction que d'un ordre public de protection, il est ainsi devenu depuis 30 ans un élément au service de l'organisation de l'entreprise.

²⁷ Anciennement dénommée Birmanie.

²⁸ Sur la situation birmane et condamnant, notamment, le travail forcé et invitant à cesser toute collaboration industrielle avec les entreprises d'Etat de ce pays, V. *résolution du Parlement européen, 12 mai 2005, n° P6_TA(2005)0186*.

²⁹ *Le monde* 18/11/2000.

pratique par une résolution de la conférence du travail en date du 14/6/2000 demandant à l'ensemble des membres de l'OIT « d'examiner leurs relations avec le Myanmar et de prendre des mesures appropriées afin que ces relations ne puissent être mises à profit par ce pays pour perpétuer ou développer le système de travail forcé ou obligatoire, et de faire rapport au Conseil d'administration du BIT ». Cependant les conventions de l'OIT ne lient que les Etats membres qui les ont signées et ratifiées et non pas les entreprises d'où l'impossibilité pour l'OIT de condamner directement sur la scène internationale les deux multinationales mises en cause. Il faudrait pour cela tenter un recours devant les juridictions internes à l'encontre de ces firmes ce qui fût effectivement fait devant les pays d'origine de ces deux firmes³⁰. En effet, les conventions de l'OIT lorsqu'elles ont été signées et ratifiées par les Etats membres peuvent être invoquées devant les juridictions internes notamment pour écarter l'application de normes nationales qui seraient contraires à ces textes internationaux³¹. Cela a été le cas récemment en France à propos des contrats nouvelles embauches³² où un jugement du conseil des prud'hommes du 28/4/2006 déclare ce nouveau type de contrat contraire à la convention n° 158 de 1982 relative au licenciement³³.

Les contrôles effectués par les autorités nationales semblent donc ici particulièrement importants.

2) Le reflux des contrôles effectués par les autorités publiques.

Les contrôles effectués par les autorités nationales quant au respect par les employeurs des droits fondamentaux des salariés relèvent d'une part des interventions effectuées en dehors de tout contentieux et d'autre part des contentieux portés devant les juridictions. Les contentieux ayant lieu essentiellement une fois le contrat de travail rompu, il convient de

³⁰ En cela le groupe Total a procédé de la même manière que l'autre groupe pétrolier impliqué dans la construction du gazoduc l'américain Unocal qui très vite a préféré la voie transactionnelle avec les victimes plutôt que toute forme de procès devant les juridictions américaines, V. A.J. Sebok, *Unocal Announces It Will Settle A Human Rights Suit: What Is the Real Story Behind Its Decision ?*, janv. 2005, <http://writ.news.findlaw.com/sebok/20050110.html>, la législation américaine permet plus facilement des poursuites à l'encontre des multinationales US y compris pour des faits commis à l'étranger V. P. Abadie, *A new story of David and Goliath: The ATCA gives victims of environmental injustice in the developing world a viable claim against multinational corporations*: *Environmental Law Journal, Golden Gate univ. law rev.*, vol.34, n° 3 2004, p. 745.

³¹ Cass. Ch. Mixte 24/5/1975, Jacques Vabre, *D.* 1975, p.497 ; CE 20/10/1989, Nicolo.

³² Ordonnance du 2/8/2005 relative au contrat nouvelles embauches, P. Morvan, « le contrat nouvelles embauches », *JCP S* 2005, n°1117 ; C. Roy-Loustaunau, *Le contrat nouvelles embauches, le flexisécurité à la française*, *Droit social*, 2005, p. 1117.

³³ L. Millet, *Le contrat « nouvelles embauches » déclaré non conforme aux engagements internationaux de la France*, *RPDS* n° 733, mai 2006, p. 165 ; L. Millet, *La contestation de la rupture du contrat nouvelles embauches*, *RPDS* n°732, avril 2006, p. 119 ; M. Carles, *Nouvelles embauches, premier abus*, *RPDS* n° 732, avril 2006, p. 117 ; F. Favennec-Héry, *Le CNE est-il conforme à la convention n° 158 ? Semaine sociale Lamy*, 12/6/2006, n°1265, p. 6.

distinguer les contrôles effectués par les autorités publiques à l'occasion de l'exécution du contrat de travail de ceux qui sont relatifs à la rupture du contrat de travail.

