



HAL
open science

Crise et droit du travail : la France ne plane pas au-dessus des normes de l'OIT

Philippe Auvergnon

► **To cite this version:**

Philippe Auvergnon. Crise et droit du travail : la France ne plane pas au-dessus des normes de l'OIT . J.-L. Gil (dir.). Las reformas laborales frente a la crisis a la luz de los estándares de la OIT. Un análisis crítico desde las perspectivas internacional, nacional y comparada, Juruá Editora, pp.269-285, 2014. halshs-01093772

HAL Id: halshs-01093772

<https://shs.hal.science/halshs-01093772v1>

Submitted on 19 Oct 2017

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.

CRISE ET DROIT DU TRAVAIL :

LA FRANCE NE PLANE PAS AU-DESSUS DES NORMES DE L'OIT

Philippe Auvergnon¹

La crise n'interdit pas un peu d'arrogance : « La France jouit traditionnellement au sein de l'OIT d'une grande influence. Depuis sa création, le BIT aura été dirigé pendant vingt-huit ans par des Français (Albert Thomas, 1919-1932 ; Francis Blanchard, 1974-1989). Après la tenue du Sommet mondial sur le développement social de Copenhague (1995), la France a milité pour que l'OIT joue un rôle moteur dans ce secteur. (...) Elle a également largement soutenu de manière active plusieurs initiatives pour favoriser la diffusion et le suivi du Rapport sur la dimension sociale de la mondialisation, élaboré sous l'égide du BIT, publié en 2004. Grâce à l'intervention du Président de la République (française), le Directeur général de l'OIT a été invité à participer au sommet du G20 à Pittsburgh » ; il s'agit du signe d'une meilleure prise en compte de la dimension sociale de la crise, que la France souhaite promouvoir (...). Les relations avec la France sont également très actives en raison de notre pratique (à nous français !) du tripartisme, de notre approche traditionnellement active à l'égard des problèmes sociaux, de notre affinité avec l'OIT sur son activité normative centrée sur les droits »².

Sans nier historiquement toute influence française à l'OIT, il faut cependant convenir que « cette bonne conscience, voire cette condescendance très hexagonale, ne correspondent pas exactement à la réalité »³. Le seul argument objectif réside dans le constat du nombre des conventions ratifiées. Parmi les Etats membres de l'OIT, la France, avec 125 ratifications, se situe en seconde position juste derrière l'Espagne (133), assez loin devant d'autres pays européens tel l'Italie (112), les Pays-Bas (107), la Belgique (102), le Royaume-Uni (87), l'Allemagne (84) ou le Portugal (82), loin devant de grands pays comme le Brésil (96), la Russie (70), le Japon (48), l'Inde (44), la Chine (25), les Etats-Unis (14)⁴.

Il est permis de penser qu'historiquement le niveau des standards de l'OIT ne posait pas de problème à un droit social français développé ; ceci pourrait expliquer l'importance numérique des ratifications. On a toutefois souligné combien ces nombreuses ratifications, tout en visant à contribuer à l'image internationale du pays, s'étaient inscrites dans une recherche de conformité préalable⁵. En ce sens, les normes de l'OIT ont très souvent conduit à une accélération des modifications du droit interne préalable à la ratification ou au contraire, parfois, au refus de certaines ratifications. L'apport des normes de l'OIT s'est, y compris, fait sentir sur le droit français en cas de renoncement à ratifier, ainsi en a-t-il été de la convention

¹ Directeur de recherche au CNRS, Comptrasec UMR 5114 CNRS Université Montesquieu Bordeaux IV.

² Pour continuer de sourire : <http://www.diplomatie.gouv.fr>.

³ J.-M. Verdier, L'apport des normes de l'O.I.T. au droit français du travail, in « *Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen* », Dalloz, 1989, p. 51.

⁴ Chiffres au 20 novembre 2013 (<http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr>).

⁵ J.-M. Verdier, *op. cit.*, p. 51.

n° 155⁶. *A contrario*, la résistance à certaines ratifications a témoigné de divergences d'approche entre normes de l'OIT et droit français, ainsi par exemple à propos de la convention n° 119 sur la protection des machines⁷.

De façon générale, le souci de mise en conformité préalable du droit interne, passant par une consultation systématique du Conseil d'Etat et une mise en harmonie éventuelle avec la convention en cause, a certainement contribué à l'existence de peu de discordances et, d'une certaine façon, longtemps, à la quasi absence de référence aux normes de l'OIT dans le débat français, y compris à leur quasi non invocation devant les juridictions⁸. Un ouvrage de référence indique en ce sens qu'en droit français « l'impact des conventions internationales vient surtout du rôle reconnu aux juges internes. Comme dans les autres pays de tradition moniste⁹, les conventions de l'OIT sont directement appliquées par les juges français et l'emportent sur les règles nationales contraires »¹⁰, en application de l'article 55 de la Constitution prévoyant la supériorité des engagements internationaux par rapport à la loi¹¹.

Pourtant, si l'on continue de souligner la relative méconnaissance en France des conventions de l'OIT¹², on n'en convient pas moins que « leur rôle protecteur ne cesse de croître, au fur et à mesure que le droit interne s'effrite »¹³. Effectivement, dans le contexte économique et politique actuel, on vérifie jour après jour, y compris pour la France, que « la ratification constitue une garantie contre les retours en arrière et a donc une fonction sécurisante »¹⁴. C'est ce qu'exprime certainement l'invocation plus importante aujourd'hui des normes internationales dans le contentieux interne¹⁵, mais aussi l'impact national des réclamations faites à l'OIT et des observations en provenant.

