

# Les relations entre droit international et droit européen du travail et leur incidence sur le développement du droit social international et européen

Sophie ROBIN-OLIVIER\*

---

**Résumé.** *Des observations sur la manière dont le droit de l'Union européenne fait place aux instruments destinés à assurer la protection des travailleurs élaborés à l'échelle internationale ou à l'action des organisations internationales pour la protection des droits sociaux, cette contribution tire une typologie destinée à mettre au jour les liens, souvent ténus mais d'une grande diversité, qui rattachent le droit européen au «droit international du travail», au sens large.*

**Mots clés:** *Union européenne, normes de l'OIT, droits sociaux, droit du travail international, politique sociale de l'Union européenne.*

---

## 1. Introduction

Dans la jurisprudence et la législation sociales de l'Union européenne (UE), le droit international du travail n'occupe, en apparence, qu'une place réduite. Si l'on se fonde sur les seules références qui figurent dans les textes ou dans les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la Cour de justice, la Cour ou CJUE), l'influence du droit international du travail sur le développement du droit de l'Union est même restée si discrète qu'on pense d'abord, à s'en tenir à ce matériau de base de l'analyse juridique, que les relations entre le droit de l'Union et le droit international du travail sont restées très distantes. Pourtant, outre l'intérêt que présente la question des causes de cette apparente distance, les premières impressions sont trompeuses. Elles masquent les détails d'une relation qui prend des formes nuancées, et qui a, assurément, une histoire et un avenir, non seulement en raison de la contribution du droit international

---

\* École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne; Sophie.Robin-Olivier@univ-paris1.fr.

Les articles paraissant dans la *Revue internationale du Travail* n'engagent que leurs auteurs, et leur publication ne signifie pas que le BIT souscrit aux opinions qui y sont exprimées.

du travail au développement du droit de l'Union mais aussi, car la réciproque existe, du droit de l'Union au droit international du travail.

Pour s'en convaincre, il faut, il est vrai, regarder de près. L'effet grossissant de l'actualité le permet. Dans la période récente, les rapports entre droit international et droit européen du travail se sont en effet illustrés de multiples manières: au sujet de la compatibilité des conventions de l'OIT avec le droit de l'Union<sup>1</sup>; sur la question de la violation des «valeurs sociales» de l'Union<sup>2</sup>; dans le bilan de l'«acquis social» de l'Union européenne destiné à préparer la relance de la politique sociale par le «socle européen des droits sociaux»<sup>3</sup>; à travers les références au droit international du travail dans les nouveaux accords commerciaux conclus avec des États tiers à l'Union européenne ainsi que dans les lignes directrices de la Commission européenne (ci-après «la Commission») concernant la mise en œuvre de l'obligation de publication d'informations non financières<sup>4</sup>. Même dans la jurisprudence de la Cour de justice, pourtant traditionnellement avare de références au droit international du travail, quelques arrêts récents lui ont fait une place<sup>5</sup>. Les relations entre droit de l'Union et droit international, qui ressortent de ces quelques illustrations, relèvent d'une construction du droit du travail au-delà des frontières nationales, dans une dimension transnationale, qui n'implique toutefois pas nécessairement une progression des droits sociaux.

La démarche suivie dans cet article repose principalement sur l'analyse des sources du droit de l'Union, textes et jurisprudence, qui font une place aux instruments destinés à assurer la protection des travailleurs élaborés à l'échelle internationale ou à l'action des organisations internationales pour la protection des droits sociaux, ce qui inclut, en premier lieu, le droit élaboré par l'OIT, mais ne s'y limite pas. Elle entend montrer l'apport du droit international, au sens large, au droit de l'Union, ainsi que les limites de celui-ci. La contribution du droit régional que constitue le droit de l'Union au développement du droit international du travail n'est pas absente, pour peu que l'on admette que la vie du droit international dépend, aussi, de sa mise en œuvre par le droit européen. Il faut toutefois souligner d'emblée que nos analyses, et la typologie qui en découle, ne résultent pas d'un examen de la manière dont le droit international a pu s'inspirer ou s'appuyer sur les développements du droit du travail de l'Union, ou, à l'inverse, être entravé par les résistances de l'Union européenne. Le point de vue, situé, est celui d'un observateur du droit de l'Union européenne.

---

<sup>1</sup> L'éventuelle incompatibilité du régime européen du détachement des travailleurs avec la convention (n° 97) sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, est revenue sur le devant de la scène, à l'approche des élections du Parlement européen. Pour de plus amples précisions, voir *infra*, titre 3.

<sup>2</sup> Lorsque la violation des valeurs de l'Union par certains États membres a conduit le Parlement européen à se pencher sur la protection des droits sociaux dans ces États, les appréciations de comités et de rapporteurs de l'ONU, ainsi que celles du Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe, ont fait autorité. Sur ce sujet, voir les développements *infra*, au titre 5.

<sup>3</sup> La Commission européenne n'a pas manqué de faire une place, à part, aux sources internationales de l'«acquis».

<sup>4</sup> Voir titre 4.

<sup>5</sup> Sur ce point, voir *infra*, titre 3.2.

Pour permettre de mieux penser ces relations, il paraît important, tout d'abord, de souligner les liens entre le droit international et le droit européen qui portent sur la substance du droit du travail: phénomène d'emprunt, inspiration prise par le droit de l'Union au droit international. Cette démarche comparative est désormais classique mais elle n'a pas perdu de son intérêt, car l'échange entre les droits demeure fertile, et même vital, peut-on penser, pour le droit «transnational». Ce lien substantiel peut toutefois s'avérer très tendu, au point de rompre, car les normes développées dans des enceintes différentes n'ont pas les mêmes finalités et peuvent s'avérer incompatibles, lorsqu'il s'agit de les mettre en œuvre. Même si la promotion de la justice sociale fait partie des objectifs de l'UE<sup>6</sup>, celle-ci se préoccupe aussi, notamment, de garantir le fonctionnement de son marché intérieur et l'établissement d'une union économique et monétaire (UEM)<sup>7</sup>: les politiques développées sur le fondement de ces différentes finalités entravent le développement des instruments de la politique sociale de l'Union, tout autant que la réception des instruments du droit international du travail. La hiérarchie instituée par la Déclaration de Philadelphie de l'OIT, qui subordonne «tous les programmes d'action et mesures prises sur le plan national et international, notamment dans le domaine économique et financier» au respect des objectifs de protection des travailleurs<sup>8</sup>, n'est pas toujours à l'œuvre, tant s'en faut, dans l'Union européenne (Bogg, 2014, pp. 41 et suiv.; Dukes, 2017, pp. 551 et suiv.): dépendante (pour des questions de compétence) ou instrumentalisée (pour la poursuite de l'UEM), la politique sociale, dont le domaine s'est pourtant considérablement accru, depuis le Traité de Rome (1957), apparaît le plus souvent incapable d'infléchir le droit de l'Union et de ses États membres dans le sens de la protection des travailleurs (Robin-Olivier, 2019a, pp. 443 et suiv.).

Les rapports entre le droit de l'Union et le droit international du travail prennent une tonalité différente lorsque c'est la régulation sociale de la mondialisation de l'économie qui est en cause: dans ce contexte, la référence au droit international ou aux organisations internationales, dans les accords commerciaux ou dans les textes visant à assurer la responsabilité sociale des entreprises, permet de «prendre en compte» la protection des droits des travailleurs dans le développement des activités et échanges internationaux auxquels l'Union et ses entreprises participent.

Il reste une dernière dimension de la relation entre le droit européen et le droit international du travail, qui s'est manifestée récemment dans le contexte de la protection des droits sociaux et de l'État de droit, menacés, dans certains pays de l'Union, par les crises, économique et démocratique. Certes, dans les mesures prises pour faire face à la crise économique qui a secoué la dernière décennie, à partir de 2008, le droit international n'a trouvé que très tardivement

---

<sup>6</sup> Voir notamment les articles 2 et 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE) et les articles 9 et 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

<sup>7</sup> Dans l'article 3 du TUE, qui définit les objectifs de l'Union, les paragraphes 2, 3 et 4 mentionnent, dans cet ordre: l'espace de liberté, de sécurité et de justice, le marché intérieur et l'union économique et monétaire.

<sup>8</sup> Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du Travail (Déclaration de Philadelphie), adoptée le 10 mai 1944 et annexée à la Constitution de l'OIT en 1946, partie II c).

une place, après avoir été gravement méconnu. Mais on a aussi pu noter, dans les circonstances inédites pour l'Union européenne, dans lesquelles s'est posée la question du respect de l'État de droit (en Pologne et en Hongrie, notamment), que l'appréciation de la violation des droits sociaux s'est faite à l'aune d'instruments internationaux. Cette fonction de médiation du droit international du travail, si discrète soit-elle encore, mérite attention, alors que la crise sanitaire résultant de l'épidémie de COVID-19 menace à nouveau les économies des États et les principes de l'État de droit.