Les contrôles effectués *a priori*, en dehors de tout contentieux, supposent l'existence d'un corps de contrôle tel que l'inspection du travail dont les moyens humains et matériels doivent être à la hauteur de la tâche qui leur est confiée. Le corps de l'inspection du travail est aujourd'hui encore la seule administration dont l'indépendance est garantie par un texte international³⁴ : la convention n°81 de l'OIT du 7/4/1950 qui insiste sur la nécessité d'un statut devant garantir la stabilité de l'emploi et l'indépendance par rapport au gouvernements des agents des systèmes d'inspection³⁵.

La faiblesse de moyens d'un corps de contrôle tel que l'inspection du travail malgré une augmentation récente des effectifs³⁶ ainsi que le recul de certains de ses pouvoirs comme l'illustre par exemple la suppression en France de l'autorisation administrative de licenciement par la loi du 30/12/1986 renforce la place du contrôle juridictionnel.

Ce contrôle *a posteriori* tend à se développer dans les pays industrialisés et fait l'objet de critiques notamment de la part des représentants des employeurs dans la mesure où les interventions législatives et les revirements de jurisprudence seraient un facteur d'insécurité juridique pour les entreprises³⁷. Il est aujourd'hui question de limiter les droits de recours des salariés à l'encontre de leurs employeurs afin de leur procurer une plus grande sécurité juridique face à un accroissement considérable du contentieux devant les juridictions du travail. Ainsi, par exemple, en France, depuis la loi du 18/1/2005 dite de cohésion sociale³⁸, le nouvel article L 321-16 du code du travail précise que toute action en référé portant sur la régularité ou la validité du licenciement économique se prescrit par 12 mois à compter de la dernière réunion du CE ou à compter, pour la contestation d'un salarié, de la notification du licenciement³⁹. Par la même occasion c'est l'insécurité juridique des salariés qui se trouve accrue au nom de l'intérêt légitime de l'entreprise.

En matière de violation des droits sociaux fondamentaux par des entreprises multinationales dans les pays en voie de développement, se pose le problème de la compétence des

³⁴ *Lamy social 2005*, n° 3590.

³⁵ Convention ratifiée par la France le 16/12/1950 et par le Maroc le 14/3/1958, voir site internet de l'OIT, <http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp2.htm>

³⁶ Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, *L'inspection du travail en 2004*, Rapport adressé au Bureau international du Travail, 330 pages, disponible sur le site du ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale : http://www.travail.gouv.fr/IMG/pdf/Inspection-travail2004_rapport_BIT.pdf

³⁷ Colloque « *La sécurité juridique en droit du Travail* » organisé par le Laboratoire de droit social le 7/4/2006, Université Paris II.

³⁸ Loi du 18/1/2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JO 19/1/2005*.

³⁹ Cet article vise toutes les contestations celles émanant du salarié mais aussi celles émanant des organisations syndicales représentatives ou du comité d'entreprise.

juridictions nationales du pays où l'entreprise a son siège social pour connaître des violations des droits sociaux fondamentaux commises dans des pays en voie de développement. Ainsi, l'entreprise transnationale Total, qui fut impliquée dans l'affaire retentissante du travail forcé ayant conduit l'OIT à condamner le Myanmar a été poursuivie pour ces pratiques devant les juridictions nationales. Néanmoins, pour obtenir la condamnation de Total devant des juridictions françaises, il s'avérait très difficile pour les plaignants⁴⁰ pour ne pas dire impossible d'invoquer le non respect de la convention de l'OIT par cette firme devant les tribunaux français, il fallait pour cela trouver d'autres qualifications juridiques que la violation par une entreprise de cette convention internationale. Le droit interne en l'occurrence le droit français fût ainsi mis à l'épreuve en 2004. Ainsi le procureur de la République de Nanterre dans ses réquisitions du 17 mai 2004 à l'encontre de Total avait retenu la plainte pour séquestration présentée par des travailleurs birmans réfugiés⁴¹, il s'agit d'une qualification relevant d'une autre branche du droit que le droit du travail : le droit pénal⁴². Dans cette affaire, le groupe Total a préféré signer une transaction amiable le 29/11/2005 avec ses accusateurs birmans plutôt que d'aller au contentieux en raison des risques d'atteinte à l'image de marque du fait d'un tel procès⁴³. Cette transaction prévoit d'une part, l'indemnisation des huit travailleurs birmans plaignants et surtout d'autre part, la création d'un fonds d'indemnisation dit de solidarité de 5,2 millions d'euros destiné à venir en aide aux autres travailleurs birmans qui n'étant pas réfugiés en France n'ont jamais eu la possibilité y compris dans leurs pays de contester ces pratiques de travail forcé.