Le droit français ne plane plus – s'il l'a un jour fait ! - au dessus des normes de l'OIT, ses évolutions sont questionnées, dénoncées, condamnées par l'OIT. Cette dernière est tout d'abord particulièrement vigilante à propos des évolutions normatives françaises liées à la libéralisation du marché du travail et de l'emploi (I). Par ailleurs, la vieille dame de Genève résiste aux volontés hexagonales d'assouplissement extrême des ruptures de contrat (II). Elle

⁶ Les dispositions de cette convention (art. 13 et 19) ont directement inspiré la loi française du 23 décembre 1982 relative aux CHSCT, une des lois « Auroux », avec l'instauration d'un de retrait du salarié d'une situation présentant un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé (Cf. art. L. 4131-1 du code du travail français).

⁷ La réglementation française répond et même va au-delà des exigences de la convention mais le droit français continue d'être réticent à l'affirmation d'obligations et de responsabilités du travailleur en matière de sécurité au temps et au lieu du travail.

⁸ Cf. not. R. de Quénaudon, « L'application par le juge français des droits sociaux fondamentaux affirmés par l'OIT et l'ONU », *Revue de droit du travail* 2007, p. 315.

⁹ Ceux-ci considèrent que dès lors qu'elle a fait l'objet d'une ratification, la norme internationale fait directement et immédiatement partie du système juridique national (ex. Allemagne, France, Hollande) à la différence des pays de tradition « dualiste » (ex. USA, Royaume-Uni, Italie).

¹⁰ G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Paris, Précis Dalloz 2014, 28^e éd., p. 37 ; voir sur ce point notamment : A. Jeammaud, Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail, *Dr. soc.* 1986, p. 399 ; R. de Quénaudon, *op. cit.*, p. 109 et p. 315 ; J.-F. Akandji-Kombé, De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne, *Dr. soc.* 2012, p. 10114 et s.

¹¹ On sait toutefois que le principe d'incorporation n'a de véritable portée (d'effet direct) que pour les dispositions des conventions qui sont « d'application directe » ou encore « *self executing* », ce qui est loin d'être toujours le cas... (Cf. not. A. Jeammaud, *op. cit.*, p. 399 et s.).

¹² G. Auzero, E. Dockès, *op. cit.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ J.-M. Verdier (L'apport des normes de l'O.I.T. au droit français du travail, *op. cit.*, p. 59) soulignait ce point dès 1989 en renvoyant à l'étude : « L'impact des conventions et recommandations, BIT Genève 1977, p. 50.

¹⁵ Pour un exemple récent voir notamment : L. Isidro, *Droit du travail en détention : Les détenus des travailleurs libres ?*, in Lettre « *Actualités Droits-Libertés* » du CREDOF, 14 mars 2013.

garde enfin manifestement un œil sur les risques de « secondarisation », par ces temps de crise, de l'attention à l'égalité de traitement entre travailleurs (III). Ainsi, « les organes de l'OIT renvoient-ils une image quelque peu différente »¹⁶ de celle que voudrait continuer de dispenser au monde certaines velléités d'arrogance française.

I – Surveillance de la libéralisation du marché du travail et de l'emploi

Nicolas Valticos a souligné combien « essentiel pour les individus, le problème de l'emploi est également important pour le développement et l'équilibre de chaque nation »¹⁷, voire pourrait-on ajouter pour les relations entre nations et la démocratie. En tout cas, la Commission d'expert pour l'application des conventions et recommandations (CEACR), dans un contexte « renforcé » de crise de l'emploi et de libéralisation des marchés du travail et de l'emploi se montrent particulièrement attentive aux évolutions normatives et institutionnelles. On peut ici prendre l'exemple de trois conventions de l'OIT ratifiées par la France. Les observations de la Commission les concernant témoignent d'un suivi précis mais ce dernier s'exprime dans des registres différents ; on passe en effet de la demande d'informations particulières concernant la politique de l'emploi (A), à une interrogation critique relative au service de l'emploi (B), pour en finir par manifester parfois un franc agacement, notamment à propos des clauses de travail dans les contrats publics (C).

A - La Convention n° 122 sur la politique de l'emploi

Singulièrement dans son rapport de 2007, mais aussi dans ceux de 2009 et 2011, la Commission d'experts insiste auprès des autorités françaises sur la mise en application de dispositions de la convention n° 122 sur la politique de l'emploi¹⁸. Elle constate la stagnation du taux d'emploi, relativement inférieure à la moyenne européenne. Elle prend note certes des différentes réponses du gouvernement français mentionnant divers dispositifs devant favoriser l'emploi. Toutefois, se référant à l'article 1 § 1 de la convention n° 122 concernant la mise en œuvre d'une politique active de l'emploi, elle questionne sur la réalité des résultats atteints ; elle alerte singulièrement dans son rapport de 2010 publié en 2011 sur l'emploi des jeunes, relevant un taux élevé de difficultés d'insertion singulièrement des jeunes diplômés ; elle réclame également des informations détaillées sur l'emploi des seniors dans les entreprises occupant moins de 50 salariés, en se fondant sur l'article 1 § 2 de la convention n° 122. Elle interroge le gouvernement sur la coordination des politiques d'éducation, de formation avec l'emploi et sur leur impact en termes d'insertion durable des travailleurs les plus vulnérables sur le marché du travail. Enfin, sur la base de l'article 3 de la convention, la CEACR invite régulièrement la France à préciser comment les partenaires sociaux participent à l'élaboration et à la formulation des politiques de l'emploi, « comment leurs opinions et expériences sont prises en compte au sein du Conseil national de l'emploi ? »¹⁹. La question peut paraître innocente sachant combien, dans la période, les gouvernements de « droite » comme de « gauche » font attention aux entreprises, et marginalisent certaines organisations syndicales

¹⁶ P. Lyon-Caen, L'application par la France des conventions internationales de travail, *Droits fondamentaux*, 2010, n° 8, p. 1.