De l'examen des relations entre le droit du travail international et le droit de l'Union, il nous paraît possible de dégager une typologie, qui forme l'ossature de la contribution qui suit. Quatre rationalités se distinguent, qui ne sont pas étanches, exclusives l'une de l'autre, mais ont vocation à donner une idée de la richesse et des nuances des rapports entre le droit social européen et le droit international du travail: selon la logique «de l'inspiration», le droit international du travail sert de référence substantielle (titre 2). Selon la logique «de l'autonomie», le droit international du travail apparaît comme un facteur de perturbation du droit de l'Union (titre 3). Dans la logique «de l'imbrication», le droit de l'Union européenne se construit à partir d'instruments produits par des organisations internationales, qu'il intègre, sans les dissoudre, à ses propres normes (titre 4). Enfin, plus marginalement, le recours au droit international, à l'occasion des crises qui mettent en cause le respect des droits sociaux et des valeurs sociales de l'Union, dans ses États membres, relève de ce que nous appelons la logique «de la médiation» (titre 5).

## 2. La logique de l'inspiration: le droit international du travail comme substance du droit de l'Union

Le droit du travail de l'Union, à l'origine, est indigent. Sans être absente du traité de Rome, la politique sociale, au service du marché commun, occupe un espace initialement très réduit. Pour se construire, cet espace à faible densité normative ne s'est pas privé des ressources externes, dont le droit international fait partie. Mais il n'a fait qu'un usage très modeste du droit international et du droit issu des conventions conclues sous l'égide du Conseil de l'Europe (Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l'homme): l'influence de ces sources internationales sur le droit social de l'Union, bien qu'indiscutable selon certains (Casale, 2013, p. 81), n'occupe pas une très grande place, du moins en apparence. La référence aux sources internationales est rare dans les traités, la législation ou la jurisprudence de l'Union, tout particulièrement en ce qui concerne les conventions de l'OIT. Plutôt que le droit international, le droit social de l'Union a pour matière première les droits de ses États membres, qu'il a pour mission de rapprocher.

La rareté des références au droit international (titre 2.1) n'autorise toutefois pas à ignorer leur contribution à l'émergence de droits sociaux fondamentaux, protégés par le droit de l'Union (titre 2.2). L'influence du droit international dépend aussi des rapports institutionnels que le droit de l'Union entretient avec le droit international: plus l'Union est impliquée dans l'élaboration et la conclusion des conventions internationales, plus leur influence se fait sentir (titre 2.3).

## 2.1. La rareté des références au droit international du travail

Ce n'est qu'exceptionnellement que la législation sociale de l'Union renvoie expressément au droit international du travail. Le principal exemple concerne l'aménagement du temps de travail: la directive 2003/88<sup>9</sup> qui y est consacrée se réfère explicitement à la convention de l'OIT (n° 132) sur les congés payés (révisée), 1970, indiquant, dans son préambule<sup>10</sup>, qu'«il convient de tenir compte des principes de l'Organisation internationale du travail en matière d'aménagement du temps de travail». Forte de ce rattachement explicite à la convention n° 132, la Cour de justice a, dans ce domaine, mobilisé fréquemment la convention pour interpréter la directive 2003/88. Elle a notamment interprété le préambule comme imposant la prise en considération «de la finalité» des dispositions de la convention n° 132, en ce qui concerne le droit au congé payé annuel. Nulle obligation ne lui incombe de reprendre les dispositions précises de la convention et d'en imposer le respect aux États membres<sup>11</sup>, mais la Cour se charge d'assurer la convergence des instruments internationaux et du droit de l'Union.

En contrepoint, la jurisprudence de la Cour de justice garantit que le droit de l'Union est conforme au droit de l'OIT et n'impose pas aux États d'obligations qui contrediraient leurs engagements internationaux. En particulier, l'article 5, paragraphe 4, de la convention selon lequel «[...] les absences du travail pour des motifs indépendants de la volonté de la personne employée intéressée, telles que les absences dues à une maladie, [...] seront comptées dans la période de service»<sup>12</sup> a permis de juger que le droit au congé annuel payé conféré par la directive 2003/88 à tous les travailleurs ne peut pas être subordonné à l'obligation d'avoir effectivement travaillé pendant une période de référence<sup>13</sup>. La convention n° 132 a également servi de référence<sup>14</sup> au sujet de la rémunération du congé annuel, conformément à l'article 7 paragraphe 1 du texte selon lequel toute personne doit bénéficier pendant son congé d'une rémunération correspondant «au moins [à] sa rémunération *normale* ou moyenne»<sup>15</sup>. Cette convention est aussi évoquée dans la décision qui a admis que les législations nationales pouvaient limiter le cumul des droits à congé payé d'un travailleur en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutives

<sup>9</sup> Directive 2003/88/CE du Parlement et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JO L 299 du 18 novembre 2003, p. 9.

<sup>10</sup> *Ibid.*, sixième considérant du préambule.

<sup>11</sup> Selon l'avocat général M<sup>me</sup> Verica Trstenjak, qui s'est interrogée sur cette formulation, «tenir compte» indique qu'une «certaine marge d'appréciation» existe; quant au terme de «principes», il montre que le droit de l'OIT n'implique aucune obligation précise et que les normes internationales considérées ne s'imposent que partiellement, en fonction des possibilités pratiques et juridiques (par. 84 des conclusions de l'avocat général M<sup>me</sup> Verica Trstenjak présentées le 7 juillet 2011, affaire *KHS*, C-214/10).

<sup>12</sup> Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), arrêt du 20 janvier 2009, affaire *Schultz-Hoff*, C-350/06, par. 38.

<sup>13</sup> *Ibid.*, par. 41.

<sup>14</sup> L'avocat général M<sup>me</sup> Verica Trstenjak y fait notamment référence dans les conclusions qu'elle a présentées le 24 janvier 2008 dans l'affaire *Schultz-Hoff*, C-350/06, auxquelles la Cour de justice se réfère.

<sup>15</sup> CJUE, arrêt du 15 septembre 2011, affaire *Williams*, C-155/10, par. 21.

à une période de report de quinze mois<sup>16</sup>. Sans s'en tenir à sa lettre, cette solution a expressément pris en compte l'article 9 de la convention, selon lequel le report du congé annuel payé ne doit pas dépasser une période de dix-huit mois au plus à compter de la fin de l'année ouvrant droit au congé.

Mis à part cet exemple du droit aux congés payés, les références aux conventions de l'OIT demeurent toutefois peu présentes dans la jurisprudence de la Cour de justice. Le nombre d'affaires dans lesquelles des conventions de l'OIT sont citées est resté faible<sup>17</sup> même si certaines décisions anciennes et importantes ont fait appel à l'autorité du droit international<sup>18</sup>. Il est vrai que la Cour n'a pas de compétence pour apprécier la conformité des droits nationaux au droit international du travail<sup>19</sup>. Rien ne l'empêcherait pourtant de tenir compte du droit international pour interpréter le droit de l'Union ou combler ses lacunes<sup>20</sup>. Le fait que certains États membres n'ont pas accepté de se plier aux normes minimales fixées à l'échelle internationale, y compris dans des domaines couverts par le droit de l'Union (Casale, 2013, p. 81), peut expliquer le peu de place que la Cour accorde aux conventions de l'OIT, dans ses décisions. Faute de consensus, la légitimité des références aux conventions de l'OIT n'est pas assurée. Il en est de même en ce qui concerne la Charte sociale européenne de 1961<sup>21</sup>. Bien que ce texte ait servi de matériau pour l'élaboration de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 (laquelle a permis l'adoption de pans importants de la législation sociale européenne), elle se heurte à la variation des engagements des États: tous n'ont pas ratifié la Charte sociale révisée, ni accepté les mêmes dispositions de celle-ci ou la procédure de réclamations collective.

Il est toutefois arrivé que le droit de l'Union s'inspire de «l'esprit de Philadelphie» (Supiot, 2010). La directive 89/391<sup>22</sup> concernant l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs indique, dans son préambule, que «l'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des travailleurs au travail représente un objectif qui ne saurait être subordonné à des considérations de caractère purement économique», ce qui fait manifestement écho à la Déclaration de Philadelphie<sup>23</sup>. Il en est de même de l'exigence d'adaptation du travail à l'homme, inscrite dans le texte de la directive<sup>24</sup>.

