

livre blanc 23

l'avenir du droit du travail

ADT / ILLA **150** ANS YEARS



2023 PARIS

coordinateurs

Etienne Pataut

Professeur, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Sophie Robin-Olivier

Professeure, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

assistante

Lullaby Vasseur

Doctorante à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne

membres du comité de pilotage

(par ordre alphabétique)

Pablo ARELLANO

Organisation Internationale du Travail (OIT), Unité du droit du travail
et de la réforme du département Gouvernance et tripartisme

Richard BALES

Professeur à l'Ohio Northern University

Urwana COIQUAUD

Professeure, HEC Montréal, Département de gestion
des ressources humaines

Isabelle DAUGAREILH

Directrice de recherche au CNRS ; Directrice du Centre
de droit comparé du travail et de la sécurité sociale de l'Université
de Bordeaux (COMPTRASEC)

Matteo FORNASIER

Professeur, Université de la Ruhr à Bochum,
Membre du Barreau de New York

Evance KALULA

Professeur émérite de droit du travail et de la sécurité sociale,
Université du Cap (UCT) ; Président du Comité de la liberté
syndicale (CFA) de l'Organisation internationale du travail (OIT)

Julia TOMASSETTI

Docteure en Sociologie, prochainement Maître de conférences,
Swinburne Law School

1. état des lieux :

fragmentation et tentatives

de dé-fragmentation _____ page 11

- 1. Fragmentation du champ d'application
du droit international du travail
- 2. Fragmentation de la réglementation internationale
- 3. Fragmentation du droit international privé

2. les défis _____ page 51

- 1. Réglementer la mondialisation
- 2. Faire face à la transformation numérique du travail
- 3. Renforcer la dimension sociale
du développement durable et de la transition juste
- 4. Intégrer les questions de migration dans le droit du travail
- 5. Vers un nouveau type de modèle réglementaire

3. les questions _____ page 79

annexes _____ page 93

Introduction

Internationalisation ou fragmentation du droit du travail ?

Plus que toute autre branche du droit, le droit du travail est enfermé dans les frontières nationales. Tout d'abord, le droit national du travail est étroitement lié à l'histoire sociale nationale, à l'organisation sociale, à la force des syndicats et autres organisations collectives du travail. Ces particularités ont pour conséquence que les lois nationales du travail sont très différentes les unes des autres.

Bien évidemment, existe une grande différence entre les pays industrialisés en Europe, Amérique du Nord, Australie, Japon, etc., où le pouvoir des acteurs (partis politiques, syndicats, direction...) a élaboré des protections du lieu de travail à divers degrés reflétés dans la législation nationale, et les pays moins développés, où la protection des travailleurs est différente et généralement moins organisée.

Mais même entre les pays d'un même groupe, les lois du travail sont étonnamment différentes. Alors que le Canada s'est ins-

piré des États-Unis, notamment pour l'édification du droit des rapports collectifs, il s'en est émancipé. En effet, au Canada, le taux de syndicalisation y est plus élevé et la protection générale du travail offerte, tant au fédéral que dans les provinces et les territoires, sans équivaloir à celles offertes par plusieurs pays européens, s'avère plus robuste que celle offerte par ses voisins. En comparaison, la protection de l'ensemble des travailleurs par la loi est plus courante dans les pays de l'UE (en dépit d'importants écarts).

Dans ce contexte, l'internationalisation ou même l'harmonisation du droit du travail semble être un objectif inatteignable. Malgré des efforts très importants pour mettre en place des normes internationales, émanant pour la plupart de l'OIT, il n'existe pas, en l'état actuel des choses, d'ensemble commun de règles applicables au niveau international. De toute évidence, les États ne souhaitent guère parvenir ni même essayer de parvenir à un droit international du travail complet. Même dans l'organisation régionale la plus intégrée, l'UE, l'unification ou l'harmonisation du droit du travail est partielle, fragmentée et le plus souvent tributaire d'un objectif plus général d'intégration économique.

Mais il y a aussi une deuxième raison pour laquelle l'internationalisation du droit du travail est extrêmement difficile : sa nature

territoriale. En général, les relations de travail sont régies par les lois et règlements (y compris les conventions collectives) de l'État où le travail est effectué. Par le passé, le champ d'application spatial du droit du travail était souvent déterminé sur la base d'une approche unilatérale et territoriale : le droit du travail national avait vocation à régir le travail effectué sur le territoire national. Aujourd'hui, avec l'émergence de règles de conflit bilatérales en matière de droit du travail, des résultats similaires sont obtenus sur la base du fait que la plupart des instruments de droit international privé utilisent le lieu d'exécution du travail comme principal facteur de rattachement pour déterminer la loi applicable aux relations de travail. Ainsi, en général, la relation de travail est soumise à la *lex loci laboris*. Néanmoins, l'origine unilatérale de la règle est encore très vivace en droit du travail, et conduit très souvent à l'application des lois locales comme lois de police (règles internationalement impératives) ou à l'intervention de l'exception d'ordre public. Et en ce qui concerne les relations collectives de travail, il existe très peu de règles de conflit bilatérales permettant la détermination de la loi applicable. La coordination habituelle organisée par les règles de droit international privé fonctionne difficilement dans les relations de travail.

Ce principe de territorialité favorise la concurrence normative entre les États et l'exploitation des différences en matière de droit du travail. Étant donné que les autorités nationales jouissent d'un pouvoir discrétionnaire pratiquement illimité pour fixer les règles et les normes applicables au travail effectué sur leur territoire, elles sont en mesure de créer un environnement réglementaire particulièrement favorable aux employeurs et aux investisseurs étrangers et d'attirer ainsi les activités et les emplois. Ces derniers temps, l'organisation des activités commerciales au-delà des frontières, par le biais de chaînes d'approvisionnement mondiales, afin notamment de profiter des coûts de main-d'œuvre inférieurs dans les pays moins développés, a conduit à des formes extrêmes d'exploitation de la main-d'œuvre. L'effondrement du bâtiment du Rana Plaza à Dhaka (Bangladesh), qui abritait cinq usines de confection produisant des vêtements pour des marques américaines et européennes, le 24 avril 2013, faisant au moins 1 132 morts et plus de 2 500 blessés, a mis en lumière l'urgente nécessité de réglementer les chaînes d'approvisionnement mondiales. D'autres catastrophes similaires, parmi les pires accidents industriels jamais enregistrés, ont éveillé le monde non seulement aux mauvaises conditions de travail auxquelles sont confrontés

les travailleurs du secteur du prêt-à-porter au Bangladesh, mais, plus généralement, aux conséquences sociales néfastes de la mondialisation. En conséquence, le droit international du travail a été contraint de réagir, de manière inédite.

Il n'en reste pas moins que, dans la situation actuelle, on ne peut que constater la résistance à l'unification internationale et la territorialité du droit du travail qui conduisent à la fragmentation du droit du travail sur la scène internationale (état des lieux). Cette fragmentation va de pair avec d'importants efforts visant à atteindre une certaine uniformité du droit du travail, y compris par des techniques différentes et innovantes, qui pourraient aller au-delà de l'application pure et simple de règles de droit classiques. Le développement du droit du travail international est confronté à de nombreuses difficultés (les défis), et soulève de nouvelles questions (les questions).

1.

état des lieux
fragmentation
et tentatives
de dé-fragmentation

Notre description de la situation actuelle du droit international du travail se divise en trois parties : la première concerne le champ d'application du droit international du travail ; la deuxième se concentre sur les instruments de régulation ; la troisième sur le droit international privé applicable aux rapports de travail.

1. Fragmentation du champ d'application du droit international du travail

Le marché du travail a évolué rapidement au cours des dernières décennies. De nouvelles formes de travail sont apparues et les contrats courts (voire très courts) se sont généralisés. Ce phénomène s'est encore accentué avec le développement des plateformes numériques. La fragmentation (ou fissuration¹) du marché du travail est fréquemment soulignée, dans les pays industrialisés (pays du nord).

Cette évolution des relations de travail touche également les travailleurs migrants, qui sont, en général, insuffisamment pris en compte et protégés par le droit du travail.

En outre, ce qui n'est pas nouveau, mais constitue plutôt un phénomène de longue date, les relations formelles d'emploi couvertes par le droit du travail ne constituent qu'une partie

Note 1 D. Veil, *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Harvard University Press, 2014.

limitée des relations de travail. Le travail informel est un problème persistant, en particulier, mais pas seulement, dans les pays du sud.

Face à ces questions concernant le champ d'application du droit du travail, le droit international est en train d'évoluer ou, du moins, des solutions sur les évolutions possibles ont été proposées.

Le fossé entre le travail formel et informel

Une opposition classique divise le travail entre le travail formel et le travail informel, le premier étant, à la différence du second, réglementé, soumis à des normes juridiques et à un contrôle judiciaire.

Cette distinction s'est avérée utile pour critiquer ou, plus exactement, pour souligner les limites de l'harmonisation internationale du droit du travail. Les normes du travail élaborées par l'OIT ne sont pertinentes que pour le secteur formel. Or, dans la plupart des pays en développement d'Afrique, d'Amérique latine et d'Asie du Sud-Est, le secteur informel est beaucoup plus important que le secteur formel, et il augmente plutôt qu'il

ne diminue². C'est peut-être là le plus grand défi pour l'OIT. Il serait vain d'essayer de simplement formaliser le secteur informel dans ces pays. Le secteur informel restera sans lien avec les relations d'emploi traditionnelles, et l'OIT est bien consciente de ce dilemme.

En outre, l'opposition classique entre travail formel et informel est actuellement remise en question. Au lieu d'une ligne stricte séparant les secteurs formel et informel, on peut considérer qu'il existe, dans un certain nombre de cas, un continuum : travail formel et informel coexistent souvent, sur le même lieu de travail, dans le même secteur. Cette analyse permet de montrer qu'il existe un passage ou une évolution lente de l'un vers l'autre, plutôt qu'une frontière stricte entre travail formel et informel. Elle conduit à l'idée que la protection des travailleurs, à travers le droit du travail et le droit de la sécurité sociale, évolue par paliers, dans lesquels la protection s'accroît progressivement. Ainsi, un travailleur peut être couvert par certaines règles (par exemple, la négociation collective) mais pas par

Note 2 V. : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_626831.pdf. 60% du marché du travail global relève de l'économie informelle. V. la définition de l'OIT de l'économie informelle dans la Recommandation No. 204 : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_626831.pdf.

d'autres (par exemple, le salaire minimum). Cette idée de paliers pourrait permettre de mieux décrire la situation de nombreux travailleurs dans le monde.

Bien que peu nombreux, certains pays sont même allés plus loin. Dans certaines États, la dichotomie classique entre l'emploi et le travail indépendant n'existe plus, puisque de nouvelles catégories de personnes offrant des services ont émergé, ce qui est vrai, par exemple, pour le « *worker* » (par opposition à l'« *employee* ») au Royaume-Uni ou au « *arbeitnehmerähnliche Person* » en Allemagne.