¹⁷ N. Valticos, Le droit international du travail à l'heure du bilan, in « Tendances du droit du travail français contemporain », Etudes offertes à G.-H. Camerlynck, Dalloz 1978, p. 8.

¹⁸ Convention n° 122 sur la politique de l'emploi, adoptée en 1964 et ratifiée par la France en 1971.

¹⁹ CEACR, rapport adopté en 2010 publié en 2011 concernant la France et son application de la Convention n° 122.

ou en instrumentalisent d'autres. Mais, ce questionnement insistant a au moins l'avantage d'obliger le gouvernement à s'expliquer au regard d'une convention qu'il a ratifiée sur la réalité d'un « dialogue social » surtout effectif dans les discours officiels.

B - La convention n° 88 sur le service public de l'emploi

Dans son rapport de 2007, la Commission d'experts s'est interrogé sur le fait de savoir si l'orientation de la réforme de l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) était compatible avec la convention n° 88²⁰. Elle prend alors note des évolutions législatives (loi du 18 janvier 2005). Elle enregistre la fin (officielle !) du monopole juridique de placement des demandeurs d'emploi, et l'autorisation faite aux agences de placement privées et aux entreprises de travail temporaire de pratiquer des activités de placement. En contrepartie, elle observe que l'ANPE se voit accorder la possibilité de prendre des participations ou de créer des filiales pour l'exercice de ses missions, et de facturer ses prestations aux entreprises, mais non pas aux demandeurs d'emploi. La Commission a notamment alors prié le gouvernement français de faire rapport sur les mesures adoptées afin de veiller à ce que soit maintenu un service public et gratuit de l'emploi au sens de l'article 1 § 1 de la Convention n° 88, ainsi que sur les mesures prises pour organiser et mettre en place des bureaux d'emploi en nombre suffisant afin de répondre aux besoins des employeurs et des travailleurs de chacune des régions géographiques, comme le prévoit l'article 3 de la convention. Dans le cas précis, la réponse du gouvernement français a fait l'objet d'une nouvelle observation souhaitant fermement une réponse détaillée du gouvernement français aux commentaires adressés en 2009. Cette réponse s'est fait attendre...

Toutefois, dans son rapport publié en 2011, la CEACR prend acte de la réception d'informations faisant état de la fusion intervenue entre l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) et l'Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (UNEDIC) ; cette fusion a conduit à l'existence d'un opérateur public unique, assurant à la fois des fonctions de recensement et d'information des demandeurs d'emploi, de placement et d'indemnisation des chômeurs, au sein d'une institution dénommée « Pôle emploi »²¹. La CEACR observe que « la loi n° 2008-126 du 13 février 2008 a prévu un Conseil national de l'emploi, de composition tripartite, destiné à donner des orientations stratégiques des politiques de l'emploi et à mettre en cohérence des missions et des activités des différents acteurs du service public de l'emploi ». Elle invite le gouvernement français à préciser « les activités du Conseil national de l'emploi et du conseil d'administration de Pôle emploi dans l'organisation et le fonctionnement du service public de l'emploi » et, au-delà, de la tenue des réunions du conseil d'administration, à indiquer « s'il existe d'autres modalités permettant l'association effective des partenaires sociaux au fonctionnement du Pôle emploi ». En faisant cela, et en se référant expressément à la convention n° 88, la Commission alerte sur la (petite) place laissée dorénavant aux partenaires sociaux dans l'orientation et la gestion effective du service de l'emploi²².

²⁰ Convention n° 88 adoptée en 1948 et ratifiée par la France en 1952.

²¹ Cf. not. Y. Rousseau, Du monopole public du placement à un nouveau service public de l'emploi, Dr. soc. 2005, p. 460 ; Ph. Auvergnon, P. Martin, The reform of the Public Employment Service in France: Modernisation and New Governance Issues, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Kluwer, 2009, n° 71, p. 147.

²² Cf. not. Ph. Auvergnon, Acerca de la intermediación en el mercado de trabajo en Francia, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 2012 n° 117, p. 57-94

C - La Convention n° 94 sur les clauses de travail (contrats publics)

La CEACR tout en ayant fait des observations générales depuis 1957 à propos de la convention n° 94²³ insiste, dans le cas français, ces dernières années sur le fait que « les nouveaux Codes des marchés publics (2001, 2004 et tout particulièrement celui de 2006) sont contraires à la Convention n° 94 en ne faisant de l'insertion de clauses du travail dans les contrats publics qu'une « simple faculté »²⁴. *De facto et de jure*, l'obligation fondamentale de l'article 2 de la Convention n'est pas respectée, c'est-à-dire celle prévoyant que ces contrats contiennent des clauses garantissant aux travailleurs concernés des salaires, une durée du travail et d'autres conditions de travail « qui ne soient pas moins favorables que les conditions les plus favorables » prévues par la législation nationale, la convention collective applicable ou par une sentence arbitrale. Comme on l'a souligné, « en prenant des engagements contractuels comportant l'engagement d'une dépense de fonds publics, les autorités publiques doivent éviter tout dumping social résultant de la vive concurrence qui règne dans le domaine des adjudications publiques »²⁵.

Dans son rapport de 2007, la Commission dit vouloir « croire que le gouvernement (français) prendra rapidement des mesures appropriées pour assurer de nouveau la pleine application de la Convention, par exemple en adoptant des dispositions similaires à celles des articles 117 à 121 du Code des marchés publics de 1964 ». Dans son rapport 2008, elle note que dans sa réponse le gouvernement français confirme lui-même « que le nouveau Code des marchés publics du 1er août 2006, ne donne plus effet à la Convention... La Commission prie alors le gouvernement de répondre aux commentaires détaillés qu'elle a formulés lors de sa précédente session, et de préciser les raisons pour lesquelles le Code des marchés publics de 2006 ne contient pas de dispositions assurant l'application de la Convention ».