<sup>16</sup> CJUE, arrêt du 22 novembre 2011, affaire *KHS*, C-214/10.

<sup>17</sup> Au total, à ce jour, une vingtaine de décisions de la Cour citent des conventions de l'OIT.

<sup>18</sup> Voir par exemple CJUE, arrêt du 15 juin 1978, affaire *Defrenne*, 149/77.

<sup>19</sup> Voir CJCE, arrêt du 27 novembre 1973, affaire *Vandeweghe*, 130-73, et ordonnance du 10 mai 2012, affaire *Corpul Național al Poliștilor*, C134/12.

<sup>20</sup> La convention (n° 158) sur le licenciement, 1982, par exemple, a été plusieurs fois invoquée devant la Cour de justice de l'Union, qui s'est refusée à lui faire produire effet, y compris pour interpréter le droit de l'Union. Pour une illustration, voir CJUE, arrêt du 5 février 2015, affaire *Poclava*, C-117/14.

<sup>21</sup> Voir cependant, pour une décision importante s'y référant: CJUE, arrêt du 2 février 1988, affaire *Blaizot*, 24/86.

<sup>22</sup> Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JO L 183 du 29 juin 1989, p. 1.

<sup>23</sup> Citée note 8. La Déclaration subordonne les programmes d'action et les mesures, dans le domaine économique et financier notamment, à la condition de favoriser et non d'entraver la réalisation de la justice sociale.

<sup>24</sup> Article 6 (2) d).

## 2.2. Le rôle du droit international du travail dans l'identification des droits sociaux fondamentaux

Rarement cité dans la jurisprudence de la Cour de justice, le droit international du travail contribue pourtant à l'une des évolutions importantes du droit social de l'Union: la reconnaissance de droits sociaux fondamentaux. Il ne s'agit pas ici de revenir sur la faiblesse juridique de ces droits, confrontés aux libertés économiques, qui a été abondamment discutée, après les arrêts de la Cour de justice dans les affaires *Viking* et *Laval*<sup>25</sup> (Barnard, 2012, p. 189; Weatherill, 2014, pp. 36 et suiv.; Bogg, 2014, pp. 50 et suiv.): la domination des libertés économiques, révélée par la jurisprudence de la Cour, a montré qu'il existe une dissociation entre l'identification des droits sociaux fondamentaux et leur capacité à bloquer ou, du moins, à limiter la liberté d'entreprise (Dukes, 2017, pp. 553 et suiv.; Robin-Olivier, 2018, p. 77). Même si elle n'a que rarement été utilisée, on ne peut toutefois passer sous silence la méthode utilisée par la Cour de justice de l'Union pour consacrer des droits sociaux fondamentaux, qui fait explicitement appel au droit international du travail.

La méthode mise en œuvre consiste dans une combinaison normative. Elle a été expérimentée, pour la première fois, dans les arrêts *Viking* et *Laval*<sup>26</sup>, au sujet du droit à l'action collective. Dans ces décisions, la reconnaissance d'un droit fondamental à l'action collective était tirée de la référence à la Charte sociale européenne, à la convention (n° 87) de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>27</sup>. Ces mêmes instruments juridiques ont également servi de référence dans un arrêt rendu quelques années plus tard, qui a reconnu le caractère fondamental du droit à la négociation collective<sup>28</sup>. Quelles qu'en aient été les conséquences, dans les affaires soumises aux juges européens, la citation de sources internationales montrait l'ouverture de la Cour de justice, son acceptation d'autres sources de protection des droits fondamentaux que le droit de l'Union (Davies, 2008, p. 126).

Cette méthode d'identification des droits sociaux fondamentaux, intéressante et nouvelle sur la forme mais sans efficacité substantielle, a été récemment réactivée, dans un tout autre domaine, pour consacrer un droit fondamental aux congés payés<sup>29</sup>. Pour justifier la qualification de droit fondamental, la Cour de justice a indiqué que le droit au congé annuel payé trouve sa source tant dans des instruments élaborés par les États membres au niveau de l'Union, telle la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, que

<sup>25</sup> CJUE, arrêt du 11 décembre 2007, affaire *Viking*, C-438/05, et arrêt du 18 décembre 2007, affaire *Laval*, C341/05.

<sup>26</sup> Se référant à la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948: CJUE, arrêts rendus dans les affaires *Viking* et *Laval*, précités.

<sup>27</sup> Voir l'arrêt *Viking*, précité, par. 43, et l'arrêt *Laval*, précité, par. 90.

<sup>28</sup> CJUE, arrêt du 15 juillet 2010, affaire *Commission européenne c. Allemagne*, C-271/08.

<sup>29</sup> Voir CJUE, arrêts du 6 novembre 2018, affaires *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, C-684/16, et *Bauer et Willmeroth*, C569/16 et C570/16. Ces arrêts se réfèrent notamment à la convention (n° 132) sur les congés payés (révisée), 1970.

dans des instruments internationaux auxquels lesdits États membres ont copéré ou adhéré<sup>30</sup>. Parmi ces derniers figure la Charte sociale européenne, dont la Cour souligne que tous les États membres en sont parties «en tant qu'ils ont adhéré à celle-ci dans sa version d'origine, dans sa version révisée ou dans ses deux versions»<sup>31</sup>. La décision mentionne également la convention n° 132 de l'OIT sur les congés payés, qui «énonce des principes de ladite organisation dont le considérant 6 de la directive 2003/88 précise qu'il y a lieu de tenir compte»<sup>32</sup>. Selon la Cour de justice, le droit fondamental au congé annuel payé ne découle donc pas de la directive relative à l'aménagement du temps de travail mais trouve sa source dans divers instruments internationaux<sup>33</sup>. Cela permet à la Cour de juger que le droit au congé payé, bien que non transposé en droit interne, n'a pas seulement un effet direct vertical, qui permet d'invoquer ce droit contre l'État, mais peut produire des effets dans des rapports horizontaux, entre un salarié et son employeur: dans l'affaire jugée par la Cour, la reconnaissance du droit fondamental avait précisément pour objectif d'établir ce caractère impératif et l'applicabilité du droit dans les rapports privés<sup>34</sup> (Robin-Olivier, 2019b, p. 509). Du point de vue de la finalité de l'identification du droit social fondamental, les décisions sur le droit au congé payé se rapprochent moins des arrêts rendus dans les affaires *Viking* et *Laval* que d'une autre ligne jurisprudentielle dont la principale justification est de contourner l'absence d'effet direct horizontal des directives<sup>35</sup>. Le droit international du travail permet, dans ces affaires, de renforcer l'efficacité des droits, en permettant aux salariés de s'en prévaloir directement, contre leur employeur.

Ces exemples, qui demeurent rares, dans lesquels la Cour de justice fait appel au droit international du travail pour faire émerger des droits sociaux fondamentaux, constituent une méthode d'harmonisation sociale par des juges, qui opèrent le rapprochement de différents instruments. À cet égard, le phénomène est remarquable car, selon une approche plus classique, l'harmonisation du droit découle de la mise en œuvre de la norme internationale elle-même par les États qui y sont soumis, non de l'identification d'une convergence par les juges entre des normes d'origine diverses, dont la force juridique dans le système juridique dans lequel le droit à vocation à produire des effets n'est pas prise en compte (Aubert-Monpeyssen, 2013). Il ne s'agit pas, en effet, d'appliquer des conventions internationales qui ne lient pas les juges, mais simplement d'y recourir pour dégager un droit fondamental (le droit à l'action collective ou aux congés payés, par exemple) que les juges font entrer dans le droit de l'Union. La valeur juridique des conventions utilisées paraît alors de peu d'importance et l'idée d'une hiérarchie normative semble ignorée: seules comptent la substance

<sup>30</sup> CJUE, arrêt rendu dans l'affaire *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, précité, par. 70.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Voir par analogie, CJUE, arrêt du 17 avril 2018, affaire *Egenberger*, C414/16, par. 75.

<sup>34</sup> CJUE, arrêt rendu dans l'affaire *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, précité, par. 72.

<sup>35</sup> CJCE, arrêt du 22 novembre 2005, affaire *Mangold*, C-144/04.

des normes et l'identification d'un mouvement de convergence, à l'échelle internationale, que l'existence des conventions internationales, ajoutées à d'autres références allant dans le même sens, permet de faire apparaître. Il faut insister sur ce point: la question de la force juridique et la quête de convergence, dans les décisions relatives aux droits sociaux fondamentaux, ne relèvent pas d'une même conception de la source des effets des normes.