Des exemples contemporains montrent également que cette distinction n'est guère utile pour caractériser certaines relations de travail, comme on le verra pour les travailleurs des plateformes. Dans de nombreuses situations actuelles, certaines formes de travail « réglementées » restent précaires et subordonnés sans être à proprement parler informelles, et l'utilisation de certaines modalités de travail, comme le travail indépendant, peut avoir pour résultat d'écarter l'application du droit du travail, sans pour autant que l'on puisse parler, de travail informel.

Sur l'inclusion de tous les types de travail dans le cadre du droit international du travail

L'idée d'une conception plus inclusive des normes du droit du travail, pour aller au-delà des salariés et couvrir « tous les travailleurs », est déjà ancrée dans le droit national du travail et de l'emploi, ainsi que dans certains domaines du droit international, notamment les conventions de l'OIT.

En effet, les conventions de l'OIT ne font pas toujours et exclusivement référence aux travailleurs subordonnés. Le plus souvent, les normes de l'OIT désignent les « travailleurs », c'est-à-dire tous les travailleurs, y compris les employés. Certaines conventions incluent explicitement les travailleurs indépendants dans leur champ d'application, ou admettent expressément leur inclusion par les lois nationales. D'autres, en raison de leur objet, couvrent nécessairement les travailleurs indépendants. Par exemple, la récente convention 190 (2019) sur la violence et le harcèlement au travail protège expressément les travailleurs indépendamment de leur statut contractuel (article 2). De même, la convention fondamentale 87 (1948) sur la liberté syndicale est applicable à tous les travailleurs « sans distinction » (art. 2 b).

‘ Convention sur la violence et le harcèlement de 2019

1. La présente convention protège les travailleurs et autres personnes dans le monde du travail, y compris les salariés tels que définis par la législation et la pratique nationales, ainsi que les personnes qui travaillent, quel que soit leur statut contractuel, les personnes en formation, y compris les stagiaires et les apprentis, les travailleurs licenciés, les personnes bénévoles, les personnes à la recherche d'un emploi, les candidats à un emploi et les individus exerçant l'autorité, les fonctions ou les responsabilités d'un employeur.
2. La présente convention s'applique à tous les secteurs, public ou privé, dans l'économie formelle ou informelle, en zone urbaine ou rurale.

| Article 2

Cette idée de surmonter la « grande dichotomie » est largement confortée par le développement des droits fondamentaux des travailleurs. Tout d'abord, la stratégie adoptée par l'OIT, que reflète la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail (1998), vise à identifier un ensemble de normes fondamentales du travail applicables à l'échelle mondiale : elle implique l'universalisation des conventions de base, ce qui signifie non seulement l'extension de l'obligation de respecter ces règles à tous les États, indépendamment de la ratification des conventions, mais aussi leur application à toute forme de travail, indépendamment du type de contrat et de sa définition juridique. La vision universaliste de l'OIT conduit donc à relativiser la distinction entre travail subordonné et travail indépendant. Cette idée a atteint sa pleine maturité avec le Rapport sur l'avenir du travail présenté par une Commission mondiale à l'occasion du centenaire de l'Organisation (2019). Ce document programmatique visait à élargir le champ subjectif de la protection sociale à travers une « Garantie universelle du travail », couvrant toutes les formes contractuelles d'emploi.

Ces idées ont été reprises dans la Déclaration du centenaire de l'OIT pour l'avenir du travail (21 juin 2019), selon laquelle tous les travailleurs, quel que soit leur statut contractuel, devraient bénéficier d'une protection adéquate conformément à l'Agen-

da pour le travail. Cela implique : i) le respect de leurs droits fondamentaux ; ii) un salaire minimum légal ou contractuel adéquat ; iii) les limites maximales de la durée du travail ; iv) la santé et la sécurité au travail.

‘ Déclaration du Centenaire de l’OIT de 2019

La Conférence appelle l’ensemble des Membres, en tenant compte de leur situation nationale, à œuvrer individuellement et collectivement, en s’appuyant sur le tripartisme et le dialogue social, et avec le soutien de l’OIT, pour développer son approche de l’avenir du travail centrée sur l’humain par les moyens suivants (...) Renforcer les institutions du travail pour assurer une protection adéquate à tous les travailleurs, et réaffirmer la pertinence de la relation de travail en tant que moyen d’offrir sécurité et protection juridique aux travailleurs, tout en reconnaissant l’ampleur de l’informalité et la nécessité de prendre des mesures efficaces de transition vers la formalité.

Tous les travailleurs devraient jouir d’une protection adéquate conformément à l’Agenda du travail décent.

Une extension sélective des protections au-delà de la subordination est également défendue par les Perspectives de l'emploi 2019 de l'OCDE, qui reconnaissent le déséquilibre du pouvoir de négociation entre les parties et l'existence de marchés du travail monopolistiques comme principaux facteurs de vulnérabilité des travailleurs indépendants. Cela conduit à deux propositions. Dans le domaine caractérisé par une « véritable ambiguïté » dans la qualification des relations d'emploi, une série de protections juridiques pourraient être étendues « au-delà des salariés standards », afin de garantir aux travailleurs concernés une rémunération équitable, un temps de travail limité, la sécurité et la santé au travail, la lutte contre la discrimination et la protection de l'emploi. Quant aux véritables indépendants, il est suggéré que l'amélioration de leurs conditions de travail puisse être mise en œuvre par le biais du dialogue social et de la négociation collective, de programmes de formation et de régimes de protection sociale, notamment.

Cette tendance et ces propositions ne sont toutefois pas partout visibles ou mises en œuvre. En particulier, le droit du travail de l'Union européenne ne s'applique qu'aux contrats de travail ou aux relations de travail formelles. L'exclusion des travailleurs informels et des indépendants, pour l'essentiel, constitue une importante limite à l'efficacité globale de l'harmonisation du

droit européen du travail. En ce qui concerne les travailleurs indépendants, toutefois, des mesures visant à les inclure dans le champ de la protection du droit du travail sont envisagées par l'UE (voir ci-dessous, sur les travailleurs de plate-forme).

La même question est parfois discutée dans le contexte des accords commerciaux bilatéraux ou multilatéraux, qui peuvent ou non exclure les travailleurs indépendants et informels du champ d'application de leurs normes sociales.

Dans l'ensemble, il semble que ni la division formel / informel, ni la division salariés / travailleurs indépendants ne soient aussi pertinentes qu'auparavant. De plus, ces distinctions ne correspondent pas à certains problèmes de travail très contemporains, notamment le développement rapide du travail par l'intermédiaire des plateformes.

Travail des plateformes

Des recherches intensives sont actuellement menées, parallèlement aux transformations des lois nationales sur le travail et l'emploi, sur les moyens de protéger les travailleurs des plateformes.

A l'échelle internationale, l'OIT a largement contribué à l'analyse du phénomène, et a proposé des pistes d'action. Dans l'Union

européenne, une directive sur la protection des travailleurs de plateforme a été proposée par la Commission européenne en décembre 2021.

Cette directive vise à améliorer les conditions de travail et les droits sociaux des personnes travaillant par l'intermédiaire de plates-formes et, plus précisément, « veiller à ce que les travailleurs des plateformes aient — ou puissent obtenir— le bon statut professionnel au regard de leur véritable relation avec la plateforme de travail numérique et aient accès aux droits applicables en matière de travail et de protection sociale »³.

Une question importante concerne la négociation collective des travailleurs de plateforme, lorsqu'ils ne sont pas salariés mais indépendants. La négociation collective est en effet nécessaire pour contrebalancer la faiblesse du pouvoir de négociation des travailleurs de plateforme. Mais elle se heurte à une série d'obstacles. En particulier, lorsqu'il existe une législation anticoncurrentielle, comme c'est le cas dans l'UE, les accords entre les travailleurs indépendants et les organisations qui les emploient sont interdits. Face à cette limite juridique, la Com-

mission européenne a proposé des lignes directrices excluant l'application de la législation anticoncurrentielle, dans l'UE, pour les « travailleurs indépendants solos », et insistant sur le fait que le droit de grève devrait couvrir tous les travailleurs « sans distinction ». L'Australie a déjà adopté une exemption pour les petites entreprises éligibles et les travailleurs indépendants désireux de négocier collectivement. Cette immunité juridique bien que novatrice offre cependant des résultats mitigés⁴.

Quoi qu'il en soit, le développement rapide du travail sur plateforme montre, une fois de plus, que le droit international du travail doit dépasser le clivage formel / informel, emploi / travail indépendant, afin de saisir la réalité des relations de travail contemporaines.

Note 3 Commission européenne, « Proposition de directive relative à l'amélioration des conditions de travail sur les plates-formes », COM (2021) 762 final du 9 décembre 2021.

Note 4 Shae McCrystal, Tess Hardy, 'Filling the Void? A Critical Analysis of Competition Regulation of Collective Bargaining Amongst Non-employees', (2021), 37, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Issue 4, pp. 355-384.

2. Fragmentation de la réglementation internationale

L'OIT est née dans un contexte à la fois interétatique et très européen, même si son organisation tripartite en est bien l'une de ses principales caractéristiques. Aujourd'hui, le contexte a radicalement changé : non seulement le clivage droit public/droit privé s'estompe, mais les acteurs privés, y compris les ONG et les entreprises, prennent progressivement des rôles nouveaux et très importants. En outre, les droits fondamentaux des travailleurs sont devenus un élément central du droit international du travail, de même, ce qui est peut-être plus surprenant, que les accords commerciaux internationaux.

Le clivage droit privé/droit public : institutions et acteurs

Au cours des dernières décennies, de nouveaux acteurs participant à la régulation des chaînes de valeur mondiales sont apparus. Il s'agit principalement d'entreprises transnationales et d'organisations syndicales internationales (notamment des

fédérations syndicales internationales ou régionales) qui ont pris des initiatives spontanées d'autorégulation dont découlent les accords transnationaux d'entreprise (ATE), définis comme des accords «comportant des engagements réciproques dont le champ d'application s'étend au territoire de plusieurs États et qui a été conclu par un ou plusieurs représentants d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises, d'une part, et une ou plusieurs organisations de travailleurs, d'autre part, et qui porte sur les conditions de travail et d'emploi et/ou les relations entre les employeurs et les travailleurs ou leurs représentants»⁵.

Plus récente est la participation conjointe d'ONG nationales (y compris étrangères) et de syndicats nationaux (y compris étrangers) au contrôle de la mise en œuvre des lois nationales et internationales sur la responsabilité sociale des entreprises, le devoir de vigilance ou la protection des droits fondamentaux des travailleurs.

C'est une relation très nouvelle qui se noue entre les ONG et les syndicats, d'une part, et entre les ONG et les syndicats des

Note 5 Commission européenne, The role of transnational company agreements in the context of increasing international integration, SEC(2008) 2155. Une base de données complète des accords peut être consultée à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=978&langId=en>

pays industrialisés (du nord) et les ONG et les syndicats des pays moins développés (du sud), d'autre part. Ces alliances fondées sur des complémentarités d'expertises et de modes d'action augurent d'une reconfiguration des acteurs sociaux au niveau mondial. Ce qui est encore souvent considéré comme une anomalie - le manque de représentation des acteurs du sud - est en train d'évoluer, comme le montrent, par exemple, les procédures judiciaires en cours sur le devoir de vigilance en France.