En l'absence donc, d'un système judiciaire efficace de contrôle, les droits sociaux fondamentaux ne seront pas respectés par les employeurs, l'aspect dissuasif des sanctions étant en la matière primordial.

Les normes sociales sont traditionnellement perçues comme une contrainte étatique voire parfois mais très rarement comme une contrainte interétatique. Aux cotés de ces sources publiques du droit du travail, sont apparues des règles d'origine privée. Ces règles reposent

⁴⁰ Il s'agissait de huit travailleurs birmans réfugiés politiques en France.

⁴¹ *Les Echos* 29/6/2004.

⁴² Le parquet de Nanterre après 3 années d'enquêtes a déposé une demande de non lieu rejetée par la cour d'appel de Versailles en janvier 2005.

⁴³ *Les Echos* 30 novembre 2005, F. G. Trébulle, entreprise et développement durable, *JCP ed (E) n°8, 23/2/2006, 1308*. En cela le groupe Total a procédé de la même manière que l'autre groupe pétrolier impliqué dans la construction du gazoduc l'américain Unocal qui très vite a préféré la voie transactionnelle, V. A.J. Sebok, *Unocal Announces It Will Settle A Human Rights Suit : What Is the Real Story Behind Its Decision ?*, janv. 2005, <http://writ.news.findlaw.com/sebok/20050110.html>, la législation américaine permet plus facilement des poursuites à l'encontre des multinationales US y compris pour des faits commis à l'étranger V. P. Abadie, *A new story of David and Goliath : The ATCA gives victims of environmental injustice in the developing world a viable claim against multinational corporations : Environmental Law Journal, Golden Gate univ. law rev., vol.34, n° 3 2004, p. 745.*

d'une part sur des instruments relativement anciens constituant les sources privées du droit du travail tels que les conventions et les accords collectifs dont l'application peut être réclamées par les salariés devant les juridictions et d'autre part sur des normes sociales privées. Ces normes sociales privées telles que les chartes éthiques ou les codes de bonne conduite ou encore l'adhésion à un système de normes de management relèvent de la normalisation sociale relativement proches des systèmes de normalisation ISO posent le problème de leur application concrète aux salariés dans la mesure où elles semblent exister dans le but d'éviter toute forme d'interventionnisme public.

II) **Le dépassement des droits sociaux fondamentaux par le biais des normes sociales privées.**

Les droits sociaux fondamentaux consacrés au niveau national et international par des autorités publiques font aujourd'hui face à une concurrence privée. En effet, cette concurrence concerne aussi bien la privatisation de la norme en elle-même que la privatisation du contrôle de cette dernière. Face au non respect des règles sociales édictées par les Etats, certaines firmes transnationales désireuses de prouver leur bonne foi en la matière notamment dans les pays les plus pauvres mettent en avant l'éthique sociale⁴⁴ afin de ne pas encourir de sanctions de marché tels que des boycott de la part des consommateurs (A). Cependant, la question du contrôle du respect de ces engagements sociaux est aujourd'hui centrale avec l'apparition d'organismes certificateurs illustrant l'événement d'un contrôle privé (B).

A) **La mise en avant de l'éthique sociale.**

Les entreprises essentiellement transnationales de plus en plus soucieuses des risques d'atteinte à leur image de marque ou à celle de leurs produits ont mis en place un certain nombre d'instruments destinés à prouver leurs préoccupations sociales tels que les chartes éthiques et les codes de bonne conduite (1). Aux cotés de ces instruments, l'investissement socialement responsable tend à être perçu comme une nouvelle contrainte susceptible d'obliger les entreprises cotées en bourse à respecter un certain nombre de droits sociaux, la contrainte n'étant plus ici juridique mais financière (2).