La méthode de la combinaison des références permet à la Cour de justice de donner force aux conventions de l'OIT ou à la Charte sociale européenne, alors que l'on souligne fréquemment la faiblesse de ces instruments, privés de juges spécifiquement chargés de leur mise en œuvre (Atleson et coll., 2008, p. 88). En puisant hors de leur propre système, les juges européens deviennent les juges de normes qui sont, par ailleurs, dépourvues de force. La combinaison des références figurant dans divers instruments peut ainsi atténuer le risque que le développement d'instrument de *soft law* (tels que la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi de 1998) affaiblisse le droit international du travail (Alston, 2004, p. 457). En outre, dans la mesure où elle ne tient pas compte de la force juridique des références utilisées ni de leur applicabilité à la situation en cause, cette méthode restreint les possibilités des États d'échapper au droit international du travail soit en refusant de signer ou de ratifier les conventions ou en les révoquant, soit, pour les États dualistes, en n'adoptant pas les instruments nécessaires à la mise en œuvre des conventions ratifiées. Une amplification des effets du droit social international est rendue possible.

Il y a là, peut-on penser, une forme de «densification normative» (Thibierge et coll., 2013) qui profite à la fois au droit international du travail et au droit social de l'Union, lorsqu'il s'agit de dégager, en son sein, des droits sociaux fondamentaux, qui constituent une catégorie particulière de droits (Lyon-Caen et Lokiec, 2005). Cela ne signifie toutefois pas que l'Union se désintéresse, de manière générale, de la force juridique (variable) des normes de droit international, tant s'en faut (Ruiz Fabri, 2013), ni que la ratification des conventions internationales soit sans incidence sur le développement du droit social de l'Union.

### 2.3. La force juridique des conventions internationales ratifiées par l'Union ou ses États membres

L'influence du droit international du travail sur le droit de l'Union continue de passer par les voies classiques de la mise en œuvre du droit international. Cela justifie l'implication de l'Union dans la négociation des conventions, voire dans leur ratification, lorsque cela est possible, même si les objectifs de l'Union ne sont pas uniquement l'amélioration de la protection des travailleurs, mais consistent aussi à éviter l'adoption de conventions incompatibles avec le droit de l'Union, ce qui aurait pour conséquence d'empêcher la ratification par ses États membres<sup>36</sup>.

De cette implication de l'Union, dans le développement du droit international du travail, et des conséquences que cela emporte, sur le droit de l'Union

<sup>36</sup> Sur cette question, voir titre 3.

lui-même, la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées<sup>37</sup> fournit un exemple intéressant. La convention ayant été signée conjointement par la Communauté européenne et par ses États membres et approuvée par le Conseil de l'Union européenne (ci-après «le Conseil»)<sup>38</sup>, la Cour de justice a pu juger que «les dispositions de cette convention font partie intégrante, à partir de l'entrée en vigueur de celle-ci, de l'ordre juridique de l'Union»<sup>39</sup>. Bien que la Cour de justice estime que les dispositions de la convention n'ont pas d'effet direct<sup>40</sup>, l'exigence d'interprétation conforme<sup>41</sup> a déterminé d'importantes évolutions du droit de l'Union en ce qui concerne, notamment, les notions de handicap et d'aménagement raisonnable (Boujeka, 2013, p. 1388)<sup>42</sup>. En matière de discrimination à raison du handicap, domaine du droit de l'Union en voie de développement, la jurisprudence s'est construite, sans aucune hésitation, par l'intégration des normes internationales. Ce n'est évidemment pas surprenant, dans la mesure où ces normes s'imposent à l'Union, qui est liée par la Convention relative aux droits des personnes handicapées. La situation est différente, et vouée à le demeurer, en ce qui concerne les conventions de l'OIT, car l'Union n'est pas membre de l'Organisation et ne peut donc signer les instruments adoptés.

Faute de pouvoir conclure des conventions qui la lient en tant que partie, l'Union a toutefois la possibilité, dans le cadre de sa coopération avec l'OIT, d'encourager la ratification et l'application effective de ces textes par ses États membres. Dans le cadre de la stratégie en vue de l'éradication de la traite des êtres humains, par exemple, la Commission a invité les États membres à ratifier tous les instruments, accords et obligations juridiques internationaux susceptibles d'améliorer l'efficacité, la coordination et la cohérence de la lutte contre la traite des êtres humains, et, notamment, la convention (n° 189) sur les travailleuses et travailleurs domestiques, 2011<sup>43</sup>.

Lorsque les conventions de l'OIT ont été ratifiées par l'ensemble des États (comme c'est le cas pour les huit conventions fondamentales), ou par un nombre important d'entre eux, elles sont de nature à influencer le développement du droit du travail de l'Union, ce qui, bien sûr, reste une idée assez floue. Le bilan de l'«acquis social» réalisé par la Commission européenne lors de la préparation

<sup>37</sup> Convention adoptée le 13 décembre 2006 par la résolution A/RES/61/106 de l'Assemblée générale des Nations Unies, entrée en vigueur le 3 mai 2008 et ratifiée le 26 novembre 2009 par l'Union européenne.

<sup>38</sup> Décision du Conseil du 26 novembre 2009 concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées (2010/48/CE), JO L 23 du 27 janvier 2010, p. 35.

<sup>39</sup> CJUE, arrêt du 22 mai 2014, affaire *Glatzel*, C-356/12, par. 68.

<sup>40</sup> CJUE, arrêt du 18 mars 2014, affaire *Z.*, C-363/12, par. 89 et 90, et arrêt *Glatzel*, précité, par. 69.

<sup>41</sup> Solution classique, réaffirmée par l'arrêt rendu le 11 avril 2013 dans l'affaire *HK Danmark*, C-335/11 et C-337/11, par. 29.

<sup>42</sup> Sur la notion de handicap et d'aménagements raisonnables, voir CJUE, arrêt *HK Danmark*, précité, ainsi que l'arrêt rendu le 18 décembre 2014 dans l'affaire *FOA*, C-354/13.

<sup>43</sup> *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions: la stratégie de l'UE en vue de l'éradication de la traite des êtres humains pour la période 2012-2016*, COM/2012/0286 final.

du socle européen des droits sociaux<sup>44</sup> mentionne les «droits et principes sociaux du droit international» émanant, notamment, de la Charte sociale européenne et définis par les conventions de l'OIT. Sans trop s'engager, la Commission indique que ces instruments peuvent être une «source d'inspiration» à la fois pour le législateur de l'UE et pour la Cour de justice.

En retour, la Commission a reçu le soutien de l'OIT au sujet du projet de socle européen des droits sociaux. Dans une étude publiée par le Bureau international du Travail (BIT) en 2016, le socle est décrit comme «une première tentative d'examiner un ensemble de politiques sociales et du marché du travail, d'institutions et de normes internationales du travail qui pourraient contribuer à favoriser la convergence vers le haut des politiques socio-économiques des États membres» (BIT, 2016). Le socle des droits sociaux était jugé apte à assurer les coopérations et convergences nécessaires. Dans sa troisième partie, l'étude suggérait aussi quelques domaines dans lesquels la convergence était jugée particulièrement nécessaire: salaire minimum et négociation collective, revenu minimal, conciliation du travail et de la vie familiale, promotion de l'emploi et protection en cas de chômage, développement du capital humain et des compétences (*ibid.*). Cet exemple donne une idée des voies par lesquelles l'OIT peut avoir une influence sur la politique sociale de l'Union.

En somme, la substance du droit international pénètre le droit social de l'Union par des voies qui ne sont pas toujours visibles pour les observateurs des textes et de la jurisprudence de l'Union, en dehors du domaine spécifique des droits sociaux fondamentaux. L'influence du droit international est plus grande que ce qui apparaît à première vue. Cela n'empêche pas le rapport du droit international du travail au droit de l'Union d'être aussi de nature conflictuelle: le droit international (ce n'est pas seulement vrai en matière sociale) doit composer avec «l'autonomie»<sup>45</sup> de l'ordre juridique de l'Union.

### 3. La logique de l'autonomie: le droit international du travail comme perturbation

Le droit de l'Union poursuit des objectifs propres à l'intégration régionale qu'il entend réaliser: le marché intérieur, d'abord, l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) ou l'Union économique et monétaire (UEM), plus récemment. Ces différentes politiques pèsent d'un poids très lourd dans les choix et orientations du droit de l'Union, et, si elles peuvent justifier la politique sociale (c'est le cas du marché intérieur et, depuis le socle des droits sociaux, de l'UEM), elles contribuent aussi à en déterminer les contours. Le droit du travail qui s'élabore dans l'Union apparaît donc inscrit dans une rationalité qui est, pour partie,

<sup>44</sup> Voir Commission européenne, *Commission staff working document: The EU social acquis*, document SWD(2016)50 final, 8 mars 2016. Document disponible à l'adresse <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1226&langId=fr&newsId=2487&moreDocuments=yes&tableName=news> [consulté le 17 septembre 2020].