Ces ONG et syndicats ont pris, et continuent de prendre, une part active à la dénonciation des violations des droits de l'homme au travail, qui résultent autant de la réglementation en vigueur que de l'activité des entreprises. Ils contribuent activement à l'élaboration de nouvelles normes au niveau national et international, comme le montre la discussion en cours sur le projet de traité contraignant des Nations unies sur la responsabilité sociale des entreprises. Quant aux entreprises, elles participent à l'élaboration d'instruments d'autorégulation, en particulier les accords d'entreprise transnationaux. A leur tour, ces AET, notamment dans le secteur textile, donnent lieu à de nouvelles interactions entre les syndicats nationaux du nord et du sud, qui sont formalisées dans le cadre des nouveaux AET, en termes de représentation des acteurs du sud dans les instances mon-

diales. L'accord Inditex / IndustriAll, par exemple, a créé, en 2019, un Comité syndical mondial composé de représentants de tous les sites de production de l'entreprise⁶.

Aujourd'hui, le paysage des acteurs du droit international du travail est fragmenté entre les organisations internationales, les États et une multiplicité d'acteurs privés (entreprises, ONG, syndicats), qui n'ont pas tous la même légitimité en termes de représentation institutionnelle, notamment au niveau de l'OIT.

Cette évolution a, bien sûr, une grande incidence sur les normes du droit international du travail.

Le clivage droit privé / droit public : les normes

Traditionnellement, le droit du travail laisse une place aux normes privées, notamment celles qui sont créées par les conventions collectives. Cette spécificité se traduit par le fait que les syndicats et les employeurs ont un rôle particulier à jouer, à l'échelle internationale, notamment au sein de l'OIT. Néanmoins, les normes de droit international du travail classiques sont toujours

Note 6 <https://www.industrialunion.org/industrial-and-inditex-create-a-global-union-committee>

ancrées dans les actes publics traditionnels : lois nationales ou conventions internationales.

La multiplication contemporaine des acteurs privés dans le domaine du droit international du travail et des relations de travail a complètement changé cette situation et a conduit à l'adoption d'un ensemble important de nouvelles normes.

Dans certains cas, l'obligation de protéger les droits des travailleurs à l'étranger n'est pas imposée par une réglementation publique, mais relève plutôt d'un choix volontaire des entreprises elles-mêmes. Certaines entreprises adoptent unilatéralement des codes de conduite les engageant à respecter des droits minimaux du travail, tandis que d'autres concluent des accords bipartites avec des fédérations syndicales internationales ou d'autres représentants transnationaux des travailleurs, dans le même but. Cette tendance à l'adoption de normes privées peut s'articuler avec les normes publiques, notamment dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises (RSE). Si un texte de l'ONU ou de l'UE est adopté dans ce domaine, les règles privées et publiques devront cohabiter afin de faire évoluer ces obligations vers une meilleure intégration des exigences de la RSE dans les entreprises privées.

Dans d'autres situations, on peut constater une transition des instruments unilatéraux de RSE vers des accords-cadres négociés avec les fédérations syndicales internationales du secteur. Une véritable négociation mondiale entre employeurs et employés peut aboutir à des accords formels, les accords d'entreprise transnationaux (AET)⁷. Ces accords sont désormais largement développés dans les entreprises internationales. Ils comprennent des engagements juridiques à respecter les droits fondamentaux des travailleurs, même si ces engagements sont le plus souvent intégrés dans des normes de *soft law*.

Note 7 European Commission, "The role of transnational company agreements in the context of increasing international integration", SEC (2008) 2155. Une base de données des accords peut se trouver à l'adresse : <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=978&langId=en>

‘ Accord 2019 sur la société transnationale Inditex

L’objectif principal de l’accord reste de garantir le respect des droits de l’homme dans le cadre du travail et de l’environnement social, en promouvant le respect des normes internationales du travail dans toute la chaîne d’approvisionnement d’Inditex. Cet accord reconnaît le rôle crucial que jouent la liberté d’association et la négociation collective dans le développement de relations industrielles matures. Par conséquent, il est approprié d’établir un cadre pour réaffirmer l’engagement avec les organisations syndicales qui représentent les travailleurs dans la chaîne d’approvisionnement du textile, de la chaussure et de l’habillement.

| *préambule*

Parfois, la réglementation transnationale doit laisser place à la négociation collective entre les acteurs étatiques et non étatiques. Le secteur maritime montre que les normes internationales peuvent être atteintes par la négociation privée⁸, autant que par la très importante convention maritime adoptée sous les auspices de l’OIT (MLC, 2006). Dans ce contexte, une plus grande attention devrait être accordée aux acteurs privés et à des secteurs économiques spécifiques.

Enfin, la négociation collective internationale peut prendre place entre des institutions publiques et privées. L’arrangement et l’accord du Rana Plaza⁹, bien que très spécifiques, montrent que de nouvelles formes de conventions collectives peuvent être obtenues par la coopération des acteurs publics et privés, y compris les ONG.

Tous ces codes de conduite, accords privés ou semi-privés sont aujourd’hui d’une importance capitale dans le droit international du travail et sont au cœur même de toute action de RSE. Il

Note 8 <https://www.itfseafarers.org/sites/default/files/node/resources/files/ITF%20IMEC%20International%20IBF%20CBA%202019-2022%20.pdf>

Note 9 <http://ranaplaza-arrangement.org> et <http://bangladeshaccord.org>.

s'agit pour la plupart d'instruments de *soft law*, de nature non contraignante, et sont donc très souvent contestés comme étant inefficaces et source d'une fragmentation encore plus grande de la réglementation internationale du droit du travail. Cependant, ces textes ont favorisé la diffusion de la culture du dialogue social et la promotion des conventions de l'OIT sur les droits fondamentaux dans les entreprises multinationales.

Droits fondamentaux

En droit du travail, les droits fondamentaux jouent un rôle très important, mais quelque peu ambigu. Leur importance ne peut pas, bien sûr, être sous-estimée. Ils sont consacrés dans de nombreux instruments de droit international ou régional (Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Déclaration de l'OIT de 1998, Charte sociale européenne, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne...). En tant que tels, ils constituent une catégorie très importante de droits, susceptible d'être utilisée afin de protéger les travailleurs.

Cependant, les dangers potentiels des droits fondamentaux ne sauraient être ignorés. La discussion traditionnelle sur l'efficacité des droits fondamentaux s'étend aussi au droit du travail. Pour autant, certaines questions sont propres au droit du travail.

En particulier, l'identification même de ces droits peut être difficile. La Déclaration de l'OIT de 1998 est centrée sur un nombre limité de droits : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ; l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire ; l'abolition effective du travail des enfants ; l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. Depuis 2022, il faut encore ajouter le droit à la protection de la santé et la sécurité au travail.

En revanche, d'autres textes identifient beaucoup plus de droits comme faisant partie de la catégorie des droits fondamentaux. En outre, la place exacte de ces droits fondamentaux dans la hiérarchie des normes est incertaine.

Il faut ajouter que, dans de nombreux pays, le droit du travail offre une protection bien supérieure à celle qui peut être tirée des droits fondamentaux. Par conséquent, le cadre des droits fondamentaux est parfois considéré comme une voie régressive pour le droit du travail.

Dans ce contexte, et afin de tenir compte de la fragmentation des relations de travail (formel/informel, salariés/indépendants...), l'idée des «cercles concentriques» de protection peut être mobilisée : on peut imaginer une gradation, depuis la protection minimale garantie par les droits fondamentaux de la

Déclaration de l'OIT, qui devrait concerner toute forme de travail, partout dans le monde, jusqu'à la protection beaucoup plus précise et développée accordée aux travailleurs salariés, dans un pays spécifique, avec de nombreuses variations entre les deux. Si cette théorie est intéressante, elle a toutefois le défaut de ne pas refléter parfaitement la réalité des régimes de relations de travail. De manière plus réaliste, l'image globale des droits des travailleurs, est plutôt désorganisée et fragmentée.

Commerce et normes sociales

La réglementation transnationale et internationale du droit du travail peut se faire en lien avec d'autres institutions internationales, en particulier les institutions financières et commerciales. Une discussion très riche, mais finalement infructueuse, a eu lieu au sujet de l'insertion d'une «clause sociale» au sein des règles du commerce mondial, par laquelle les avantages commerciaux pourraient être soumis au respect de droits sociaux fondamentaux. Cette idée a toutefois lentement fait son chemin, et elle est désormais largement acceptée dans les accords commerciaux bilatéraux et parfois multilatéraux. De nombreux accords commerciaux internationaux incluant des clauses sociales ont vu le jour. Ces accords commerciaux font généralement

appel à un mélange de réglementations dures et douces (y compris, parfois, l'assistance technique des organisations internationales et la coopération internationale) et sont parfois ouverts à des actions juridiques spécifiques, notamment par le biais de mécanismes *ad hoc* de règlement des différends.

Un exemple important peut être tiré des accords ALENA, devenus USMCA, entre le Canada, le Mexique et les États-Unis. L'ALENA avait été adopté avec un accord parallèle, l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail. Cet accord a favorisé une augmentation substantielle du niveau de connaissance des systèmes de droit du travail des États parties par les syndicats, les gouvernements, les ONG et l'opinion publique. Il a favorisé le développement de collaborations entre syndicats et ONG. Il également produit des réformes significatives dans le droit des parties contractantes, notamment au Mexique. Le récent traité USMCA (2018) entré en vigueur en 2020, qui a remplacé l'ALENA, comporte des avancées plus significatives, notamment en incluant la possibilité de dénoncer directement les entreprises qui violent les normes du travail, auxquelles des sanctions commerciales peuvent être appliquées. Ainsi, les plaintes contre des entreprises spécifiques sont désormais possibles, en plus des plaintes contre les États.

‘ Traité USMCA 2018 : Déclaration d’engagements partagés

1. Les parties affirment leurs obligations en tant que membres de l’OIT, notamment celles énoncées dans la Déclaration de l’OIT sur les droits au travail et la Déclaration de l’OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable (2008).
2. Les parties reconnaissent le rôle important des organisations de travailleurs et d’employeurs dans la protection des droits du travail internationalement reconnus.
3. Les parties reconnaissent également l’objectif de ne faire le commerce que de produits fabriqués en conformité avec le présent chapitre.

| art. 23-2

La nouvelle génération d’accords bilatéraux de libre-échange confirme la volonté des États d’aborder la question du lien entre les droits sociaux et le commerce international. Un certain nombre d’accords de libre-échange (États-Unis-Vietnam, UE-Corée, pour n’en citer que quelques-uns) intègrent des règles relatives aux pratiques de travail équitables parmi leurs dispositions, en utilisant des formules juridiques plus contraignantes et plus précises que par le passé. Les clauses font souvent expressément référence à la Déclaration de l’OIT de 1998, et aux conventions fondamentales, considérées comme des références pour évaluer la conformité de la réglementation nationale aux accords. La violation des règles sociales est assimilée à la violation des pratiques équitables, avec l’utilisation des mêmes dispositifs de procédure et de sanction.