Dans son rapport 2009, « la Commission se voit contrainte de constater une nouvelle fois que la législation nationale ne donne plus effet à la Convention » en rappelant « que devant l'impact accru de la mondialisation sur un nombre croissant d'Etats membres (...) les objectifs de la Convention ont encore plus d'intérêt aujourd'hui qu'il y a soixante ans et contribuent à répondre à l'appel de l'OIT en faveur d'une mondialisation juste »²⁶. Dans ses dernières observations publiées en 2012, malgré la longue réponse du gouvernement français, la Commission d'experts rappelle qu'elle ne peut accepter « le point de vue selon lequel le fait que la législation sociale et les conventions collectives étaient applicables, dans un pays donné, à l'ensemble des travailleurs devait dispenser un gouvernement de prévoir l'insertion, dans les contrats publics, des clauses de travail prévues par la convention ». La Commission tient à souligner que l'insertion de clauses de travail présente « une utilité certaine, notamment dans les cas où les conventions collectives ne sont pas toutes revêtues d'une force obligatoire générale. Tel est le cas précisément en France, où toutes les conventions collectives ne sont pas étendues par arrêté ministériel ». La CEACR « prie le gouvernement de tenir le Bureau informé de tout développement qui pourrait intervenir, en particulier sur le plan législatif, en ce qui concerne la mise en œuvre de la convention au niveau national, et de communiquer copie de toute décision judiciaire ou publication officielle pertinente en la

²³ Convention n° 94 sur les clauses de travail (contrats publics) adoptée en 1949 et ratifiée par la France en 1951.

²⁴ CEACR, Observation sur l'application de la convention n° 94 sur les clauses de travail (contrats publics) adoptée en 2007 et publiée en 2008.

²⁵ P. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 6.

²⁶ CEACR, Observation sur l'application de la convention n° 94 sur les clauses de travail (contrats publics) adoptée en 2009 et publiée en 2010.

matière »²⁷. Cette « prière » témoigne en réalité de fort agacement qui, on l'espère, conduira à mettre la France devant ses responsabilités.

II – Résistance à la flexibilisation des ruptures de contrat

Depuis plusieurs années la conformité de la législation française à la convention OIT n° 158 relative à la rupture de la relation de travail à l'initiative de l'employeur²⁸, fait l'objet de débats et, surtout, de contentieux, sur l'une ou l'autre de ses dispositions.

En 2006, c'est la question du préavis, plus précisément de l'indemnité de préavis due à un salarié licencié qui a fait l'objet d'une « mise en tension » des dispositions en la matière du code du travail français et de l'article 11 de la convention n° 158. Selon les premières, le salarié qui justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus inférieure à six mois n'a droit à un délai-congé que si une loi, une convention ou un accord collectif, ou, à défaut, des usages pratiqués dans la localité ou la profession, en prévoient l'existence ou la durée. Une Cour d'appel avait accordé à un salarié, dont l'ancienneté était inférieure à six mois dans l'entreprise, une indemnité compensatrice de préavis en application du seul article 11 de la convention n° 158. Si le Conseil d'Etat français (juridiction administrative) s'était prononcé à diverses reprises sur l'applicabilité directe des conventions de l'OIT²⁹, c'est la première fois que la Cour de cassation (ordre judiciaire) avait à répondre à la question de l'applicabilité directe de l'article 11 de la convention n° 158. Elle y a alors répondu positivement³⁰, même si, dans le cas d'espèce, elle a estimé compatible les prévisions normatives nationales avec la disposition internationale prévoyant certes « un droit à un préavis d'une durée raisonnable ou une indemnité en tenant lieu » mais également la possibilité d'exclusion d'une indemnité en cas de faible ancienneté et dès lors que celle-ci était précisément et raisonnablement fixée³¹.

Mais c'est surtout l'affaire du contrat « nouvelles embauches » qui a cristallisé la contradiction entre réformes du droit du travail français dans un objectif de « flexibilisation » et exigences de la convention n° 158. Une ordonnance 2005-893 du 2 août 2005 a créé et mis à disposition des employeurs occupant vingt salariés et plus ce « contrat nouvelles embauches » (CNE) permettant à ces derniers de rompre la relation d'emploi à tout moment et sans motif pendant ses deux premières années d'existence. Cette « réforme » a fait l'objet d'une réclamation du syndicat CGT-FO qui a été reconnue justifiée³². Alors que le Conseil d'Etat français, dans une décision « validant », avait indiqué que dans le CNE, la période dite de « consolidation de l'emploi » n'apparaissait pas déraisonnable au sens de la convention n° 158 « compte tenu de l'objectif en matière d'emploi poursuivi par le gouvernement »³³, le

²⁷ CEACR, Observation sur l'application de la convention n° 94 sur les clauses de travail (contrats publics) adoptée en 2011 et publiée en 2012.

²⁸ Convention n° 158 adoptée le 22 juin 1982, ratifiée par la France en 1988 et entrée en vigueur le 16 mars 1990.

²⁹ notamment les conventions n° 118 sur l'égalité de traitement entre nationaux et non nationaux en matière de Sécurité sociale (CE 23 avril 1997 GISTI Rec. 142), n° 81 sur l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce (CE 15 février 1999, Union nationale CGT des affaires sociales, Rec. 24), n° 44 relative au chômage (CE 11 juillet 2001 Syndicat Sud travail et autres, Rec. 377 et sur la convention n° 158 dans le cadre de sa saisine sur la validité de l'Ordonnance du 2 août 2005 créant le contrat nouvelles embauches (CE 19 octobre 2005, JCP 2005 n° 20 du 8 novembre 2005).