1) **Les chartes éthiques et les codes de bonne conduite.**

⁴⁴ F. Debry, *L'entreprise et l'éthique*, GP 22/12/2001, p.23 ; plus largement sur la question M. Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Plon, 1994.

L'élaboration de codes de bonne conduite et de chartes éthiques en matière sociale est née au sein des firmes transnationales ce qui démontre d'une part, une capacité d'intervention des Etats de plus en plus limitée et d'autre part, l'importance grandissante de ces firmes dont l'influence transcende les frontières⁴⁵. En même temps, ces instruments visent à convaincre les consommateurs et certains investisseurs sur un marché donné du respect par l'entreprise des droits fondamentaux des salariés tout en évitant l'intervention des autorités publiques⁴⁶. Dans le but de moraliser les activités des ces firmes transnationales de nouveaux "codes de conduite", définissant des règles de comportement des entreprises, ont été élaborés par des organisations internationales, comme l'OCDE ou l'OIT⁴⁷. Beaucoup de ces codes de bonne conduite se bornent à rappeler le respect de certaines normes obligatoires et/ou à affirmer des engagements sociaux dépassant ces simples normes minimales en contournant ainsi la négociation collective. Cependant, l'existence de ces codes de bonne conduite et de ces chartes éthiques ne signifie pas que les entreprises concernées respectent dans la pratique ces engagements sociaux.

Ainsi, par exemple, le groupe Total a eu recours à des travailleurs forcés au Myanmar alors pourtant qu'il avait élaboré quelques temps auparavant un code de bonne conduite assorti d'engagements éthiques. Ceci démontre que les pratiques réelles d'une entreprise peuvent être en contradiction flagrante avec ses engagements sociaux contenues dans un code de bonne conduite et justifie les nombreuses critiques et craintes de la doctrine face au développement de ces codes et chartes éthiques qui dans la plupart des cas ne font pas l'objet d'un contrôle par une tierce partie telle qu'un organisme certificateur⁴⁸. Il convient donc de tenter de déterminer des pistes de réflexion propres à assurer une effectivité aux codes de bonne conduite et aux chartes éthiques. L'investissement socialement responsable peut être perçu comme une première contrainte d'ordre financière susceptible de conduire par la suite à une forme de contrôle du respect de ces engagements sociaux par une entreprise.

⁴⁵ I. Desbarats, Codes de bonne conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion, *JCP ed(G)* 26/2/2003, I, 112 ; I. Desbarats, De la normalisation en matière sociale, *Petites Affiches* 15/7/2003, p. 4 ; S. Mercier, Les chartes et codes éthiques. Quel contenu pour quelle utilité ? *Cah. jur. fisc. exp.* 2000, p. 298 et spéc. p. 308.

⁴⁶ « Certains codes de conduite ont pour objectif l'élaboration de règles propres à l'organisation où ils s'appliquent, celle-ci concurrençant, derechef, l'État dans son rôle traditionnel d'élaboration de la règle » I. Desbarats, Codes de bonne conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion, *JCP ed(G)* 26/2/2003, I, 112 ; M.-A. Moreau et G. Trudeau, Les normes du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional, *JDI* 2000, p.915.

⁴⁷ Les échanges internationaux et les normes fondamentales du travail, *Rapp. OCDE*, 2000, spéc. p. 79.

⁴⁸ M.-A. Moreau et G. Trudeau, Les normes du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional, *JDI* 2000, p.915.

2) L'investissement socialement responsable.

Le contrôle du respect des engagements volontaires peut être effectué par les marchés financiers. Certains fonds financiers, qui peuvent être ou non des fonds de pension, notamment ceux issus de l'épargne salariale, souhaitent prendre leurs décisions d'investissements en prenant en compte le comportement éthique et social des entreprises concernées, il s'agit de l'investissement socialement responsable (France) ou socialement responsable (Belgique, Luxembourg, Suisse).

L'investissement socialement responsable est un processus qui allie des aspects financiers traditionnels à des critères sociaux, éthiques et environnementaux en les intégrant de façon structurelle, volontaire et transparente dans la gestion des investissements. Ces fonds de pension peuvent ainsi contraindre certaines entreprises cotées en bourse à adopter des comportements socialement responsables. Pour cela il faut dans un premier temps imposer une transparence en matière d'information sociale et dans un second temps effectuer des audits sociaux.