Le lien vertueux entre les politiques sociales et la régulation du commerce international trouve aujourd’hui de nombreuses preuves empiriques. Des cas emblématiques démontrent l’incidence positive du lien entre commerce et droit social, dans la promotion des normes de travail dans les secteurs économiques couverts par les accords, ainsi qu’une augmentation de la compétitivité résultant de l’amélioration des conditions de travail et de l’augmentation de la productivité, capable, à son tour, de compenser les coûts sociaux plus élevés, avec d’autres avantages en termes macroéconomiques et de stabilité politique.

3. Fragmentation du droit international privé

Application extraterritoriale des normes nationales

En général, les relations de travail sont régies par les lois et règlements (y compris les conventions collectives) de l'État où le travail est effectué. Par le passé, le champ d'application spatial du droit du travail était souvent déterminé d'un point de vue unilatéral et territorial : le droit du travail national devait régir tout le travail effectué sur le territoire national. Aujourd'hui, avec l'émergence de règles de conflit multilatérales y compris dans le domaine du travail, des résultats similaires sont obtenus sur la base du fait que la plupart des instruments de droit international privé utilisent le lieu d'exécution comme principal facteur de rattachement pour déterminer la loi applicable aux relations de travail. Ainsi, en général, la relation de travail est soumise à la *lex loci laboris*. Cette règle, qui semble être largement acceptée, pourrait être consacrée, au plan international, par le biais d'un instrument international, ce qui est préconisé

en droit du travail par certains spécialistes depuis de nombreuses années.

Les mêmes observations peuvent être faites, *a fortiori*, en ce qui concerne les relations collectives du travail, qui sont peu réceptives au mécanisme du conflit de lois. Chaque État organise librement les relations collectives sur son territoire (négociation collective, représentation collective, action collective), et il est rare qu'il y ait une coordination avec des lois étrangères. Une exception pourrait être la directive sur les comités d'entreprise européens (2009/38) qui a mis en place une instance internationale permettant la représentation des travailleurs au-delà des frontières. Les accords d'entreprise transnationaux peuvent également être un outil utile pour organiser une certaine forme de représentation transfrontalière et dépasser la forte territorialité des relations collectives de travail. Mais ces deux exemples sont des exceptions aux principes selon lequel le droit collectif du travail ne fait pas bon ménage avec les conflits de lois.

Le principe de territorialité décrit ci-dessus favorise la concurrence réglementaire entre les États, voire au sein même des États, dans le cas des États fédéraux. Étant donné que les autorités nationales jouissent d'un pouvoir discrétionnaire pratiquement illimité pour fixer les règles et les normes applicables

aux travaux effectués sur leur territoire national, elles sont en mesure de créer un environnement réglementaire particulièrement favorable aux employeurs et d'attirer ainsi investissements et emplois sur le territoire national.

Récemment, une tendance à l'application extraterritoriale de certaines normes d'emploi s'est développée. Certains États (principalement dans les pays du nord) ont adopté des lois incitant ou même obligeant légalement les entreprises nationales à protéger les droits des travailleurs, même lorsque ceux-ci se trouvent à l'étranger. En particulier, ces entreprises sont censées veiller à ce que leurs filiales et fournisseurs opérant dans d'autres États respectent certaines normes d'emploi minimales. Cette tendance s'inscrit dans une réflexion plus générale sur la responsabilité sociale des entreprises, qui exige de protéger les droits fondamentaux des travailleurs dans les groupes internationaux, voire les chaînes de valeur. Certains pays européens (par ex. *Modern Slavery Act* 2015 au Royaume-Uni ; *Loi sur le devoir de vigilance* de 2017 en France, *Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetz* de 2021 en Allemagne), l'Union européenne (directive 2014/95 sur la publication d'informations non financières, règlement 2017/821 sur les minéraux venant de zones de conflit, proposition de 2022 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de développement durable), l'Australie (*Modern*

Slavery Act 2018, *Model Work Health and Safety Act*, adopté dans divers États australiens) ou les États-Unis (*US Tariff Act* of 1930, modifié en 2016) ont adopté des lois concernant directement ou indirectement le respect des droits fondamentaux des travailleurs, indépendamment du droit applicable à la relation de travail liant le travailleur à un employeur particulier.

En Europe, la tendance est d'obliger les entreprises multinationales à mettre en œuvre les droits fondamentaux tout au long de la chaîne de valeur, en créant des sanctions pénales, ou des mécanismes de responsabilité civile *ad hoc*.

En Australie, une réglementation de la chaîne d'approvisionnement a été introduite pour traiter de l'externalisation via une série d'accords commerciaux interconnectés, dans l'industrie du textile, de l'habillement et de la chaussure, ainsi que dans les secteurs des chauffeurs routiers et du transport de fonds, dans certains États. En vertu de cette réglementation, un travailleur d'un sous-traitant peut déposer une plainte contre toute partie de la chaîne contractuelle (à l'exception du détaillant), y compris les entrepreneurs principaux, même s'il n'existe pas de relation d'emploi directe ou de contrat de travail de droit commun entre ce travailleur et la personne qui lui fournit, directement ou indirectement, le travail.

Aux États-Unis, depuis 2016, tout bien ou tout composant d'un bien peut se voir refuser l'entrée à la frontière américaine s'il est fabriqué avec du travail forcé ou du travail en prison.

Cette tendance à l'application extraterritoriale des règles en matière de travail et d'emploi peut avoir pour effet de restreindre la concurrence normative, les États n'ayant plus le contrôle total des normes de droit du travail, sur leur territoire national.

Résolution des litiges

L'accès à la justice est un droit fondamental garanti par de nombreux textes internationaux qui s'appliquent évidemment aux travailleurs comme à tout autre justiciable. Les travailleurs doivent donc pouvoir accéder à la justice, à un coût raisonnable, en bénéficiant d'une représentation. Dans de nombreux États, les travailleurs ont accès à des juridictions spécifiques.

A l'échelle internationale, les travailleurs souffrent de nombreux obstacles procéduraux, juridiques et pratiques, qui entravent l'accès à la justice des victimes de violations des droits de l'homme commises par des entreprises.

Le premier tient, bien entendu, à l'évitement de leur responsabilité par les entreprises internationales, qui résulte de la manière

dont la responsabilité juridique est répartie entre les membres d'un groupe de sociétés, en vertu du droit national. Comme on l'a vu, la tendance à l'application extraterritoriale des lois nationales vise précisément à remédier à cette situation.

Plus généralement, les travailleurs peuvent être confrontés à l'impossibilité d'accéder aux tribunaux de l'État d'origine. Un déni de justice, dans l'État d'accueil du lieu de la chaîne d'approvisionnement, peut découler, en particulier, de l'absence de disposition permettant le recours à des actions collectives.

Enfin, il n'est pas rare de constater l'exclusion de certains groupes, les travailleurs migrants, par exemple, d'un niveau adéquat de protection juridique de leurs droits, et de toute garantie d'accès à la justice, notamment.

Dans ce contexte, des règles de compétence particulières sont utiles. L'exemple européen du règlement Bruxelles 1 (Reg. 1215/2012) est fréquemment loué et pourrait servir de modèle à d'autres textes internationaux. Cependant, il n'est applicable que dans les litiges traditionnels impliquant un juge étatique et avec un facteur de rattachement spécifique conduisant à un tribunal européen (domicile du défendeur ou lieu d'exécution du travail, le plus souvent). En vertu de ces règles traditionnelles, il est donc très difficile de trouver une compétence dans l'État

du for à l'encontre de sociétés étrangères ou de filiales étrangères, même en cas de violation massive des droits des travailleurs, et ce, même si les biens produits par ces sociétés sont principalement destinés au marché de cet Etat, ou de ces États. L'affaire du Rana Plaza est un exemple particulièrement frappant de cette situation.

La fragmentation des mécanismes de résolution des litiges est donc aussi forte que dans le domaine du choix de la loi, et l'accès à la justice peut être entravé, dans de nombreux cas, en raison de cette approche territoriale stricte.

Cependant, un accès spécifique à la justice nationale peut être imaginé lorsque des droits fondamentaux sont en jeu. L'exemple célèbre de l'*Alien Tort Statute* américain de 1789 a eu une grande influence sur une réflexion en la matière. Cependant, les résultats décevants de l'application de cette loi ont conduit à envisager d'autres possibilités : la compétence civile universelle et/ou le *forum necessitatis*. Ces possibilités sont, ou seraient, en effet, une voie très importante pour l'avenir, tout comme le serait une règle beaucoup plus complète sur la compétence du codéfendeur.

En ce qui concerne les modes alternatifs de résolution des conflits (MARC) et l'arbitrage, il semble y avoir un rejet de l'utilisation de l'arbitrage traditionnel dans le contexte du travail. À cet égard, l'exemple des États-Unis semble être un repoussoir pour beaucoup. L'arbitrage traditionnel ne reflète pas la diversité de la société, en raison du très petit nombre d'acteurs impliqués, et peut constituer un obstacle important à la protection des travailleurs, comme l'a montré, par exemple, le conflit avec Uber, dans lequel l'introduction d'une clause d'arbitrage dans les contrats avec les chauffeurs a mis en danger l'action collective lancée par un grand nombre de ces chauffeurs. Cependant, une forme spécifique d'arbitrage du travail pourrait être imaginée. L'exemple canadien très spécifique de l'«arbitre de griefs», quasi-public et très éloigné de l'arbitrage traditionnel, fournit un exemple de mécanisme de résolution collective des conflits qui pourrait être étendu.

Parallèlement, la Cour permanente d'arbitrage (CPA), basée à La Haye, semble être une ressource sous-utilisée pour résoudre les conflits du travail. Créée en 1899 principalement pour résoudre les conflits frontaliers entre pays, elle pourrait pourtant être un partenaire de l'OIT pour résoudre les conflits du travail. La CPA possède une expertise en matière de résolution des conflits et une stature internationale. Récemment, la Cour per-

manente d'arbitrage a procédé à deux arbitrages découlant de l'accord du Rana Plaza¹⁰. Dans le contexte des entreprises et des droits de l'homme, l'Uni Global Union et IndustriAll plaident aujourd'hui pour l'incorporation, dans les conventions collectives cadres, d'une clause d'arbitrage du travail basée sur les règles de La Haye¹¹.