<sup>45</sup> Sur l'importance de l'autonomie du droit de l'Union, voir notamment l'avis 2/13 de la Cour de justice du 18 décembre 2014, au sujet de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, spécialement les paragraphes 170 et suivants.

étrangère à sa logique propre: celle du marché, de la libre circulation des personnes ou de la politique économique et monétaire. Son développement tient compte de la pluralité des objectifs de l'intégration, ce qui le différencie du droit des organisations dont la fonction est le développement du droit social. Il ne faut toutefois pas exagérer l'écart. On retrouve certains aspects de spécialisation fonctionnelle au sein de l'Union (la politique sociale et la politique économique peuvent fort bien s'ignorer, voire, se contredire) et, réciproquement, le droit international du travail qui émane d'une organisation spécialisée, comme l'OIT, se doit aussi de concilier les intérêts souvent contraires des travailleurs et des employeurs.

### 3.1. Le risque d'incompatibilité

La conception de la justice sociale que défend le droit de l'Union, sans toujours s'en expliquer, peut le conduire à s'opposer au droit international du travail. L'interdiction du travail de nuit des femmes demeure l'illustration la plus connue: le droit de l'Union, qui interdit les discriminations entre hommes et femmes dans l'accès au travail, a imposé la dénonciation par la France et cinq autres États de la Communauté de la convention n° 89 de l'OIT (convention (n° 89) sur le travail de nuit (femmes) (révisée), 1948)<sup>46</sup>. Il s'agit d'une histoire ancienne mais qui demeure toujours à l'esprit de ceux qui dénoncent le déficit social de l'Union et la perte d'influence du droit international du travail qui en résulte.

Récemment, une possible contradiction entre le régime européen du détachement des travailleurs et la convention (n° 97) sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, a été relevée<sup>47</sup>. Le droit de l'Union prévoit, en effet, que les travailleurs occupés temporairement sur le territoire d'un État, pour la réalisation d'une prestation de services, demeurent rattachés au système de sécurité sociale de leur État d'origine. Cette solution constitue-t-elle une violation de la règle d'égalité de traitement, prévue par l'article 6 de la convention n° 97? Ou peut-on considérer que l'égalité ne peut s'apprécier que si le droit de l'État dans lequel les travailleurs sont occupés s'applique, ce qui n'est pas le cas lorsque les travailleurs sont détachés? L'existence même de cette question et l'incertitude de la réponse constituent un obstacle à l'application ou à la ratification de la convention.

Des contradictions entre normes européennes et normes internationales sont susceptibles de survenir, en particulier, lorsqu'un aspect de la libre circulation reconnue par le droit de l'Union est en cause. S'agissant de la convention (n° 170) sur les produits chimiques, 1990, le risque d'incompatibilité avec le droit de l'Union résulte de ce que, en ce qui concerne la réglementation applicable aux produits chimiques, celui-ci a pour premier objectif la libre circulation des marchandises. L'Union s'efforce d'assurer cette liberté, tout en garantissant la protection de la santé et des travailleurs, tandis que la convention a une vocation purement sociale, de protection des travailleurs. Ces objectifs différents auraient

<sup>46</sup> CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, affaire *Stoekel*, C-345/89.

<sup>47</sup> Voir l'exposé des motifs de la proposition de loi pour l'interdiction du régime européen de travail détaché sur le territoire national, n° 1563, Assemblée nationale, quinzième législature, à l'adresse <http://www.assemblee-nationale.fr/15/propositions/pion1563.asp> [consulté le 17 septembre 2020].

pu conduire à des solutions irréconciliables. La libre circulation aurait pu (ce n'est pas le cas, en l'occurrence) justifier que soit arrêté en commun un niveau de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs auquel les États ne sont pas autorisés à déroger (au risque d'entraver les échanges), même dans le sens d'une plus grande protection.

En ce qui concerne la convention n° 189 sur les travailleuses et travailleurs domestiques, l'atteinte à la libre circulation des travailleurs aurait pu résulter, selon la Commission, de l'exigence, figurant à l'article 8 du texte, que les travailleurs domestiques migrants, qui sont recrutés dans un pays pour effectuer un travail domestique dans un autre pays, reçoivent par écrit, avant le passage des frontières nationales, une offre d'emploi ou un contrat de travail exécutoire dans le pays où le travail sera effectué, énonçant les conditions d'emploi<sup>48</sup>. L'incompatibilité a été évitée grâce au paragraphe 2 de l'article 8 de la convention qui précise que cette obligation ne s'applique pas aux zones d'intégration économique régionales. Cette «clause de sauvegarde» permet effectivement, et tel est son but, de prévenir toute incompatibilité entre la convention et l'acquis de l'Union, en ce qui concerne la libre circulation des travailleurs. Il importe donc que l'Union participe à l'élaboration des conventions, bien qu'elle ne soit pas signataire, pour prévenir les risques d'incompatibilité.

### 3.2. La prévention des incompatibilités

Pour parer au risque de contradiction, d'autres mesures préventives ont été prises: l'Union a mis en place une «procédure préalable» à la ratification des conventions de l'OIT par les États membres qui passe par des décisions du Conseil autorisant les États membres à ratifier les conventions<sup>49</sup>. Cette intervention des institutions européennes dans le processus de négociation et de ratification des conventions internationales n'est pas propre au droit international du travail: dans tous les domaines où la compétence de l'Union s'est affirmée, les États membres ne sont plus en mesure de décider en toute autonomie de la ratification de conventions internationales, lorsque celles-ci relèvent, même partiellement, de la compétence de l'Union.

Même si le Conseil accorde *in fine* aux États membres l'autorisation de ratifier les conventions<sup>50</sup>, la procédure préalable selon laquelle la Commission l'invite à prendre une décision les autorisant à ratifier les conventions internationales est un frein important. Un exemple suffit à le montrer: la convention n° 170 de l'OIT, signée en 1990 et entrée en vigueur en 1993, n'a fait l'objet d'une décision d'autorisation qu'en 2014. La lenteur de cette procédure est d'autant

<sup>48</sup> Sur ce point, et plus généralement sur les discussions concernant le texte de cette convention, voir BIT, *Travail décent pour les travailleurs domestiques*, rapport IV (2A), 100<sup>e</sup> session de la Conférence internationale du Travail, 2011.

<sup>49</sup> Voir par exemple les décisions du Conseil du 28 janvier 2014 autorisant les États membres à ratifier, dans l'intérêt de l'Union européenne, la convention (n° 170) sur les produits chimiques, 1990, et la convention (n° 189) sur les travailleuses et travailleurs domestiques, 2011 (décisions 2014/51/UE et 2014/52/UE, JO L 32 du 1<sup>er</sup> février 2014, pp. 32 et 33).

<sup>50</sup> Notamment: la convention du travail maritime, 2006; la convention (n° 185) sur les pièces d'identité des gens de mer (révisée), 2003, telle qu'amendée, et la convention (n° 188) sur le travail dans la pêche, 2007.

plus critiquable que sont en cause des concepts du droit international du travail que l'Union européenne a fait siens, par exemple celui de «travail décent», au cœur de la stratégie de l'OIT depuis 1999 (Moreau, 2006, p. 118)<sup>51</sup>. Il faut, pour comprendre, considérer que ce n'est pas seulement à l'aune du droit social de l'Union que la compatibilité du droit international avec le droit de l'Union est appréciée et que les contradictions concernent en général d'autres normes que les normes sociales européennes.

Éviter les contradictions normatives et préserver l'intégrité du droit de l'Union et ses particularités font partie des objectifs qui déterminent l'intervention de l'Union dans le développement du droit du travail international. À défaut, les divergences entre les normes internationales et européennes que les États doivent appliquer risquent de conduire à une aporie dont les États ne peuvent s'extraire qu'en choisissant d'ignorer le droit. C'est le problème des injonctions contradictoires produites par le défaut de cohérence des normes internationales et européennes, qui a été parfaitement illustré au sujet du droit de grève et du droit à l'action collective, à la suite des arrêts *Viking* et *Laval*<sup>52</sup>, ou au sujet des politiques d'austérité imposées à certains États dans le cadre de l'UEM, jugées contraires au droit international des droits de l'homme et à la Charte sociale européenne (Roman, 2018, p. 93).