La mise en avant de la notion de développement durable qui rejoint le thème de l'éthique suppose donc une traçabilité des placements. Pour cela il faut connaître la politique sociale, environnementale, financière de l'entreprise, dès lors, en France le décret d'application du 21/2/2002 de la loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15/5/2001 rend obligatoire pour toutes les sociétés cotées sur un marché réglementé la fourniture dans leur rapport annuel d'informations relatives aux conséquences sociales, territoriales et environnementales de leurs activités en indiquant précisément les données sociales devant figurer dans les rapports annuels⁴⁹.

Une fois l'information disponible il faut pouvoir effectuer un contrôle de ces rapports sociaux des entreprises bénéficiaires de ces fonds. Pour que le contrôle puisse être effectué, par exemple, par le comité intersyndical de l'épargne salariale dans le cas de la France, il faut une analyse de ces rapports par des auditeurs externes notamment par des agences de notation

⁴⁹ Ces données se subdivisent en neuf catégories :

1. Des informations concernant les effectifs, leur ventilation par statut et l'ensemble des informations quant à d'éventuels plans de réduction d'effectif, de sauvegardes des emplois et des mesures d'accompagnement et de reclassement prévues dans les plans sociaux.
2. L'organisation du temps de travail.
3. Les rémunérations.
4. L'état des relations professionnelles et le bilan des accords collectifs.
5. L'hygiène et la sécurité.
6. La politique de formation.
7. Les mesures de l'entreprise vis-à-vis des personnes handicapées.
8. Les œuvres sociales.
9. la politique de sous-traitance

sociale comme celle fondée par Nicole Notat, VIGEO. La notation sociale et environnementale des firmes pourrait dans le secteur privé jouer à terme le même rôle que la pondération des critères d'attribution d'un marché public⁵⁰. La sélection des fournisseurs et sous-traitants n'étant plus simplement opérée notamment dans un cadre international sur un seul critère prépondérant : le prix mais pouvant se traduire par l'exigence d'une certification ISO ou l'adhésion à un système de management social tels que la norme SA 8000 ou OHSAS 18001⁵¹. Or ces sous traitants ne sont pas des entreprises cotées et sont présentes sur différents territoires ce qui peut *a priori* les rendre difficilement contrôlables. Leurs donneurs d'ordres, des entreprises multinationales le plus souvent cotées en bourse doivent donc être contraintes de fournir des informations sur leurs propres sous-traitants. Par la même occasion, en imposant l'adhésion à un système de normalisation les donneurs d'ordres réduisent ainsi les risques d'atteinte à leurs image de marque en raison des pratiques antisociales de leurs sous traitants comme ce fût le cas pour le groupe NIKE en Indonésie.

Cependant, le contrôle et l'évaluation de cette information ne suffisent pas, ils répondent effectivement pour partie au critère de la transparence. Encore faut-il que les audits sociaux effectués sur les lieux de production donnent lieu eux aussi à l'intervention de tiers et à une publication effective, c'est là le rôle dévolu aux certificateurs privés.

B) Le contrôle des engagements sociaux.

Le contrôle de ces engagements sociaux passe par un rôle accru conféré à des organismes certificateurs privés (1) et surtout par la prise en compte de la valeur juridique des engagements sociaux des entreprises (2).

1) Un contrôle par des certificateurs privés.

L'élaboration de référentiels normatifs tels que OHSAS 18001 en matière de santé et de sécurité au travail⁵² ou Sa 8000 en matière de politique sociale de l'entreprise est le fait d'une autorité extérieure⁵³ et donne le plus souvent lieu à un audit dit social par un tiers certificateur. Ces référentiels privés en matière tendant à se multiplier, l'organisation

⁵⁰ Pour que les agences de notations puissent donc procéder à un rating, à une notation des entreprises cotées en bourse, le décret de 2002 a imposé à ces dernières la publication de rapports relatifs aux impacts sociaux et environnementaux de leurs activités.

⁵¹ Pour une explication de ces normes voir infra.