Certains accords internationaux prévoient également des actions originales. La Charte sociale européenne (1961 et 1996) ouvre la voie à des actions devant un panel spécifique, le Comité européen des droits sociaux, qui peut être saisi directement par les syndicats. Le CEDS élabore une jurisprudence qui pourrait s'avérer d'une importance capitale en Europe dans le domaine des droits sociaux fondamentaux. Cela n'est pas sans rappeler la procédure de réclamation, qui relève du système de contrôle du respect des normes de l'OIT, permettant aux organisations professionnelles d'employeurs ou de travailleurs de présenter au Conseil d'administration du BIT une réclamation à l'encontre de tout État Membre qui n'aurait pas assuré d'une

manière satisfaisante l'exécution d'une convention à laquelle il a adhéré, ou la procédure des plaintes devant le Comité de la liberté syndicale de l'OIT qui permet aux organisations de travailleurs ou d'employeurs d'agir contre un État Membre, même s'il n'a pas ratifié les conventions correspondantes. Ces comités d'experts jouent un rôle important dans l'interprétation et la mise en œuvre du droit du travail international.

L'accord États-Unis-Mexique-Canada (USMCA, 2018) crée également diverses actions en justice, qui peuvent conduire à des procès contre une entreprise spécifique pour violation des dispositions sur la protection du travail du traité.

Dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises, des procédures de médiation spécifiques peuvent être mises en place. L'exemple le plus important est celui des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, qui organisent, par le biais de ce que l'on appelle des «points de contact», une procédure de médiation qui connaît aujourd'hui un essor rapide¹².

Note 10 <https://pca-cpa.org/en/cases/152/>

Note 11 <https://www.industrialall-union.org/special-report-how-can-we-build-an-international-labour-court>

Note 12 <http://www.oecd.org/fr/investissement/mne/2011102-fr.pdf> (dernière visite le 1^{er} juin 2017).

Enfin, certaines lois nationales visant à réglementer les conditions de travail dans les chaînes d'approvisionnement transnationales exigent également que les entreprises multinationales mettent en place et maintiennent des mécanismes de réclamation pour les travailleurs (voir par ex. le *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* allemand).

Ces exemples montrent qu'il existe une tendance à la création de mécanismes spécifiques de résolution des conflits impliquant des entreprises multinationales. De tels mécanismes pourraient se développer, en particulier dans les contextes dans lesquels l'accès à la justice est difficile ou inefficace. La médiation et la conciliation, notamment lorsqu'elles sont mises en place par les acteurs eux-mêmes, sont considérées comme des méthodes possibles, qu'il conviendrait de renforcer, car elles semblent être un moyen efficace de résoudre les conflits.

2. les défis

Les défis auxquels le droit international du travail est actuellement confronté sont nombreux et, le plus souvent, liés les uns aux autres. Ils vont de la régulation de la mondialisation (1), et, en particulier, des chaînes d'approvisionnement mondiales, à l'adaptation du droit du travail aux objectifs du « développement durable » (3), en passant par la gestion de la transformation numérique (2), l'inclusion des migrations de main-d'œuvre dans le domaine couvert par le droit du travail (4), et l'invention d'un nouveau modèle de régulation (5).

1. Réglementer la mondialisation

Protéger les travailleurs impliqués dans les chaînes d'approvisionnement mondiales

Les chaînes d'approvisionnement représentent un problème fondamental pour le droit du travail. Le temps n'est plus où les services étaient fournis, et les biens produits, dans une seule et même juridiction depuis un seul et même pays.. Depuis les années 1980, les choses ont changé. L'entreprise unique, avec éventuellement des filiales dans plusieurs pays, s'est transformée en une entreprise principale qui externalise son activité principale, dont les sous-traitants, situés dans d'autres pays, peuvent avoir plusieurs clients, ce qui entraîne une complexité croissante des chaînes d'approvisionnement, comme l'illustre notamment l'industrie du vêtement.

Réglementer la «chaîne de valeur mondiale», pour parvenir à un travail décent tout au long de la chaîne, a été un objectif central du droit international du travail, dans la période récente. Les développements les plus contemporains, notamment au niveau national et européen (voir ci-dessus), montrent que la réglementation progresse. Mais de nombreux problèmes sub-

sistent, liés à la mise en œuvre des nouveaux types de responsabilité qui sont imaginés ou adoptés (diligence raisonnable, devoir de vigilance) et à l'application des diverses sanctions envisagées (sanctions par les marchés financiers, par les consommateurs, responsabilité civile et/ou pénale...).

En ce qui concerne la responsabilité des marques tout au long des chaînes de contrats, il est urgent de trouver les moyens de concrétiser les principes généraux. Les questions à résoudre concernent non seulement la conception des devoirs des entreprises (diligence raisonnable ou conception plus stricte de la responsabilité), mais aussi les matières du droit social qui sont couvertes (santé et sécurité, conditions de travail, sécurité sociale...). Pour l'instant, la réglementation des chaînes d'approvisionnement mondiales est apparue dans différentes juridictions, sans harmonisation. Une telle harmonisation serait nécessaire, notamment pour faciliter la mise en œuvre et assurer l'efficacité des nouvelles obligations (de transparence, notamment) destinées à attirer des capitaux «verts».

Protection des travailleurs dans le transport international

Dans des secteurs spécifiques, tels que les transports (aériens, maritimes ou terrestres), la mondialisation a une histoire plus longue et prend des formes particulières. Cela a conduit à des institutions et des normes spécifiques, comme par exemple la Convention sur le travail maritime de 2006. Cependant, l'exploitation du travail n'a pas été éradiquée, en particulier dans le transport maritime, comme l'a illustré la crise du covid, lorsque les marins et les pêcheurs ont été confrontés à l'impossibilité de rejoindre leur navire et de rentrer chez eux, pendant de longues périodes.

De nombreuses incertitudes demeurent quant aux règles applicables, notamment en matière de protection sociale de ces travailleurs des transports. Ceci est très bien illustré, au sein de l'UE, où, malgré la réglementation, les conditions de travail et l'affiliation à la sécurité sociale des pilotes et autres membres des équipages des compagnies aériennes *low cost* continuent à faire l'objet de nombreux litiges. Quant à l'application des règles concernant le transport routier, en matière de temps de travail et de rémunérations, notamment, elle demeure très problématique.

Limitation du détachement temporaire de travailleurs dans le cadre du commerce des services

Un autre grand défi, particulièrement pour l'UE, mais qui est, plus généralement, lié au commerce des services, concerne le détachement de travailleurs au-delà des frontières. Bien que l'affectation de travailleurs à la prestation de services dans un autre pays puisse être considérée comme nécessaire au développement de la prestation internationale (ou européenne) de services, l'évolution, au sein de l'UE, montre que le détachement de travailleurs est devenu un marché, un secteur d'activité spécifique, reposant sur les différences de coût du travail. Si l'existence d'un nouveau marché n'est pas en soi problématique, il a conduit à des formes extrêmes d'exploitation des travailleurs dans certains secteurs (agriculture, secteur de la viande, construction, notamment). Le rôle des plateformes, en tant qu'intermédiaires, facilitant l'affectation de la main-d'œuvre au-delà des frontières, peut favoriser ce type d'activités, qui conduit, dans certains cas, à des conditions de travail très dégradées. Cela pose la question d'une réglementation plus stricte des prestations de services internationales, soit de manière générale, soit dans certains secteurs seulement, voire éventuellement de l'interdiction, dans certains secteurs, du déta-

chement international de travailleurs. Si l'interdiction du travail temporaire ou du travail indépendant a été réalisée dans certains pays, pour contrer l'exploitation (dans le secteur de la viande en Allemagne, par exemple), une évolution régionale ou universelle dans ce sens semble toutefois beaucoup plus compliquée.

Faire respecter les clauses sociales des accords commerciaux

Le lien vertueux entre les politiques sociales et la réglementation du commerce international décrit ci-dessus ne résout pas toutes les questions. L'interprétation des clauses sociales et l'application de ces clauses, notamment par le biais de sanctions commerciales, restent difficiles. Le rapport¹³ du panel mis en place pour traiter des accusations de l'UE selon laquelle la Corée a violé la clause sociale contenue dans l'accord commercial UE-Corée est un exemple intéressant à la fois des progrès réalisés dans la mise en œuvre de ces clauses, et des difficultés à parvenir à une compréhension commune des engagements

Note 13 https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/january/tradoc_159358.pdf

de chaque partie et à garantir que les ajustements nécessaires soient effectués dans des délais raisonnables.

En outre, l'imbrication réglementaire entre les dimensions économique et sociale concerne principalement des négociations bilatérales spécifiques (même à un niveau macro, comme dans le cas des méga-traités). La diffusion des clauses sociales et environnementales également dans les traités commerciaux internationaux multilatéraux, afin de garantir le respect des conventions fondamentales de l'OIT et des normes environnementales inscrites dans les protocoles internationaux, constitue donc un défi important. Dans cette perspective, une réforme de l'OMC devrait être mise en œuvre, pour intégrer les instances non commerciales dans la gouvernance du commerce mondial. Sur la base des traités et des normes internationales en vigueur dans les États membres de l'OMC, les préoccupations sociales pourraient ainsi être intégrées dans les décisions des panels et de l'organe d'appel. Mais ce scénario est très controversé, et ne serait pas facile à mettre en place.

Relancer la conditionnalité sociale positive dans le commerce international

La conditionnalité sociale positive peut être une voie vers la mondialisation des droits sociaux, tant au niveau politique que pour l'instrumentation opérationnelle. Cela nécessiterait de relancer, avec plus d'efficacité, le Système de Préférences Généralisées, pour l'UE, en faisant, comme le suggère le Parlement européen, une référence particulière aux régimes spéciaux d'incitation. La révision proposée du SPG peut être considérée comme un moyen de combiner croissance économique et sociale. Toutefois, le fait d'exiger un «développement durable», y compris le respect des normes fondamentales du travail, est rejeté par les porte-drapeaux du marché libre comme un obstacle à la compétitivité des pays en développement. Bien que très classique, cette opposition freine les évolutions.

2. Faire face à la transformation numérique du travail

S'éloigner de la *lex loci laboris*

Le télétravail transnational après la pandémie, l'émergence de nouvelles formes d'externalisation en ligne de tâches vers des destinations lointaines, notamment par le biais de plateformes numériques de *crowd sourcing*, mettent au premier plan le débat sur les règles de détermination de la loi applicable aux relations de travail. La numérisation des relations de travail et en particulier la « déterritorialisation » du lieu de travail du fait de la digitalisation, pose de nouvelles questions concernant les règles de droit international privé.

Certaines de ces questions peuvent être réglées par une réglementation supranationale (par exemple, les règles de l'UE sur la coordination de la sécurité sociale), mais, dans de nombreux cas, l'application du droit national est nécessaire. Pour les nomades numériques ou les services transfrontaliers effectués par des personnes à distance par des moyens numériques, la détermination d'un facteur de rattachement au droit national est très problématique. Qu'est-ce qui est le plus avantageux

pour les travailleurs : le lieu de travail habituel, le lieu de destination du service fourni ou le lieu où la valeur est produite ?