La logique de l'autonomie conduit le plus souvent à faire prévaloir, au sein de l'UE, les politiques économiques sur lesquelles la construction de l'Union est fondée constitutionnellement (Grimm, 2017, pp. 30 et suiv.). Pour que les choses changent, à cet égard, il faudrait une révision de la «Constitution» de l'Union que sont le traité sur l'Union européenne (TUE) et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

#### 4. La logique de l'imbrication: l'intégration du droit et de l'action des organisations internationales dans les instruments européens de régulation des activités économiques

Lorsque, plutôt que de considérer les droits du travail des États ou de l'Union elle-même, on se tourne du côté des relations extérieures de l'Union et des activités internationales des entreprises, les rapports entre le droit de l'Union et le droit du travail international prennent une tonalité nouvelle: la référence au droit international (ou, plus largement, aux instruments produits par l'activité des organisations internationales aux fins de protéger les travailleurs) ne sert plus à nourrir le développement du droit du travail de l'Union (et le droit

<sup>51</sup> Voir en particulier la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – *Promouvoir un travail décent pour tous: la contribution de l'Union à la mise en œuvre de l'agenda du travail décent dans le monde*, COM(2006) 249 final, du 24 mai 2006.

<sup>52</sup> Sur cette question de l'articulation de la solution des arrêts *Viking* et *Laval* (précités) avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de grève, voir notamment l'opinion du juge Pinto de Albuquerque dans l'affaire *Hrvatski liječnički sindikat c. Croatie*, n° 36701/09 (arrêt du 27 novembre 2014).

du travail de ses États membres) mais elle a pour finalité de tenir compte des conséquences du développement des échanges internationaux sur la situation des travailleurs. Le droit de l'Union et le droit international s'imbriquent: il n'est plus question d'inspiration, ni de possibles contradictions, mais d'alliage ou d'alliance. On en prendra deux exemples: la «prise en compte» des travailleurs dans la dernière génération des accords de libre-échange et la régulation sociale des chaînes d'approvisionnement mondiales.

#### 4.1. La prise en compte des travailleurs dans les accords de libre échange

Les accords de libre-échange ont changé: non seulement parce qu'ils s'étendent bien au-delà des échanges de marchandises, mais aussi parce qu'ils envisagent les incidences des échanges commerciaux sur les droits sociaux et sur l'environnement<sup>53</sup>. Comme l'indique, par exemple, le préambule du CETA, ou Accord économique et commercial global (AECG pour le sigle français)<sup>54</sup>, la mise en œuvre des accords ne vise pas seulement le développement des échanges mais doit permettre de renforcer les niveaux de protection du travail et de l'environnement, en s'appuyant sur les engagements internationaux des États parties dans les domaines du travail et de l'environnement.

Dans le chapitre «Commerce et travail» du CETA<sup>55</sup>, le rôle des normes et accords multilatéraux en matière de travail est précisé<sup>56</sup>. Les parties s'engagent à respecter le droit de l'OIT, en particulier la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998, mais aussi à promouvoir la ratification des conventions de l'OIT. Au-delà, il est prévu, en cas de difficulté concernant les droits sociaux, que les parties demandent des informations ou des avis à toute personne, toute organisation ou tout organisme, y compris à l'OIT, qui pourrait contribuer à résoudre cette difficulté<sup>57</sup>. En ce qui concerne les questions liées aux accords multilatéraux, le groupe d'experts institué pour les résoudre est invité à obtenir des informations de la part de l'OIT, «y compris toute règle d'interprétation, conclusion ou décision pertinente et disponible adoptée par l'OIT»<sup>58</sup>.

Plus récent, l'accord conclu en 2018 entre l'Union européenne et la République de Singapour fait aussi partie de la nouvelle génération d'accords commerciaux qui intègre la protection des travailleurs. À la différence du CETA, il s'agit d'un accord bilatéral entre l'UE et Singapour et non d'un accord mixte, auquel les États membres sont également parties. Il ne peut donc, compte tenu des compétences limitées de l'Union, couvrir un domaine aussi large. Toutefois, cet

<sup>53</sup> Sur ce sujet, voir notamment BIT et Institut international d'études sociales, *La dimension sociale des accords de libre-échange*, Genève, 2013.

<sup>54</sup> Cet accord, qui lie le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, a été signé le 30 octobre 2016 et approuvé par le Parlement européen le 15 février 2017 et par le Parlement canadien le 11 mai 2017. Voir JO L 11 du 14 janvier 2017.

<sup>55</sup> *Ibid.*, chapitre vingt-trois.

<sup>56</sup> *Ibid.*, article 23.3.

<sup>57</sup> *Ibid.*, article 23.9 (3).

<sup>58</sup> *Ibid.*, article 23.10 (9).

accord considère aussi que le développement durable (dont la protection sociale des travailleurs et la protection de l'environnement sont considérées comme des composantes) fait partie des objectifs des relations commerciales entre l'Union et Singapour. L'accord oblige les parties à appliquer de manière effective les principes concernant les droits fondamentaux au travail qui correspondent aux principes de la Déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail. En insérant de telles dispositions dans un chapitre de l'accord, les parties s'engagent à assurer que leurs échanges commerciaux aient lieu dans le respect des obligations qui découlent des conventions internationales en matière de protection sociale des travailleurs auxquelles elles sont parties.

Comme la Cour de justice l'a souligné, cela impose, d'une part, de ne pas encourager le commerce en abaissant les niveaux de protection sociale et environnementale sur leur territoire respectif au-dessous des normes prévues par les engagements internationaux, et, d'autre part, de ne pas mettre en œuvre ces normes de manière protectionniste<sup>59</sup>. La sanction, en cas de violation des dispositions relatives aux droits sociaux des travailleurs, est la possibilité, pour l'autre partie, de mettre fin à la libéralisation de ces échanges prévue par l'accord ou de suspendre celle-ci. Selon cette « clause sociale », le lien entre les échanges commerciaux et la protection des droits sociaux est étroit : c'est ce qui justifie la compétence exclusive de l'Union pour conclure l'accord<sup>60</sup>. Du respect du droit international du travail dépend, au moins formellement, l'existence et le maintien de la relation commerciale entre l'Union et un État tiers.

Pourquoi faire appel au droit du travail international et non au droit du travail de l'Union ? Peut-être parce que le recours aux instruments de droit du travail de l'Union, comme normes de protection, pourrait apparaître comme une tentative d'extension extraterritoriale du droit de l'Union, au relent d'impérialisme. La référence au droit international du travail a le mérite d'être une référence commune qu'aucune des parties ne contrôle unilatéralement.

## 4.2. La régulation sociale des chaînes d'approvisionnement mondiales

Les voies par lesquelles l'Union tente d'améliorer la prise en compte des droits sociaux dans le cadre des activités internationales des entreprises et, en particulier, dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, empruntent aux instruments internationaux de protection des travailleurs selon des modalités qui se rapprochent de celles précédemment décrites, concernant les accords de libre-échange.

La directive 2014/95<sup>61</sup> concernant la publication d'informations non financières, qui a introduit une obligation redditionnelle pour assurer la transparence en matière sociale, environnementale et de protection des droits de l'homme, permet de s'en convaincre. Elle dispose que les sociétés concernées « incluent

<sup>59</sup> CJUE, avis 2/15 du 16 mai 2017, par. 158.

<sup>60</sup> Selon l'avis 2/15, précité.

<sup>61</sup> Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014, JO L 330 du 15 novembre 2014.

dans le rapport de gestion une déclaration non financière comprenant des informations, dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des performances, de la situation de l'entreprise et des incidences de son activité, relatives au moins aux questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption»<sup>62</sup>.

Bien que la directive laisse une importante marge de manœuvre aux entreprises pour communiquer les informations pertinentes de la manière qu'elles jugent être la plus utile, elle suggère néanmoins clairement qu'il serait bon, pour faciliter la comparaison, que les entreprises s'appuient sur des cadres nationaux, européens ou internationaux existants. Pour aider les entreprises à mettre en œuvre les nouvelles obligations de transparence, la Commission a élaboré des lignes directrices non contraignantes sur la méthodologie applicable à la communication des informations non financières<sup>63</sup>.