³⁰ J. Duplat, La durée du préavis au regard de la convention n° 158 de l'OIT, *Dr. soc.* 2006, p. 636.

³¹ Cass. soc ; 29 mars 2006 ? Sté Euromédia Télévision c./M. Peter, pourvoi A 04-46, 499 ; n° 906 FP-P+B+R+I.

³² Cf. not. J.-M. Servais, « L'application par la France de la convention n° 158 de l'OIT », *Revue de droit du travail* 2008, p. 197 et s.

³³ CE 19 octobre 2005 n° 283892, RJS 12/05 n° 1240).

BIT a pour sa part estimé qu'il n'existait pas de base suffisante pour considérer que la période de consolidation de deux ans, caractérisant le CNE, peut être assimilée à une « période d'ancienneté requise » d'une durée « raisonnable » au sens de l'article 2, §2 b), de la convention n° 158. Par ailleurs, la dérogation au droit du licenciement prévue par l'ordonnance du 2 août 2005 durant la période de « consolidation de l'emploi » du CNE a été regardée comme affectant le contrôle par le juge de la cause « réelle et sérieuse » du licenciement. Ceci a conduit le BIT à affirmer que la norme française s'éloignait, de manière significative, des prescriptions de l'article 4 de la convention n° 158, « lequel, comme indiqué par la commission d'experts, est « la pierre angulaire des dispositions de la convention »³⁴.

Il est vrai que les recommandations émises par le BIT dans le cadre de l'examen d'une réclamation dont il a été saisi n'ont pas, du moins au plan juridique, de portée contraignante pour l'Etat concerné. Mais, du côté français, le Tribunal des conflits (statuant en matière de compétence entre ordres juridictionnels) avait admis la compétence du juge judiciaire pour examiner la compatibilité de l'ordonnance créant le CNE avec la convention 158 de l'OIT et plusieurs Cours d'appel avaient admis, avant même la prise de position du BIT, que le CNE était contraire à la convention OIT n° 158³⁵. Le point d'orgue allait intervenir avec un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 1^{er} juillet 2008³⁶. La Haute juridiction a alors affirmé que le CNE privait le salarié pendant deux ans de toute procédure préalable à son licenciement et de toute exigence d'une cause réelle et sérieuse, de son énonciation et de son contrôle ; en cela le dispositif privait le salarié du droit de se défendre et ne satisfaisait pas aux exigences de la convention n° 158, les dispositions de cette dernière permettant de déroger ne pouvant, dans le cas précis, être retenues³⁷. On sait que le gouvernement français s'est incliné et a abrogé l'ordonnance en question, comme la Commission d'experts de l'OIT le lui avait demandé.

Dans un proche avenir, la question de la compatibilité de la législation française avec la Convention n° 158 pourrait être à nouveau soulevée. Cette perspective paraît en effet ouverte après la signature de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 intitulé « accord pour un nouveau modèle économique et social, au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurité de l'emploi et des parcours professionnels des salariés »³⁸. Cet accord prévoit la possibilité de conclure des « accords de maintien dans l'emploi », en cas de « graves difficultés conjoncturelles »³⁹. En contrepartie d'une augmentation de la durée du travail ou d'une baisse des salaires, l'employeur s'engagera alors à maintenir l'emploi, pour une durée égale à celle de l'accord, c'est-à-dire au plus deux ans. L'ANI prévoit qu'en cas « de refus du salarié des mesures prévues par l'accord, la rupture de son contrat de travail qui en résulte s'analyse en un licenciement économique dont la cause réelle et sérieuse est attestée

³⁴ Cf. Décision BIT du 14 novembre 2007, RJS 1/08 n° 59, p. 57 et s.

³⁵ Cf. not. CA Paris 6 juillet 2007, RJS 8-9/07 n° 982, CA Bordeaux, 18 juin 2007, RJS 10/07, n° 1100 (Cf. P. Lyon-Caen, « Comment sauver le CNE ? », *Dr. soc.* 2006, p. 1088).

³⁶ Cass. soc. 1^{er} juillet 2008, pourvoi n° 07-44.124 (, p. Cf. not. J. Duplat, « Le contrat nouvelles embauches et les normes internationales du travail », *Revue de Droit du Travail* 2008, p. 504 ; J.-M. Béraud, Le contrat nouvelles embauches et la convention n° 158 de l'OIT », *RJS* 10/08, p. 775.

³⁷ L'article 2 §2 de la convention n° 158 permet à un Etat partie d'exclure du domaine d'application de la convention « les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable ». Cette disposition était « au cœur du contentieux né du contrat nouvelles embauches » (P. Rodière, « L'influence du droit communautaire et du droit international », *Dr. soc.* 2008, p. 900).

³⁸ L'ANI du 11 janvier 2013 a été signé par l'ensemble des organisations patronales (Medef, UPA, CGPME) et par 3 des 5 syndicats dits « représentatifs au plan national » (CFDT, CFTC, CFE-CGC).

³⁹ Article 18 de l'ANI du 11 janvier 2013.

par l'accord précité »⁴⁰. N'est-ce pas écarter le contrôle du juge sur le motif du licenciement ? On a déjà souligné que ces accords ne seraient *a priori* pas « conformes aux engagements internationaux de la France, notamment à l'article 4 de la Convention 158 de l'OIT, d'applicabilité directe, qui prévoit qu'un travailleur ne peut être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur, ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service »⁴¹. Il a été en particulier observé que s'il est prévu que les accords de maintien de l'emploi doivent répondre à de « graves difficultés conjoncturelles », il est précisé en annexe de l'ANI que « la caractérisation de ces difficultés résulte d'une analyse « partagée » entre les signataires de l'accord ». Dans ces conditions, « s'il faut comprendre que la définition des difficultés conjoncturelles est contractualisée, et échappe par conséquent au contrôle du juge, à l'exception des vices du consentement, la contrariété à la convention 158 paraît caractérisée »⁴².