Le critère de la *lex loci laboris*, qui est prédominant au niveau international et également dans l'Union européenne, est utilisé par les entreprises pour leurs politiques de « law shopping ». L'application quasi-générale de cette règle encourage la délocalisation massive de l'emploi favorisée par la fourniture numérique de services dans des pays où le niveau de protection est plus faible. Elle peut même inciter les États à mettre en œuvre des stratégies visant à obtenir des avantages concurrentiels abusifs en réduisant la protection qu'ils offrent à leurs travailleurs. C'est pourquoi, au cours des dernières décennies, des critiques ont été formulées selon lesquelles cette règle devait être reformulée ou adaptée à la réalité et aux défis posés par le télétravail transnational et la prestation de services à distance.

Réglementer le travail de plateforme au niveau international

Le besoin de règles communes pour protéger les travailleurs des plateformes semble d'autant plus nécessaire que les plateformes ont donné naissance à une nouvelle forme d'internationalisation des relations de travail : des personnes travaillant

via la même plateforme numérique, dans différents endroits du monde, avec des conditions de travail éventuellement très différentes.

En ce qui concerne le travail effectué au moyen des plateformes, l'OIT a adopté la perspective universaliste du travail décent : une perspective indépendante du type de contrat de travail, qui met l'accent sur la nécessité d'une protection pour tous les travailleurs. La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT estime que les principes et droits fondamentaux au travail sont applicables aux travailleurs de plates-formes de la même manière qu'à tous les autres travailleurs et indépendamment de leur statut d'emploi.

Outre les principes et les droits fondamentaux (issus des conventions fondamentales de l'OIT sur la liberté syndicale, le droit de négociation collective, la non-discrimination, l'élimination du travail forcé et du travail des enfants), un certain nombre de droits devraient être reconnus aux travailleurs des plateformes (qu'ils soient subordonnés ou indépendants), notamment le droit à la santé et à la sécurité, à la sécurité sociale, à des politiques actives du travail, à la protection contre le licenciement, à des conditions d'emploi claires et compréhensibles, à la mobilité professionnelle, à l'accès à la justice en cas de litige. Certains droits dont devraient bénéficier les travailleurs des plateformes

sont plus spécifiques : l'accès aux données et à la confidentialité, ou le droit à la déconnexion, par exemple. Dans cette perspective, il serait important que l'OIT définisse le contenu d'une nouvelle convention, ou au moins d'une recommandation, concernant le travail via des plateformes numériques (dans ce contexte, la proposition de directive européenne sur le travail sur plateforme peut servir de référence). Le débat est actuellement en cours.

Cependant, plutôt que de nouveaux droits pour les travailleurs, il peut sembler plus important, et plus efficace, de créer de nouveaux devoirs pour les opérateurs. Par exemple, l'obligation pour les plateformes de promouvoir la non-discrimination et la protection contre les discours haineux. Un tel scénario s'éloignerait de l'approche traditionnelle du droit international du travail.

3. Renforcer la dimension sociale du développement durable et de la transition juste

Selon l'OIT¹⁴, le XXI^e siècle est confronté à deux défis majeurs : assurer un environnement durable et faire de la vision d'un travail décent pour tous une réalité. Non seulement ces deux défis sont urgents, affirme l'OIT, mais ils sont aussi intimement liés et devront être relevés ensemble. D'une part, la dégradation de l'environnement et le changement climatique obligeront de plus en plus les entreprises et les marchés du travail à réagir et à s'adapter. D'autre part, l'objectif du développement durable ne pourra être atteint sans la contribution active du monde du travail. Ainsi, l'avenir du travail est étroitement lié à la notion de «développement durable», qui nécessite l'intervention du droit international ou plutôt la réglementation des activités internationales.

Note 14 Conférence internationale du travail, « Développement durable, travail décent et emplois verts », 102^e session, 2013.

Protection des droits sociaux par le droit de l'environnement (droit du climat)

Pour l'instant, les questions environnementales, et le changement climatique en particulier, ont pris le pas sur les questions sociales. Accrocher le social aux transformations globales du droit découlant de la nécessité de protéger l'environnement et de lutter contre le changement climatique est devenu une question centrale. Les évolutions récentes, en particulier dans l'UE, indiquent que les droits sociaux peuvent bénéficier d'une association avec les droits de l'homme et les objectifs environnementaux : les instruments de droit dur (sur le *reporting* durable ou le devoir de diligence) sont sur le point de transformer la RSE en législation, créant de nouvelles obligations pour les entreprises, au-delà des frontières. Une telle évolution est bénéfique pour les droits sociaux et pourrait être l'occasion, pour le syndicalisme, de se réinventer (nouveaux membres, nouveaux thèmes, nouvelles formes d'action...). Lier les droits sociaux aux objectifs environnementaux apparaît donc comme une voie à suivre pour le droit international du travail. Une telle approche ne doit toutefois pas conduire à une dissolution des spécificités du droit social.

Prise en compte des spécificités des droits sociaux et des institutions du travail

Les accords sur le climat, tout comme les propositions de la Commission européenne, ne tiennent pas réellement compte des spécificités des droits sociaux. Ils ne prévoient pas la participation des travailleurs, alors que les syndicats devraient avoir leur mot à dire sur les questions relatives à la « transition juste ». Les syndicats n'ont pas été invités à donner leur avis lors des sommets de la COP sur le changement climatique. L'accord-cadre des Nations unies (Accord de Paris) ne prévoit pas de mécanisme de participation des syndicats. Le préambule fait référence à la « transition juste », qui est un concept syndical, mais il n'est ni précisé, ni lié à des obligations contraignantes. De même, en vertu du droit national, les représentants des travailleurs n'ont généralement pas le droit de négocier, ni de participer aux politiques relatives au changement climatique. Il n'y a pas de mécanisme institutionnalisé qui permette de remplir cet objectif. Or, même lorsque rien n'empêche formellement un syndicat de négocier au niveau de l'entreprise, du secteur ou du pays (par exemple, avec la compagnie pétrolière d'État en Colombie), l'entreprise ne le fera pas si elle n'y est pas contrainte.

Au lieu de cela, d'autres acteurs privés, des ONG, par exemple, peuvent prendre le relais, ce qui pose un problème lorsqu'ils

n'ont aucune légitimité, expérience ou connaissance des questions sociales. Par exemple, dans le processus actuel de conception de normes pour le *reporting* en matière de durabilité, dans l'UE, le rôle de l'EFRAG (*European Financial Reporting Advisory Group*) semble être prépondérant, alors que d'autres acteurs, y compris les syndicats, n'ont aucune garantie formelle concernant leur implication.

Résoudre les conflits éventuels entre les nouveaux droits (environnementaux/climatiques) et les droits des travailleurs

Outre le cadre institutionnel, des questions se posent concernant les droits eux-mêmes. Une nouvelle génération de droits émerge. Ceux-ci sont plus collectifs qu'individuels, concernant la protection des données, ou l'utilisation du *big data*, ou le droit à un air pur, à l'eau, à un environnement propre, par exemple. C'est un défi pour le droit du travail, non pas tant en raison de la dimension collective (plutôt qu'individuelle) de ces nouveaux droits, mais parce qu'ils ne concernent pas spécifiquement les travailleurs, ou le lieu de travail. On pourrait également dire, et c'est un défi encore plus grand, à propos des droits de la nature

ou des entités naturelles, que l'être humain, les travailleurs en particulier, ne sont plus au cœur des préoccupations du droit, ni les bénéficiaires des droits. Et l'exploitation des ressources de la terre, sur laquelle le droit du travail était fondé, s'inscrit mal dans une nouvelle perspective, où les droits de la nature peuvent entrer en concurrence avec le droit du travail. Il est donc nécessaire, et sans doute urgent, de réfléchir à une alliance vertueuse entre droit du travail et droits de la nature.

4. Intégrer les questions de migration dans le droit du travail

La vulnérabilité des travailleurs migrants, notamment dans les pays de destination, a été souvent soulignée. Bien que le droit international (conventions 97 et 143 de l'OIT ; convention des Nations unies sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, notamment) ait pris en compte la situation spécifique des travailleurs migrants, le droit de l'immigration et le droit international du travail restent largement séparés, et les recoupements entre le droit international du travail et le droit de l'immigration demeurent, pour l'essentiel, inexplorés.

Comblers le fossé en matière de sécurité sociale des travailleurs migrants

Parmi les problèmes résultant de cette division, l'un concerne la sécurité sociale. Les accords bilatéraux de sécurité sociale n'abordent pas toujours les questions importantes concernant les droits de sécurité sociale des travailleurs migrants. Du point de vue de la protection sociale, les réponses normatives actuelles du droit international mettent l'accent sur les obligations imposées aux pays de destination, et sur l'importance des accords bilatéraux et multilatéraux de sécurité sociale en tant qu'instruments clés pour améliorer la protection des travailleurs migrants en termes de protection sociale. En réalité, pourtant, les pays de destination utilisent souvent la nationalité, la résidence et d'autres restrictions pour éviter toute responsabilité. Comme le reconnaît également une contribution de 2016 du Comité économique et social européen, le mécanisme des conventions bilatérales a ses limites matérielles et formelles, ce qui implique que des alternatives soient recherchées. En outre, le cadre normatif de l'OIT fournit des orientations limitées sur l'inclusion de dispositions relatives à la protection sociale dans les accords bilatéraux de travail. Ce n'est que très récemment, dans un instrument important mais non contraignant des Nations Unies, qu'une place plus grande a été prévue pour la

protection sociale, dans les accords bilatéraux de travail. Le document *United Network on Migration Guidance on Bilateral Labour Migration Agreements* (février 2022)¹⁵ contient des dispositions relativement détaillées qui devraient, à titre indicatif, être incluses dans de tels accords.

Enfin, en raison de la protection sociale souvent faible dont bénéficient les travailleurs migrants dans les pays de destination, les pays d'origine ont de plus en plus souvent étendu différentes formes d'aide sociale à leurs propres travailleurs migrants à l'étranger. Ce mécanisme consiste à prévoir l'extension des dispositions de sécurité sociale du pays d'origine aux travailleurs migrants. Malgré cette approche de plus en plus répandue, adoptée par les pays d'origine, il n'existe pas de cadre normatif international qui fournisse un cadre standardisé pour les mesures de protection sociale assurées par les pays d'origine : l'OIT estime que cela reste la responsabilité (principale) des pays de destination des migrants. Un cadre normatif supplémentaire apparaît donc nécessaire pour guider les pays d'origine et garantir un modèle normalisé de protection sociale assurée

par les pays d'origine, en cas de non-respect des normes internationales par les pays de destination.

Traiter les problèmes résultant de normes incohérentes et (éventuellement) contradictoires

Dans ce domaine des migrations de travail, comme dans d'autres, l'un des problèmes actuels consiste en la dispersion, et parfois même la concurrence, entre les normes élaborées par différentes instances (privées ou publiques). Par exemple, les conventions de l'OIT sur les travailleurs migrants ignorent les migrants irréguliers, ce qui constitue un problème important. Au contraire, la Convention de l'ONU comprend des dispositions sur la migration irrégulière. Réfléchir aux alliances institutionnelles, ainsi qu'aux écarts et aux contradictions éventuelles, est devenu nécessaire.