Quant aux informations concernant précisément les «questions sociales et de personnel», ces lignes directrices invitent les entreprises à publier des informations concernant notamment: «la mise en œuvre des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail; les questions de diversité, comme par exemple la diversité de genre et l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (incluant l'âge, le genre, l'orientation sexuelle, la religion, le handicap, l'origine ethnique et d'autres aspects pertinents); les questions d'emploi, notamment la consultation et/ou la participation des employés, les conditions d'emploi et de travail; les relations syndicales, notamment le respect des droits syndicaux; la gestion du capital humain, notamment la gestion des restructurations, la gestion des carrières et l'employabilité, le système de rémunération, la formation; la santé et la sécurité au travail»<sup>64</sup>. Le texte indique que «les sociétés peuvent trouver utile de s'appuyer sur des cadres largement reconnus et de haute qualité, par exemple les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, la déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT ou la norme ISO 26000»<sup>65</sup>. En ce qui concerne les droits humains, les informations significatives doivent porter sur la diligence raisonnable dont les entreprises concernées font preuve et sur les procédures et accords mis en œuvre pour lutter contre leur violation. Il peut s'agir, selon les lignes directrices, de la manière dont les contrats conclus entre une société et les entreprises de sa chaîne d'approvisionnement traitent des questions relatives aux droits humains, ou de la manière dont une société atténue les incidences négatives potentielles de son activité sur les droits de l'homme et des réparations qu'elle prévoit en cas de violation de ces droits. Les informations significatives peuvent refléter l'approche d'une société concernant, entre autres, les «principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux

<sup>62</sup> Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014, JO L 330 du 15 novembre 2014, p. 4.

<sup>63</sup> Communication de la Commission, *Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières)*, 2017/C 215/01, JO C215 du 5 juillet 2017.

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp. 15-16.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 16.

droits de l'homme mettant en œuvre le cadre de référence "protéger, respecter et réparer" des Nations unies, les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et la déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT»<sup>66</sup>.

La montée en puissance des obligations de transparence et de vigilance des entreprises passe ainsi, à l'échelle de l'Union, par l'exploitation d'un ensemble de ressources et de méthodes élaborées dans différentes enceintes, au sein d'organisations internationales, publiques ou privées. La directive de 2014 impose des obligations juridiquement sanctionnées mais dont le respect nécessite la prise en compte d'instruments de droit international du travail. La relation entre le droit social de l'Union et le droit international du travail se traduit, comme dans les nouveaux accords commerciaux internationaux, par l'insertion de références aux instruments issus de l'activité d'organisations internationales au sein du dispositif juridique mis en place par le droit de l'Union.

## 5. La logique de la médiation: l'externalisation du contrôle du respect des droits sociaux

Dans la période récente, l'Union a fait appel à des autorités extérieures pour résoudre les difficultés qui concernent les droits sociaux dans ses États membres. Moins visible que le rôle des institutions (financières) internationales dans la définition des politiques d'austérité, un rôle (certes modeste) a été confié à l'OIT pour concilier les exigences de l'UEM et les droits sociaux, et, s'agissant de constater la violation des valeurs de l'Union, les appréciations d'autres institutions internationales chargées de la protection des droits humains ont été sollicitées.

### 5.1. Le recours à une autorité externe pour garantir le respect des droits sociaux dans le cadre des politiques d'austérité

Les conséquences sur les droits sociaux des politiques d'austérité imposées aux États par l'Union européenne dans le cadre de l'UEM ont donné lieu à une abondante critique, qui s'est exprimée dans la doctrine mais aussi devant les juridictions européennes et d'autres autorités internationales (Roman, 2018; Dukes, 2017, p. 555). Dans les premiers plans de réforme ou autres «recommandations» faites aux États aux fins de convergence de leurs politiques économiques, les systèmes sociaux des États comme la politique sociale de l'Union semblaient ignorés sinon méprisés, au prix d'une aggravation inquiétante des inégalités et de la pauvreté (Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, 2013).

Lorsque ces politiques ont été contestées, des violations du droit international des droits de l'homme et de la Charte sociale européenne ont été reconues par les autorités chargées d'assurer le respect de ces normes de source extra-européenne, alors que, à l'intérieur de l'Union, la Cour de justice, dont on attendait qu'elle assure le contrôle du respect des droits sociaux et des droits

<sup>66</sup> Communication de la Commission, *Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières)*, 2017/C 215/01, JO C215 du 5 juillet 2017, p. 17.

fondamentaux protégés par l'Union, restait muette (Roman, 2018, p. 103)<sup>67</sup>. Le droit international et les différents comités chargés de contrôler son respect sont donc apparus comme des autorités capables de mesurer et de condamner les violations des droits sociaux dans l'Union européenne, alors que ses propres autorités juridictionnelles demeuraient inertes.

Bien qu'il soit difficile de le mesurer, les appréciations menées par ces comités d'experts n'ont peut-être pas été totalement sans effet. Elles ont pu jouer en faveur d'une évolution aboutissant, finalement, à la prise en charge, par la Cour de justice, du contrôle du respect des droits sociaux dans la mise en œuvre des réformes dictées par la politique économique et monétaire<sup>68</sup>. Il est également possible qu'elles aient contribué à l'intégration, dans les plans de réforme conditionnant les aides financières, de références aux droits sociaux. Ainsi, le protocole d'accord entre l'Union européenne et la Grèce du 19 août 2015<sup>69</sup> insiste, certes, sur la nécessité de réformer le droit du travail, et notamment le droit du licenciement, le droit de grève et le droit de la négociation collective mais requiert la prise en compte des «meilleures pratiques, à l'échelle internationale et européenne»<sup>70</sup> pour mener à bien cette entreprise. Ce protocole d'accord prévoit aussi que, dans le processus de réformes du marché du travail, de la formation professionnelle et de l'administration du travail, les autorités nationales feront appel à des services d'assistance technique, tirant profit de l'expertise d'organisations internationales telles que l'OCDE et l'OIT.

Alors que les mesures d'austérité ne sont plus imposées par les institutions financières internationales, depuis que l'Union européenne assure seule l'aide financière à ses États membres dans le cadre du Mécanisme européen de stabilité, la réforme du droit du travail des États passe par l'intervention d'autres organisations internationales: si ce renversement des sources d'influence du droit international était plus radical, ce serait, assurément, une petite victoire pour les droits sociaux. Pour l'instant, l'évolution, tardive et modeste, paraît inapte à modifier en profondeur les orientations de l'UEM et ses conséquences sur les politiques sociales nationales.

## 5.2. Le recours à une autorité externe pour apprécier la violation des valeurs sociales de l'Union

Dans un cadre très différent, celui du respect des valeurs de l'Union, l'autorité des organisations internationales chargées de la protection des droits humains et des droits sociaux (qui n'incluent pas, dans ce cas, l'OIT) s'est également manifestée. Pour la première fois, une action a été initiée par le Parlement européen (sur le fondement de l'article 7 du TUE) afin de faire respecter les principes de

<sup>67</sup> Voir en particulier, CJUE, ordonnance du 7 mars 2013, affaire *Sindicato dos Bancários do Norte et autres*, C-128/12, dans laquelle la Cour de justice se considère incompétente pour apprécier la conformité des réformes nationales résultant des mesures d'austérité imposées par les institutions de l'Union et le FMI aux droits sociaux fondamentaux protégés par l'Union.

<sup>68</sup> Voir notamment, CJUE, arrêt du 13 juin 2017, affaire *Florescu*, C-258/14, et arrêt du 27 février 2018, affaire *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16.

<sup>69</sup> Memorandum of understanding between the European Commission acting on behalf of the European stability mechanism and the Hellenic Republic and the Bank of Greece. Disponible à l'adresse [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/01\\_mou\\_20150811\\_en1.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/01_mou_20150811_en1.pdf) [consulté le 21 septembre 2020].

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 21.

l'État de droit dans un État membre. Dans le cadre de cette procédure, la proposition de décision du Conseil, élaborée par le Parlement européen, au sujet de la violation grave des valeurs de l'Union par la Hongrie<sup>71</sup>, qui consacre de longs développements à la violation des droits sociaux (égalité entre homme et femmes, lutte contre les discriminations raciales et les discours haineux, égal accès aux services sociaux, aux prestations sociales et au logement) envisage l'atteinte à ces droits sociaux, pour l'essentiel, à l'aune d'autres sources et par d'autres autorités que celles qui relèvent du droit de l'Union. Sont cités, notamment, les appréciations concernant la situation en Hongrie des rapporteurs spéciaux de l'ONU sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté et sur le logement convenable, respectivement; un ensemble de déclarations du Comité européen des droits sociaux et un rapport du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies. Le document ne prétend pas être exhaustif mais s'efforce de convaincre de violations systémiques des droits concernés, ce qui peut expliquer l'absence de référence aux travaux menés sous l'égide de l'OIT.