Il a été décidé que les dispositions de l'ANI seraient reprises par une loi. Un texte en ce sens a été adopté après commission mixte de l'Assemblée nationale et du Sénat le 14 mai 2013. La loi relative à « la sécurisation de l'emploi » a fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel. Il prévoit notamment que « Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique, (qu'il) est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique (...) »⁴³. Le Conseil constitutionnel qui n'est toujours pas en France une véritable juridiction et reste une instance très politique, dans sa décision du 13 juin 2013⁴⁴, n'a vu aucun problème de constitutionnalité dans cette disposition du projet comme quasiment dans son ensemble⁴⁵. Il est donc fort probable que certaines dispositions de la nouvelle loi fassent l'objet de réclamations de la part de syndicats non signataires de l'accord national interprofessionnel du 13 janvier 2013, tels les syndicats CGT-Force ouvrière et la Confédération Générale des Travailleurs.

III – Vigilance sur l'égalité de traitement des travailleurs

La Commission d'experts sur l'application des conventions et recommandations apparaît consciente tant des difficultés rencontrées, par temps de crise, par les autorités gouvernementales que du risque d'inattention à l'égalité de traitement entre travailleurs à une époque de priorité à « l'emploi à tout prix » ou « à n'importe quel prix ». Outre la convention n° 118 sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale⁴⁶, deux autres conventions

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ P. Lokiec, L'ANI du 11 janvier 2013 à l'ombre du droit, Dossier spécial *Semaine Sociale Lamy* n° 1569 du 28 janvier 2013, p. 3.

⁴² P. Lokiec, S. Robin-Olivier et P. Rémy, « L'ANI à l'épreuve du droit international et européen », *Revue de droit du Travail* 2013, p. 212.

⁴³ Cf. le futur article L. 5125-2 du Code du travail.

⁴⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-672-dc/decision-n-2013-672-dc-du-13-juin-2013.137357.html>).

⁴⁵ Le Conseil constitutionnel a validé la loi relative à la sécurisation de l'emploi issue de l'accord de l'ANI du 13 janvier 2013, à l'exception de la clause de désignation imposant à toutes les entreprises d'une même branche professionnelle le choix d'un organisme de protection complémentaire pour la santé.

⁴⁶ Convention n° 118 adoptée en 1962 et ratifiée par la France en 1974. On sait notamment que « le droit interne prévoit notamment des prestations autres que l'assurance vieillesse : obligation pour les travailleurs étrangers de justifier de leur résidence en France au moment de l'ouverture des droits, sauf convention bilatérale de réciprocité (art. L 311-7 du Code de la sécurité sociale). Or l'article 4 § 1 de la Convention 118 prévoit l'égalité

font plus particulièrement l'objet de « fortes » observations ces dernières années à l'encontre de la France. Il s'agit des conventions n° 111 concernant la discrimination (A), et n° 97 (révisée) sur les travailleurs migrants (B).

A - La Convention n° 111 concernant la discrimination

La Commission a formulé, singulièrement dans son rapport de 2006, une longue observation qui a pu être qualifiée de « critique, douloureuse mais exacte », se terminant par le souhait que « le gouvernement sera en mesure de démontrer, dans son prochain rapport, que des progrès importants ont été accomplis ». La commission d'experts appelle le gouvernement français à « continuer de prendre des mesures actives et effectives pour modifier les pratiques en matière de ressources humaines et de recrutement, pour accorder l'égalité de chances dans l'emploi et la profession et pour poursuivre la diversité sur le marché du travail, ainsi que le respect et la tolérance à l'égard des différentes communautés qui vivent et travaillent en France ». Elle demande des sanctions « plus effectives » ainsi que des mesures réduisant les inégalités entre hommes et femmes, favorisant le dialogue social, la formation professionnelle, dans l'emploi non précaire et dans les professions où les femmes sont sous-représentées, y compris les postes de responsabilité⁴⁷.

La Commission se demande dans quelle mesure la loi de 2004 interdisant à l'école les signes ostensibles d'appartenance religieuse ne nuit pas à la capacité des filles de trouver un emploi à l'avenir. Elle n'hésite pas à « prier le Gouvernement de lui faire connaître les mesures prises pour veiller à ce que les élèves expulsés des écoles aient néanmoins la possibilité appropriée d'accéder à l'éducation et à la formation ». Dans son rapport de 2010, la Commission revient sur cette hypothèse de discrimination fondée sur le sexe et la religion à propos de l'adoption de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, s'inquiétant – de façon aussi innocente qu'insupportable pour un républicain français ! – du fait « que la mise en œuvre de cette loi pourrait avoir un effet discriminatoire à l'égard des femmes de religion musulmane portant le voile intégral quant à leurs possibilités de trouver et d'exercer un emploi ».

Dans ce même rapport de 2010, et à notre sens de façon plus justifiée, la Commission d'experts s'interroge sur des discriminations fondées sur la race, la couleur ou l'ascendance nationale qui frapperaient notamment les « roms » et les « gens du voyage » en France. Elle émet le vœu, en matière de discrimination sexuelle, que le gouvernement examine « la possibilité de prendre des mesures pour modifier la définition du harcèlement sexuel dans le Code du travail⁴⁸ afin que soient couverts par la législation du travail non seulement le harcèlement sexuel qui s'apparente à un chantage sexuel (*quid pro quo*), mais également le harcèlement sexuel en raison d'un environnement de travail hostile ». Si, en 2011, La Commission ne peut que s'étonner, dans ses observation et demande directe, de n'avoir pas reçu de réponse, en 2012 elle se félicite du changement intervenu (dans le sens qu'elle

de traitement, sans condition de résidence, aux ressortissants de tous les Etats membres ayant accepté les obligations de la Convention (Cf. not. P. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 7). Dans son rapport publié en 2013, la CEACR observe la législation et la pratique françaises continuent d'appliquer une condition de résidence en ce qui concerne les prestations de maladie, de maternité, d'invalidité et les prestations familiales, sous réserve des dispositions de certains accords bilatéraux.