⁵² La spécification OHSAS 18001, publiée en 1999, est une spécification internationale qui s'applique à tous les types d'organisations qui permet d'évaluer et de certifier leur système de management de la santé et de la sécurité au travail.

⁵³ I. Desbarats, De la normalisation en matière sociale, *Petites Affiches* 15/7/2003, p. 4.

mondiale de normalisation ISO a lancé en janvier 2005 un groupe de travail chargé de rédiger pour fin 2008 une norme internationale ISO 26000 en matière sociale⁵⁴. Le contrôle du respect du référentiel par un tiers permet d'assurer une certaine effectivité à l'amélioration continue recherchée dans l'adhésion à ces systèmes de management social. La norme OHSAS 18001 repose sur l'amélioration continue des performances de maîtrise des risques pour la santé et la sécurité au travail, même si elle n'établit pas d'exigences minimales en matière de niveau des performances. C'est en cela qu'elle est compatible avec la norme ISO14001 qui concerne le système de management environnemental et ISO9000 relatif à la qualité. Ces normes privées ne renvoient donc pas à des normes publiques en tant que conditions d'adhésion à leur référentiel ce qui ne constitue pas une garantie de respect des droits sociaux fondamentaux mais simplement un engagement à améliorer les conditions sociales au sein de l'entreprise.

Cependant il existe une norme privée qui déroge à ce constat. Il s'agit de la norme américaine SA 8000⁵⁵ qui reprend les éléments de la clause sociale en faisant explicitement référence aux huit conventions de l'OIT contenues dans la déclaration des droits sociaux fondamentaux de 1998 et en s'appuyant sur la déclaration universelle des droits de l'homme et la convention de l'ONU sur les droits des enfants. Elle constitue aujourd'hui la norme sociale privée la plus exigeante en imposant le respect de règles publiques pour que les sites de production soient certifiés⁵⁶. Une fois la norme obtenue, elle est ouverte à la vérification par une tierce partie pour certifier les sites de production, à condition que l'organisme de contrôle soit agréé par l'association SAI à l'origine de la norme. Le contrôle exercé par la tierce partie est un contrôle surprise sur les sites qui s'avère plus efficace que les codes de bonne conduite pour lequel le contrôle par un tiers est souvent absent et lorsqu'il est présent ne comporte un élément relatif à des visites surprises. Cependant en raison de ce degré d'exigence, la norme SA 8000 ne semble pas atteindre le succès escompté par certaines organisations non gouvernementales qui ont pourtant participé à sa création⁵⁷ et incite ainsi les pouvoirs privés économiques que sont les firmes transnationales à donner la préférence à un système de normalisation moins contraignant tel que l'ISO 26000 en cours d'élaboration.

⁵⁴ Cette norme ISO 26000 n'imposera probablement pas le respect des normes d'origine étatique ou supra étatiques comme condition d'obtention de la certification comme elle l'a déjà fait en matière environnementale où la norme ISO 14000 n'impose pas le respect des règles étatiques en matière de protection de l'environnement, il s'agit, en effet simplement de mesure l'amélioration continue des performances.

⁵⁵ Norme élaborée par l'association américaine SAI <http://www.sa-intl.org/>.

⁵⁶ En ce sens elle est relativement proche du système EMAS, système de management et d'audit environnemental européen qui impose le respect des règles nationales et européennes en matière de protection de l'environnement pour que l'entreprise puisse recevoir une telle certification.

⁵⁷ Comme par exemple Amnesty international, voir le site de SAI : <http://www.sa-intl.org/>.

Ces systèmes de normalisation viennent souvent en complément des chartes éthiques et des codes de bonne conduite dont la valeur juridique est encore incertaine⁵⁸.

2) **Vers une prise en compte de la valeur juridique de ces engagements sociaux.**

La question du contrôle du respect des engagements volontaires des entreprises se pose surtout en matière de codes de bonne conduite et de chartes éthiques. Cette question a été renouvelée par une affaire récente concernant le groupe américain NIKE.