Note 15 https://migrationnetwork.un.org/sites/g/files/tmzbd1416/files/resources_files/blma_guidance_final.pdf

5. Vers un nouveau type de modèle réglementaire

Renforcer les institutions publiques

L'évolution de la réglementation vers une réglementation transnationale implique qu'une plus grande attention soit accordée à l'interaction des règles publiques internationales, régionales et nationales avec les règles d'origine privées. La tendance à ce que les acteurs privés, les entreprises en particulier, acquièrent plus de pouvoir et échappent à la réglementation sociale (à tous les niveaux) représente un grand défi, qui a été qualifié de risque de « *corporatisation* ». Pour l'éviter, les autorités publiques doivent trouver des moyens institutionnels et réglementaires de contrebalancer le pouvoir des entreprises, afin de protéger le bien commun.

Une combinaison d'instruments de droit dur et de droit souple est sans doute nécessaire. Des instruments publics de régulation sont en effet nécessaires, puisque l'existence d'un droit « global » dépend des actions de régulation des États-nations. Le défi consiste pour les États-nations à retrouver leur part de souveraineté en matière économique et sociale, tout en faisant

appel aux forces politiques et syndicales pour faire face aux problèmes mondiaux. Les gouvernements doivent devenir globalement responsables de la prise de conscience de la dimension supra-étatique des problèmes liés à l'avenir du travail, à l'ère de la mondialisation. L'implication des gouvernements nationaux dans les questions sociales au niveau mondial semble nécessaire, afin de rétablir la légitimité démocratique des principes universels sur lesquels repose le droit du travail.

Soutenir les contrepoids privés

Le pouvoir privé des entreprises peut être limité par des mécanismes impliquant d'autres acteurs privés, les syndicats et les ONG, en particulier. On observe déjà un abandon de la réglementation unilatérale privée, par le biais d'instruments juridiques non contraignants (codes de responsabilité sociale), au profit d'un modèle de conventions collectives transnationales, plus contraignantes. À l'avenir, un autre modèle de relations entre les entreprises et les travailleurs pourrait émerger, au-delà de l'accord transnational classique, au sein d'une seule entreprise ou d'un seul groupe, qui serait plus équilibré et peut-être plus efficace pour réguler les chaînes d'approvisionnement mondiales. Il pourrait s'agir, par exemple, d'un modèle de né-

gociations quadripartites au niveau international impliquant (1) les marques se regroupant en associations d'employeurs, (2) les fabricants locaux, (3) le syndicat local représentant les travailleurs, (4) le syndicat international. Ces parties pourraient élaborer la structure de leurs négociations, en plus des conditions de travail elles-mêmes. Un pas en avant, pour le droit international du travail, consisterait à généraliser (ou du moins à utiliser fréquemment) ce modèle.

Inventer de nouveaux outils réglementaires

Les nouveaux instruments peuvent être considérés comme le résultat d'un processus de « destruction créatrice » : à mesure que l'efficacité et la protection du droit du travail national et international classique diminuent, de nouveaux instruments apparaissent pour tenter de compenser ce phénomène. Ces instruments peuvent être considérés comme « l'embryon d'un nouveau droit du travail transnational », afin, notamment, de réglementer les chaînes de valeur mondiales.

Ils peuvent être caractérisés par trois éléments principaux :

- (1) la multiplicité des niveaux de réglementation et l'hybridation des sources, donnant lieu à un « modèle de gouvernance polycentrique » ;
- (2) l'extraterritorialité ou la transnationalité ;
- (3) la transversalité (protection offerte par une seule loi), conduisant à un nouveau cadre juridique.

La transversalité fait référence à la protection offerte par un sujet autre que l'employeur, tel que la société mère ou le donneur d'ordre, ou la plateforme numérique, étant donné sa position de contrôle dans le processus de production global et sa capacité d'influence.

Il s'agit d'un nouveau modèle de régulation du travail dans l'économie mondiale, composé d'éléments qui lui permettent de donner lieu à un effet régulateur qui ne peut être atteint par chacune de ses composantes séparément. Les défis, pour atteindre ce nouveau modèle, sont les suivants :

- Les chaînes de production mondiales doivent devenir un espace ou une sphère de régulation (la chaîne de production mondiale comme catégorie juridique) ;

- Les droits de l'homme au travail doivent être considérés comme un bien protégé, le domaine de protection se situant à l'intersection du droit international du travail, des droits de l'homme et du droit de l'environnement (bien au-delà des droits couverts par la déclaration de l'OIT de 1998) ;
- La diligence raisonnable doit être conçue comme un méta-principe régissant les actions des entreprises dans les chaînes de production.

Pour que ce modèle de réglementation qui émerge soit consolidé, des interventions publiques sont nécessaires. En particulier, il semble nécessaire de renforcer la participation individuelle et collective des travailleurs afin que leurs intérêts soient pris en compte dans la conception des instruments et que ceux-ci puissent atteindre tous les secteurs des chaînes de production. En outre, sur le fond, le développement économique durable doit devenir une composante nécessaire des politiques de diligence raisonnable des entreprises en matière de droits de l'homme.

Faciliter la résolution des conflits pour les travailleurs

La résolution des litiges par le biais des tribunaux n'est pas facilement accessible aux travailleurs, dans des contextes internationaux. D'autres mécanismes existent et doivent être renforcés, conformément à la tendance à la création de mécanismes spécifiques de résolution des conflits impliquant des entreprises multinationales. Il faudrait développer davantage la médiation et la conciliation, notamment lorsqu'elles sont mises en place par les acteurs eux-mêmes, et non par les seules entreprises, afin de disposer de moyens plus efficaces pour résoudre les conflits du travail.

Une autre idée intéressante consisterait à créer des fonds de financement des litiges, afin de fournir des ressources, notamment pour les litiges stratégiques.

3.

les questions

Cette section, nettement plus courte, abordera deux types de questions, celles qui ont été soulevées dans la section relative aux défis (1), et celles, de nature plus générale et transversale, liées aux tendances politiques mondiales (2).

1. Les questions que soulèvent les défis que rencontre le droit du travail international

Lien entre le commerce international et le travail

A l'évidence, l'un des enjeux majeurs du droit international du travail pour l'avenir est la relation entre commerce et travail. Les questions soulevées semblent être de deux ordres, qui sont les deux faces d'une même médaille :

Doit-il y avoir des restrictions au libre-échange et à la libre circulation, afin d'assurer la protection des travailleurs ; doit-on limiter la protection des travailleurs pour favoriser le libre-échange et la libre circulation ?

La première série de questions soulève le problème de la limitation du commerce en cas de violation des droits fondamentaux, par exemple, l'interdiction d'importation fondée sur le fait que le bien a été produit par le travail forcé. Serait-il possible d'aller plus loin, soit en élargissant le nombre de droits fondamentaux, soit en renforçant les moyens de garantir l'application des lois nationales sur le travail ? La même question se pose pour la

liberté de circulation des travailleurs : le détachement de travailleurs (ou d'autres formes d'affectation de la main-d'œuvre) au-delà des frontières doit-il être réglementé (éventuellement interdit dans certains secteurs) ? Comment une telle évolution pourrait-elle être conciliée avec le libre-échange des services ?

La deuxième série de questions soulève le problème symétrique de la limitation des droits des travailleurs en raison des nécessités du libre-échange et/ou de la libre circulation. L'Union européenne est un exemple frappant de cet éternel débat entre efficacité du marché et protection des travailleurs. La priorité donnée à la liberté de circulation peut conduire à un déclin significatif des droits des travailleurs : cela justifie-t-il des restrictions ?

Plus généralement, les relations entre le commerce mondial et le travail doivent probablement être repensées à la lumière des nouvelles exigences de développement durable et de responsabilité sociale. Comment les chapitres sur le développement durable dans les accords commerciaux peuvent-ils être mis en œuvre efficacement ? Quel devrait être le rôle des syndicats, des ONG, des mécanismes de résolution des conflits, des sanctions, etc. Comment les clauses sociales des accords commerciaux bilatéraux pourraient-elles se diffuser dans le droit commercial international ?

Rôles respectifs des parties prenantes du droit international du travail

L'OIT est bien sûr le principal acteur du droit international du travail. Elle a cependant été très largement critiquée car de nombreuses conventions internationales ne sont pas ratifiées ou ne sont pas respectées. Comment renforcer l'OIT ? Le rôle du droit international du travail (notamment des conventions de l'OIT) doit-il évoluer pour être plus en phase avec la réalité du monde du travail contemporain ? Que faire face au risque d'obsolescence progressive, de faible ratification, de faible capacité d'application directe, de portée limitée (focalisation sur les relations salariales) des conventions de l'OIT ? Comment l'OIT peut-elle s'attaquer à la marginalisation de fait de l'emploi non-salarié ? Les normes de l'OIT peuvent-elles contribuer à résoudre certains des problèmes contemporains les plus urgents, tels que, par exemple, le statut et les conditions de travail des travailleurs des plateformes et, plus généralement, le statut des travailleurs informels ?

La voie à suivre se trouve-t-elle dans la possibilité de promouvoir l'interaction des conventions de l'OIT avec d'autres sources et instruments réglementaires en cours d'élaboration dans le domaine de la protection des droits de l'homme et de la promotion d'activités commerciales plus conformes au respect de

ces droits au niveau mondial (Cf. le projet de traité international sur les droits de l'homme et le commerce international, ou les lois ou projets de normes sur la diligence raisonnable, les ATE, etc.) ? La corégulation et l'internormativité peuvent-elles servir à une meilleure efficacité des normes internationales ?

L'OIT pourrait-elle être renforcée par une « conditionnalité sociale » des aides (aux entreprises et aux États), un système qui conditionnerait ces aides au respect des droits de l'homme et des normes du travail ?

Ces questions, parmi d'autres, sont aujourd'hui au centre de toute réflexion globale sur l'avenir du droit international du travail.

Les États et autres entités publiques sont mis au défi par l'importance croissante des acteurs privés. Quel type de pouvoirs les États peuvent-ils utiliser pour promouvoir les droits sociaux au niveau international ? Comment les États peuvent-ils contribuer à la « dé-corporatisation » du droit ?

Comment les marchés publics, en particulier, pourraient-ils être plus efficaces pour atteindre cet objectif ? Comment promouvoir une législation sur les marchés publics, conformément aux dispositions de l'Accord sur les marchés publics et de la Loi type de la CNUDCI sur les marchés publics, ainsi que de la Convention 94 de l'OIT sur les clauses de travail (marchés publics), qui

prévoit l'adoption de clauses sociales dans les contrats de marchés publics afin d'éviter que les normes sociales ne constituent un élément de concurrence à la baisse ? Comment ces mêmes mécanismes pourraient-ils être promus par les organisations internationales opérant dans le domaine des marchés publics, comme la Banque mondiale, les institutions financières internationales, la Société financière internationale, les banques régionales de développement, l'Union européenne et d'autres organisations régionales (COMESA, UEMOA, APEC, Mercosur), ou les ONG... ? En d'autres termes, l'inclusion du respect des normes sociales de l'OIT dans l'évaluation des risques pays doit-elle être prévue, afin d'éviter que l'argent public - comme le financement de projets d'internationalisation des entreprises - ne serve en réalité à financer le dumping social ?