⁴⁷ CEACR, Observation relative à l'application de la convention n° 111 contre la discrimination adoptée en 2006 et publiée en 2007.

⁴⁸ Cf. Article L.1153-1 du code du travail dans sa rédaction d'alors.

souhaitait) dans la définition légale du harcèlement sexuel⁴⁹, tout en regrettant manifestement que les agissements visés doivent être « répétés » ou, s'ils ne sont pas répétés, qu'il doive s'agir d'une « pression grave », estimant que « ces dispositions pourraient avoir pour effet de limiter la protection des travailleurs contre le harcèlement sexuel »⁵⁰. Outre une interrogation nouvelle sur l'absence dans les motifs de discriminations légalement interdits de « l'origine sociale », la Commission réitère ses observations et demande concernant notamment : le promotion de l'égalité des chances et de traitement des personnes handicapées, des roms, des gens du voyage, etc.

B - La convention n° 97 sur les travailleurs migrants (révisée)

Comme on a pu le souligner : « De toutes les catégories spéciales de travailleurs, les étrangers et les migrants, souvent isolés et désarmés dans le pays d'accueil, ont, par conséquent, été de ceux auxquels l'OIT était le plus appelée à s'intéresser »⁵¹. En tout état de cause, ces dernières années, la Commission d'experts s'est montrée particulièrement attentive à l'application par la France de la Convention n° 97 (révisée) sur les travailleurs migrants⁵². Pareille attention peut notamment être expliquée par les difficultés rencontrées pour obtenir des réponses du gouvernement français⁵³. Les observations comme les demandes directes ont été essentiellement fondées sur les articles 2, 3, 4 et 6 de la convention n° 97 et ont donc porté sur l'intégration sociale et économique des travailleurs migrants et la lutte contre les discriminations dont ils font l'objet.

Dès 2008, bien que reconnaissant – dans un langage fort diplomatique - les « efforts déployés par le gouvernement pour faciliter l'accueil des migrants et promouvoir leur intégration ainsi que l'égalité des chances », la Commission fait état de ses inquiétudes, dans un contexte – faut-il le rappeler ? – de création en France d'un ministère dit « de l'Immigration, de l'Identité nationale, de l'Intégration et du Co-développement ». En se référant à diverses sources⁵⁴, la Commission souligne que « des problèmes importants continuent à exister en matière d'intégration de la population immigrante dans la société française, dont un climat de suspicion et de préjugé négatif, ainsi qu'une discrimination encore très répandue à l'encontre des travailleurs migrants », ce qui a « un impact sur leurs conditions générales de vie et sur leurs chances de recevoir un enseignement et d'obtenir un emploi ». La Commission en profite pour rappeler ses commentaires de 2007 au sujet de la convention n° 111 sur la discrimination (emploi et profession), dans lesquels elle avait déjà fait part de ses préoccupations concernant l'absence de progrès accomplis face à la discrimination raciale et ethnique à l'encontre des travailleurs migrants. Elle attire l'attention du gouvernement français, notamment sur l'article 3 de la convention n° 97 prévoyant « que

⁴⁹ De fait, cette modification de la définition française est due à une Décision du 5 mai 2012 du Conseil constitutionnel français et, suite à abrogation, à une loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel modifiant, entre autres, le Code pénal (notamment l'article 222-33), le Code du travail (les articles L. 1153 1 à L. 1153-6) et une loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

⁵⁰ CEACR, Observation relative à l'application de la convention n° 111 contre la discrimination adoptée en 2012 et publiée en 2013.

⁵¹ N. Valticos, *Le droit international du travail à l'heure du bilan*, *op. cit.*, p.22.

⁵² Convention n° 97 adoptée en 1949 et ratifiée par la France en 1954

⁵³ A titre indicatif, la France a fait l'objet d'observations concernant la convention n° 97 en 2008, 2010, 2011 et 2012, de demandes directes en 2008 et 2012.

⁵⁴ Cf. not. Rapports de l'expert indépendant des Nations Unies sur les questions des minorités (A/HRC/7/23/Add.2, 4 mars 2008), du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR) (E/C.12/FRA/CO/3, mai 2008), du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW/C/FRA/CO/6).

des mesures doivent être prises contre la propagande trompeuse, y compris les informations erronées provenant de la population nationale dont la propagande contient des stéréotypes sur les travailleurs migrants qui suscitent racisme et discrimination ». La Commission d'experts rappelle surtout que l'article 6 de la convention vise à « garantir l'égalité de traitement en ce qui concerne les conditions de travail, la sécurité sociale, les droits syndicaux, le logement et les actions en justice (...) ». Elle pose alors une série de questions précises et indique attendre des réponses détaillées pour 2010. Faute de réponse cette année là... ces questions sont à nouveau envoyées au gouvernement français. En 2011, la Commission prend note de la communication de la Confédération générale du travail (CGT) à propos de « la rigidité croissante du cadre législatif et normatif relatif à la migration et à la situation générale des travailleurs migrants en France, y compris des migrants « roms » originaires de certains Etats membres de l'Union européenne. La CGT considère que l'application de l'article 3 (mesures contre la propagande trompeuse), de l'article 6 (égalité de traitement) et de l'article 7, § 2 (services assurés sans frais par le service public de l'emploi), de la convention n'est pas satisfaisante »⁵⁵.