De prime abord, ce choix de faire appel aux appréciations de tiers, à des rapports ou constats dressés pour le compte d'autres organisations et pour d'autres fins que celles poursuivies par l'Union ne laisse pas de surprendre. Il y a bien, dans l'Union, une cour de justice chargée d'assurer le respect du droit et d'autres institutions ou agences chargées des droits humains et des droits sociaux, dont l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA). Mais on peut comprendre que le besoin d'un tiers extérieur, qui ne soit pas une institution de l'Union, se fasse sentir lorsqu'un État membre est mis en cause en raison d'une situation d'une extrême gravité qui peut conduire à le priver des droits qui lui reviennent en sa qualité d'État de l'Union.

La référence à des principes universels, dont le respect est apprécié par des autorités internationales, permet également de mesurer la gravité des atteintes: il ne s'agit pas seulement de violations du droit de l'Union, dont on peut penser qu'il fixe un niveau d'exigence relativement élevé (et qui se règlent devant la Cour de justice), mais d'atteinte aux «valeurs sociales» de l'Union, difficiles à définir, mais qui peuvent difficilement se situer en deçà des seuils fixés à l'échelle internationale. La méthode utilisée par le Parlement européen met en exergue, au-delà du cas particulier de la situation hongroise, le lien entre l'État de droit, la protection des droits sociaux et l'activité des autorités internationales chargées de leur protection. L'absence de référence à l'OIT et aux conventions conclues sous son égide est, dans ce contexte, à la fois surprenante et critiquable. Les raisons qui justifient le recours aux autorités et expertises extérieures à l'Union devrait, à l'avenir, conduire à les inclure.

À l'heure où la crise sanitaire résultant de l'épidémie de COVID-19 apparaît comme un nouveau facteur de remise en cause des principes de l'État de droit, dont la protection des droits sociaux fait partie<sup>72</sup>, on peut penser que la logique de la médiation dispose d'un nouveau champ d'expérimentation.

---

<sup>71</sup> La situation en Hongrie – Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL)), JO C433 du 23 décembre 2019.

<sup>72</sup> Pour une illustration récente, voir CJUE, arrêt du 5 novembre 2019, affaire *Commission européenne c. Pologne*, C-192/18 (sur l'atteinte à l'indépendance de la justice résultant des règles concernant la mise à la retraite des juges).

## 6. Conclusion

Lorsque l'on observe et que l'on tente de qualifier les divers états de la relation entre le droit européen et le droit international du travail, on ne peut qu'être frappé par la subtilité et la diversité des liens qui unissent l'un à l'autre.

Certes, les sources les plus traditionnelles du droit du travail de l'Union, législation et jurisprudence, ne font qu'une place modeste au droit international du travail. Pour ce qui concerne les conventions internationales, leur ratification par l'Union demeure un facteur important de leur influence, comme le montre l'exemple de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, et l'influence limitée des conventions de l'OIT peut s'expliquer, en partie, par l'impossibilité pour l'Union, non membre de l'Organisation, de les ratifier.

Toutefois, dans les développements les plus récents, de nouvelles lignes se dessinent. Sur le fond, l'approche classique de comparaison des droits se double d'un phénomène d'imbrication des droits et des formes de régulation: les nouveaux instruments de ce que l'on peut appeler le droit social *international* de l'Union (droit social du commerce international et régulation sociale des activités internationales des entreprises) intègrent des éléments du droit international. Le renvoi au droit international n'est plus ponctuel, au service du développement du droit social *interne* de l'Union, il est un élément de la réglementation qui conserve sa nature internationale, tout en devenant, en même temps, un élément du droit de l'Union. C'est un des aspects de la dimension transnationale du droit du travail: la protection des travailleurs se fait une place dans le contexte de mondialisation économique.

À cette ligne qui relie emprunt et imbrication s'en ajoute une deuxième qui est liée à la conception que le droit de l'Union se fait de lui-même, et qui s'affirme dans son rapport au droit international. La revendication d'autonomie conduit à contrôler la pénétration du droit international dans l'Union et dans ses États membres et, éventuellement, à s'y opposer. Parallèlement, face aux crises que traverse l'Union, crise économique ou crise de l'État de droit, qui sont sources de désaccords, voire de conflits au sein de l'Union, le droit international est appelé à intervenir comme médiateur, et les autorités chargées de sa mise en œuvre se voient confier l'appréciation du respect des «valeurs sociales» de l'Union, dans les États membres.

La relative ouverture du droit social de l'Union au droit international, dans les formes variées et souvent discrètes, que nous avons décrites donne une idée de ce que peut signifier la dimension transnationale du droit du travail: non pas une manière simple d'assurer le rayonnement d'un droit international du travail émanant d'institutions centralisées, mais une multiplicité de voies par lesquelles ce droit peut avoir une influence, qu'il convient d'identifier et, si possible, de consolider.

## Références

- Alston, P. 2004. «“Core labour standards” and the transformation of the international labour rights regime», *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, pp. 457-521.
- Atleson, J.; Compa L.; Rittich, K.; Sharpe, C. W.; Weiss, M. S. 2008. *International labor law: Cases and materials on workers' rights in the global economy*. Eagan, Thomson West.

- Aubert-Monpeyssen, T. (dir. de publ.). 2013. *Pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*. Toulouse, Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole.
- Barnard, C. 2012. *EU Employment Law*, quatrième édition. Oxford, Oxford University Press.
- BIT. 2016. *Studies on growth with equity: Building a social pillar for European convergence*. Genève.
- Bogg, A. 2014. «*Viking and Laval: The international labour law perspective*», dans l'ouvrage publié sous la direction de M. Freedland et J. Prassl: *Viking, Laval and beyond*, pp. 41-74. Londres, Hart Publishing.
- Boujeka, A. 2013. «La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne», *Recueil Dalloz*, n° 20, pp. 1388-1392.
- Casale, G. 2013. «International labour standards and EU labour law», dans l'ouvrage publié sous la direction de N. Contouris et M. Freedland: *Resocialising Europe in a time of crisis*, pp. 81-104. Cambridge, Cambridge University Press.
- Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe. 2013. *Protéger les droits de l'homme en temps de crise économique*. Strasbourg, Conseil de l'Europe.
- Davies, A. C. L. 2008. «One step forward, two steps back? The Viking and Laval cases in the ECJ», *Industrial Law Journal*, vol. 37, n° 2, pp. 126-148.
- Dukes, R. 2017. «International labour rights: Legitimizing the international legal order?», *University of Toronto Law Journal*, vol. 67, n° 4, pp. 544-568.
- Grimm, D. 2017. *The constitution of European democracy*. Oxford, Oxford University Press.
- Lyon-Caen, A.; Lokiec, P. (dir. de publ.). 2005. *Droits fondamentaux et droit social*. Paris, Dalloz.
- Moreau, M.-A. 2006. *Normes sociales, droit du travail et mondialisation: confrontations et mutations*. Paris, Dalloz.
- Robin-Olivier, S. 2019a. «Le droit social européen absorbé par l'Union économique et monétaire», dans l'ouvrage publié sous la direction d'E. Pataut, F. Petit, S. Robin-Olivier et A. Supiot: *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière: droit social international et européen en mouvement*, pp. 439-452. Paris, LGDJ.
- . 2019b. «Sur quelques usages récents des droits et libertés fondamentaux», *Droit social*, n° 6 (juin), pp. 509-512.
- . 2018. «Les droits sociaux fondamentaux dans l'Union européenne: quelle force juridique?», dans l'ouvrage publié sous la direction de S. Barbou des Places, E. Pataut et P. Rodière: *Les frontières de l'Europe sociale*, pp. 77-91. Paris, Pédone.
- Roman, D. 2018. «Garantie des droits fondamentaux et contrôle juridictionnel des mesures d'austérité en Europe: les "nouvelles frontières" de l'Europe sociale», dans l'ouvrage publié sous la direction de S. Barbou des Places, E. Pataut et P. Rodière: *Les frontières de l'Europe sociale*, pp. 93-113. Paris, Pédone.
- Ruiz Fabri, H. 2013. «Conjuguer justice et prudence: commentaire sur le développement de l'effet direct du droit international en droit de l'Union», dans l'ouvrage publié sous la direction d'A. Tizzano, J. Kokott et S. Prechal: *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, 1963-2013*, pp. 189-195. Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne.
- Supiot, A. 2010. *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché global*. Paris, Seuil.
- Thibierge, C. et coll. 2013. *La densification normative: découverte d'un processus*. Paris, Mare & Martin.
- Weatherill, S. 2014. «*Viking and Laval: The EU internal market perspective*», dans l'ouvrage publié sous la direction de M. Freedland et J. Prassl: *Viking, Laval and beyond*, pp. 23-40. Londres, Hart Publishing.