Cette entreprise avait lancé en 1998 une campagne de relations publiques où elle vantait les conditions de travail auprès de ses sous-traitants alors que ces conditions de travail étaient dans la réalité loin de correspondre aux annonces. Cette information sur la politique sociale de l'entreprise a été assimilée par la cour suprême de Californie à de la publicité mensongère⁵⁹. La cour suprême des Etats-Unis s'étant déclarée incompétente et ayant renvoyé l'affaire devant les juridictions californiennes, le groupe Nike a préféré signer une transaction le 12/9/2003 avec le plaignant qui a obtenu ainsi pour une association, *fair labor association*, la somme de 1.5 million de dollars. L'intérêt de cette affaire est démontré par l'utilisation du droit de la consommation et plus particulièrement de la notion de publicité mensongère afin *in fine* d'obtenir le respect d'un code de bonne conduite et d'engagements éthiques devant conduire aux contrôles des pratiques sociales des sous-traitants. Les normes sociales imposées par les consommateurs et les investisseurs à cette entreprise conduisent ainsi cette dernière à imposer par le biais du contrat ces mêmes normes à ses propres sous-traitants et à faire procéder à un contrôle externe du respect de ces normes. L'obligation de transparence envers les actionnaires et les consommateurs a ici conduit ce groupe à dévoiler le nom de l'ensemble de ces sous-traitants⁶⁰.

Au-delà de ce recours à une autre branche du droit que le droit du travail pour assurer l'effectivité d'engagements sociaux des entreprises, il conviendrait de se demander si ces engagements figurant dans des codes de bonne conduite et des chartes éthiques ne pourraient pas être considérées comme étant des engagements unilatéraux de l'employeur⁶¹. Une telle

⁵⁸ I. Desbarats, Codes de bonne conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion, *JCP ed(G)* 26/2/2003, I, 112.

⁵⁹ F. G. Trébulle, entreprise et développement durable, *JCP ed (E)* n°8, 23/2/2006, 1308 ; Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression, *Rev. sociétés* 2004, p. 261.

⁶⁰ Il s'agit de 704 sous-traitants, voir *L'expansion*, 14/4/2005.

⁶¹ I. Desbarats, Codes de bonne conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion, *JCP ed(G)* 26/2/2003, I, 112.

prise de position n'irait pas sans, bien entendu, créer des risques juridiques pour des entreprises qui ne s'y attendaient pas⁶².

Pour être considérés comme des engagements unilatéraux, il serait possible de s'appuyer en droit français sur un arrêt important de la 2^o chambre civile de la cour de cassation en date du 10/6/2004⁶³. Dans cet arrêt, la cour de cassation s'est prononcée sur la déclaration par laquelle un journal informe ses lecteurs d'engagements formalisés par une charte éthique ou de bonne conduite. Ces engagements n'ayant pas été respectés par le journal, l'arrêt sanctionne « *l'inexécution d'un engagement alors que celui-ci n'a pas été accepté par son bénéficiaire et n'a pas même vocation à s'inscrire dans un contrat à conclure avec lui* »⁶⁴. Cet arrêt viendrait « *discrètement souligner l'existence en droit positif de l'engagement unilatéral* »⁶⁵. La charte de bonne conduite de l'éditeur a ainsi été considérée comme un engagement unilatéral dont le non respect permet d'engager une action en responsabilité civile délictuelle contre ce même éditeur. Un tel raisonnement transposé en droit du travail devrait permettre la mise en cause de la responsabilité civile de l'employeur lorsqu'il viole les droits sociaux fondamentaux des salariés. A défaut, le droit du travail sera alors de moins en moins un outil de progrès social et de plus en plus un outil de gestion des ressources humaines au service de l'intérêt de l'entreprise.

⁶² J-Y Trochon: Les nouveaux risques de l'entreprise face à la mondialisation, approche juridique, *RDAI*, 2003, n° 8, pp. 854.

⁶³ Cass. 2e civ., 10/6/2004, *Bull. civ. 2004, II, n° 294* ; note Ph. Stoffel-Munck, *Comm. com. électr. 2004, comm. 117*; obs. J. Mestre et B. Fages, *RTD civ. 2004, p. 728* ;, note F. Labarthe, *JCP G 2004, I, 114* ; F. G. Trébulle, entreprise et développement durable, *JCP ed (E) n°8, 23/2/2006, 1308*.

⁶⁴ Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. 2e civ., 10/6/2004, *Comm. com. électr. 2004, comm. 117*.

⁶⁵ Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. 2e civ., 10/6/2004, *Comm. com. électr. 2004, comm. 117*.