En 2012, la Commission a pris note de « la réponse à caractère général du gouvernement ». Elle réitère son exigence d'informations « complètes sur les mesures prises, (...) pour prévenir et combattre efficacement les préjugés relatifs à l'immigration ainsi que la stigmatisation et la propagation de stéréotypes relatifs aux travailleurs migrants, notamment à la population rom ». Par ailleurs, elle demande, entre autres choses, au gouvernement français d'indiquer les mesures légales prises pour permettre, en pratique, l'égalité de traitement, notamment celles spécifiques aux femmes migrantes, (...) ». Enfin, elle prie le gouvernement de « fournir des informations sur les services spécifiques effectués par l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) « s'agissant du recrutement, de l'introduction et du placement de travailleurs migrants, et sur tous frais facturés aux travailleurs qui bénéficient de ces services; et de préciser les services couverts par les taxes perçues pour la délivrance ou le renouvellement des permis de séjour autorisant l'emploi ». On n'ira pas jusqu'à dire que « l'œil est dans la tombe et regarde Caïn », mais la France ne peut pas se vanter de voir ces pratiques, singulièrement vis-à-vis des migrants, surveillées...

En guise de conclusion

Dans le contexte de crise financière et de l'emploi que nous connaissons, sous couvert de « réformes » de véritables mises en cause du droit du travail national sont régulièrement envisagées. Du fait des ratifications de conventions de l'OIT, un « dialogue forcé » s'instaure de plus en plus souvent entre l'OIT et le gouvernement français. Il s'agit indéniablement d'une bonne chose. Loin de « regarder de haut » les normes « de base » de l'OIT ou de vendre à cette dernière, en sous-main, quelques normes inspirées de son droit interne, le gouvernement français voit aujourd'hui l'application de son droit et les réformes qu'il envisage, questionnées, discutées voire parfois invalidées par l'OIT. On doit parallèlement observer « ces dernières années un accroissement du nombre de cas où la France ne tient pas compte des conventions qu'elle a ratifiées pour modifier sa législation dans un sens contraire à celles-ci ». Opiniâtement, la Commission d'expert de façon plus ou moins « pédagogique » ou « diplomatique », répond en préconisant de modifier la législation nouvelle non conforme⁵⁶.

⁵⁵ CEACR, Observation sur l'application de la convention n° 97 adoptée en 2011 et publiée en 2012.

⁵⁶ P. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 8.

Il est important de souligner que ces parties de « bras de fer » policées concernent aujourd'hui plus que quelques individus développant leurs activités bureaucratiques à Paris ou à Genève. Certes, les normes internationales du travail ont été, jusqu'il a peu de temps, quasiment absentes tant contentieux que du débat national français. C'est, de moins en moins, le cas. De façon logique, le contexte de crise de l'emploi et de dynamique de dé-protection ou de protection « descendante » du droit du travail conduit à relever pour principaux points de tension entre normes nationales et internationales, les politiques et services de l'emploi, les modalités de rupture des contrats, le risque d'inattention à l'égalité de chance et de traitement entre travailleurs. On pourrait également relever des discussions ou observations touchant l'encadrement de droit collectif tel que celui de grève⁵⁷.

De facto et de jure, les normes internationales du travail et la surveillance de leur application s'avèrent être un véritable rempart face aux pires projets de remise en cause juridiques mais aussi aux tentations de dérives politiques et sociales. On doit cependant malheureusement observer que l'apparition des normes de l'OIT dans le débat français révèle surtout « l'effritement » du droit du travail national⁵⁸, le fait que l'on en vient à se battre « dos au mur » pour faire respecter « au moins » quelques principes ou droits fondamentaux... dans un pays « développé » !

Bibliographie

J.-F. Akandji-Kombé, De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne, *Dr. soc.* 2012, p. 10114

Ph. Auvergnon, P. Martin, The reform of the Public Employment Service in France: Modernisation and New Governance Issues, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Kluwer, 2009, n° 71, p. 147.

Ph. Auvergnon, Acerca de la intermediación en el mercado de trabajo en Francia, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 2012 n° 117, p. 57.

J.-M. Béraud, Le contrat nouvelles embauches et la convention n° 158 de l'OIT », *RJS* 10/08, p. 775.

J. Duplat, La durée du préavis au regard de la convention n° 158 de l'OIT, *Dr. soc.* 2006, p. 636.

J. Duplat, « Le contrat nouvelles embauches et les normes internationales du travail », *Revue de Droit du Travail* 2008, p. 504

A. Jeammaud, Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail, *Dr. soc.* 1986, p. 399

⁵⁷ Ainsi, dans son rapport de 2008, la CEACR a estimé que la loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs « n'est pas conforme à la Convention 87 sur la liberté syndicale » (*Cf. not. P. Lyon-Caen, op. cit.*, p. 7).

⁵⁸ G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Paris Précis Dalloz, 2014, 28^e éd., p. 37.

P. Lokiec, S. Robin-Olivier et P. Rémy, « L'ANI à l'épreuve du droit international et européen », *Revue de droit du Travail* 2013, p. 212.

P. Lyon-Caen, L'application par la France des conventions internationales de travail, *Droits fondamentaux*, 2010, n° 8, p. 1.

R. de Quenaudon, « L'application par le juge français des droits sociaux fondamentaux affirmés par l'OIT et l'ONU », *Revue de droit du travail* 2007, p. 315.

P. Rodière, « L'influence du droit communautaire et du droit international », *Dr. soc.* 2008, p. 900.

N. Valticos, Le droit international du travail à l'heure du bilan, in « Tendances du droit du travail français contemporain », *Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 8.

J.-M. Verdier, L'apport des normes de l'O.I.T. au droit français du travail, in « *Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen* », Dalloz, 1989.