Les États et les acteurs publics, par leurs capacités de régulation, ont encore une fonction décisive, afin d'intégrer le droit international, les normes de *soft law* et les normes privées dans la législation nationale. A cet égard, la relation entre le droit international souple et le droit national devrait probablement être étudiée plus avant.

En ce qui concerne *les organisations internationales* autres que l'OIT, la question est de savoir si elles pourraient participer à

l'élaboration du droit international du travail. En particulier, peut-on envisager une réforme de l'OMC, qui conduirait notamment à inclure des instances non commerciales dans la gouvernance du commerce mondial, afin que les préoccupations sociales soient intégrées dans les décisions des panels et de l'organe d'appel ? Plus généralement, quel pourrait être le rôle des institutions financières internationales dans la promotion et la mise en œuvre des normes internationales du travail, notamment la liberté d'association et la négociation collective ? Là aussi, la conditionnalité sociale du soutien financier aux États pourrait-elle inclure le respect des droits du travail, en tenant compte des multiples problèmes d'une telle conditionnalité (non seulement, mais notamment, en termes de respect de la démocratie) ?

Quelle pourrait être l'utilité de l'introduction de clauses de conditionnalité « essentielles » visant à respecter les droits sociaux dans les traités internationaux sur l'investissement, l'aide au développement, la coopération économique, ainsi que de la promotion d'un rôle accru des clauses de conditionnalité dans l'activité du FMI, de la Banque mondiale et des banques régionales de développement ? Quels seraient les critères de conditionnalité et les problèmes ultérieurs liés à leur utilisation ?

Les acteurs privés ont joué un rôle déterminant dans le développement du droit international du travail. Cela soulève cependant de nombreuses questions afin de déterminer comment ces acteurs pourraient servir la justice sociale mondiale.

Les acteurs privés sont à la fois source de normes sociales internationales et acteurs de leur mise en œuvre. En tant que source, la question est de savoir comment des normes purement privées peuvent être articulées avec les systèmes juridiques nationaux (qui sont toujours la source première du droit du travail) ? Les normes de droit international privé devraient probablement être repensées, afin de remettre en question le facteur de rattachement traditionnel du *locus labori* et d'englober les normes privées.

En ce qui concerne la mise en œuvre du droit, comment réaliser un « contrôle indépendant de la réglementation privée transnationale des normes du travail » ? L'application privée du droit du travail devrait-elle augmenter, notamment en développant l'inspection privée du travail, sans ignorer les risques de régression que recèlerait une telle solution ?

Dans ce contexte, le rôle des syndicats nationaux et internationaux doit-il être renouvelé ? Les syndicats nationaux ont beaucoup de difficultés à s'attaquer à ces questions internationales

et une analyse renouvelée de leur rôle serait d'une grande importance, pour garantir aux travailleurs un accès à la justice et une protection efficace de leurs droits.

2. Quelques questions transversales

Les tendances et transformations mondiales, au-delà des questions du travail, ont une très grande incidence sur le droit international du travail. Pour n'en citer que quelques-unes, nous mentionnerons une question juridique et une autre géopolitique.

Sur le plan juridique : la fin de l'autonomie du droit international du travail ?

Le droit international du travail, dans sa portée limitée actuelle, ne se développera probablement pas, dans un avenir prévisible, autant que d'autres branches du droit international. C'est regrettable et ne correspond certainement pas à la Déclaration de Philadelphie de 1944, qui visait à placer la justice sociale internationale au centre de la coopération internationale.

Cependant, l'incroyable développement du droit commercial international et, plus récemment, l'importance toujours plus grande prise par les questions de changement climatique et la responsabilité sociale des entreprises ont, comme cela a été mentionné précédemment, un impact significatif sur le droit du travail. La protection des travailleurs peut (et doit certainement) être prise en considération dans toutes les branches du droit international.

Par conséquent, une question importante pour l'avenir est de déterminer si le droit international du travail se limitera toujours aux normes internationales concernant explicitement le droit du travail, comme les conventions de l'OIT, ou s'il englobera de nombreuses obligations et de nombreux droits découlant de multiples autres branches du droit, dont certaines ne sont que vaguement liées au droit du travail au sens strict.

Cette question, évidemment, ouvre un débat fondamental sur la nature même du droit international du travail. Doit-il être une branche distincte du droit ou doit-il simplement faire partie d'un « droit social » plus complet qui inclurait le droit du travail, mais ne s'y limiterait pas ? Par exemple, les concepts de « diligence raisonnable » ou de « devoir de vigilance », sur le point de devenir des concepts centraux du droit international du

travail, sont également des concepts plus généraux du droit international, et du droit commercial international en particulier. Le droit du travail va-t-il se fondre dans une nouvelle branche du droit international que l'on pourrait qualifier de « droit du développement durable » ?

Ce débat est déjà suggéré en langue française, par la distinction entre « Responsabilité *sociale* des entreprises » et « Responsabilité *sociétale* des entreprises ». Parfois, la deuxième version est préférée, précisément pour souligner le fait que le terme « sociétal » a un sens plus large que le terme « social », qui est généralement, du moins dans la littérature juridique française, limité au droit du travail et de la sécurité sociale.

On pourrait donc affirmer qu'il est nécessaire de redéfinir la nature même du droit international du travail et de l'intégrer dans une branche du droit plus vaste. Bien sûr, on peut craindre que les spécificités du droit du travail ne se perdent, et il est assez difficile de savoir si une telle évolution serait un gain ou une perte en matière de justice sociale mondiale.

Tendances géopolitiques : vers une « démondialisation » ?

La guerre en Ukraine et les nombreuses tensions entre la Russie et d'autres pays ont entraîné une grande perturbation du commerce international, notamment, mais pas uniquement, dans le secteur de l'énergie. Dans le même temps, les tensions accrues entre la Chine et les États-Unis ont donné lieu à de graves litiges commerciaux et à une limitation des exportations. Cette évolution doit également être lue en parallèle avec la montée du nationalisme et de l'esprit de clocher, notamment dans les pays du nord, ce qui va à l'encontre du commerce international et de la coopération internationale.

Parallèlement, cette année a vu l'entrée en vigueur de la dernière et désormais plus grande des zones de libre-échange régionales du monde : le Partenariat économique global régional (RCEP) asiatique, le 1er janvier 2022.

Ces tensions pourraient être le début d'un mouvement déjà nommé par certains « démondialisation », par lequel le commerce international serait beaucoup plus restreint, et plus limité à des zones géographiques étroitement intégrées.

Il est bien sûr impossible de prédire ce que sera l'avenir. Toutefois, ces tendances, si elles devaient s'accroître, pourraient

avoir des conséquences importantes sur le développement du droit international du travail. L'incidence sur le commerce pourrait conduire à une plus grande réticence à introduire la protection des travailleurs dans le commerce international, voire dans toute forme de droit international, qu'il soit public ou privé.

De telles évolutions pourraient entraîner une divergence toujours plus grande des législations sociales des différents États du monde.

Cela reste à confirmer, mais impliquerait probablement un certain recul de la protection des travailleurs sur la scène internationale. Plus que jamais, il semble nécessaire de rappeler les termes de la Déclaration de Philadelphie :

« une paix durable ne peut être établie que si elle est fondée sur la justice sociale ».



annexe 01

les personnes auditionnées

- Christopher Albertyn (Albertyn Arbitration, Canada)
- Edoardo Ales (University of Parthenope, Italie)
- Catherine Barnard (University of Cambridge, UK)
- Adelle Blackett (McGill University, Canada)
- Cesar Carballo Mena (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela)
- Laura Carballo Piñeiro (University of Vigo, Espagne)
- Patrick Chaumette (Université de Nantes, France)
- Anne-Marie Cudennec (CFE-CGC, France)
- Darcy du Toit (University of Western Cape, Afrique du Sud).
- Rachid Filali (Université Mohamed V, Maroc)
- Richard Fincher (Arizona State University, USA)
- Judy Fudge (McMaster University, Canada)
- Sergio Gamonal (Universidad Adolfo Ibáñez, Chili)
- Victor Garrido Sotomayor (CCOO/IndsutriALL Global)
- Aukje van Hoek (Universiteit van Amsterdam, Pays-Bas)
- Ernesto Klengel (Hugo-Sinzheimer-Institut, Allemagne)
- Ulla Liukkunen (University of Helsinki, Finlande)
- Tonia Novitz (University of Bristol, Grande-Bretagne)
- Marius Olivier (University of Johannesburg, Afrique du Sud)
- Victor Narro (UCLA, Etats-Unis)
- Ann Numhauser-Henning (University of Lund, Suède)
- Jeseong Park (Korean Labour Institute, Corée)
- Adalberto Perulli (Ca' Foscari University, Italie)
- Nghia Pham (Ministry of labour, Vietnam)
- Philippe Pochet (ETUI – CES, Europe)
- Mia Ronnmar (University of Lund, Suède)
- Supriha Routh (West Bengal National University of Juridical Sciences, Inde et Institut d'Etudes Avancées, France)
- Wilfredo Sanguineti (Universidad de Salamanca, Espagne)
- Kamala Sankaran (University of Delhi, Inde)
- Monika Schlachter (University of Trier, Allemagne)
- Isabelle Schömann (ETUI – CES, Europe)
- Achim Seifert (Universität Jena, Allemagne)

- Adrián Todolí Signes (Universidad de Valencia, Espagne)
- Corinne Vargha (ILO)
- Jeffrey Vogt (AFL-CIO, USA)
- Johanna Wenckebach (Hugo-Sinzheimer-Institut, Allemagne)
- Arnold Zack (Harvard, États-Unis)
- William Bourdon (Sherpa, France)
- Lance Compa (Cornell University, USA)
- Oumarou Sidibé Ousmane (Université de Bamako, Mali)

DANS LA MÊME COLLECTION

Alimentation / Agriculture

Anthropocène

Lutte contre la corruption

Crimes de masse et impunité

Démocratie et état de droit

Droits de la personne humaine

Énergie

Entreprises et droits de la personne humaine

Espace extra-atmosphérique

État civil

Finance internationale

Fiscalité

Gouvernance mondiale

Investissements internationaux

Migration

Défis du numérique pour le droit international

L'océan

Les ODD au-delà de 2030

Patrimoine culturel

Propriété intellectuelle

Règlement des différends

Santé

Travail

Villes en droit international

www.ilaparis2023.org

Consultation publique du 1^{er} septembre au 31 décembre 2022.

adi.ila2023.labour@gmail.com

