

INTERNATIONALISATION DU DROIT DU TRAVAIL

par

PROF. WOLFGANG DÄUBLER

BREMEN

1. Introduction

Dans mon exposé, je voudrais parler de l'internationalisation en deux sens: D'abord je m'occuperai des normes internationales concernant le travail salarié donc de l'internationalisation juridique. Dans la deuxième partie je me concentrerai sur l'internationalisation comme fait économique et les répercussions sur les conventions internationales et la structure juridique en général que nous pouvons constater. Je parle d'un point de vue allemand ce qui est dû à mon expérience personnelle; la discussion pourra sans aucun doute élargir la vue et apporter des arguments valables dans un contexte beaucoup plus vaste.

2. Internationalisation juridique

2.1. Les sources du droit international du travail

2.1.1. Niveau universel

L'Allemagne a ratifié les deux pactes de l'ONU sur les droits civiques et politiques respectivement sur les droits sociaux, économiques et culturels. En plus, l'Allemagne a ratifié un certain nombre de conventions de l'OIT sans être prêt d'aller plus loin que d'autres Etats avec un niveau économique comparable.

2.1.1. Niveau régional

L'Allemagne a ratifié les conventions les plus importantes du Conseil de l'Europe: la Convention Européenne sur les droits de l'homme, la Charte Sociale Européenne et la Convention concernant la protection des données.

2.1.3 Niveau de la Communauté Européenne

Le droit communautaire se distingue des autres sources par deux caractéristiques. C'est un droit fragmentaire dans le sens qu'il se rapporte uniquement à certains secteurs du travail salarié comme l'égalité entre hommes et femmes. Par contre, les conventions OIT et la Charte Sociale Européenne couvrent plus ou moins toutes les parties du droit du travail.

Le droit du travail de la CE est surtout un droit d'égalité ou antidiscriminatoire. Sauf l'égalité entre hommes et femmes c'est l'égalité entre les travailleurs migrants et les autres travailleurs qui est au centre du droit du travail européen. La fameuse directive sur les droits acquis des travailleurs en cas de transfert d'entreprise peut être mise dans le même cadre. Comme les règles antidiscriminatoires, elle ne dit rien sur le niveau de protection. Établir l'égalité veut donc dire qu'au moins à long terme les forces du marché ne sont pas empêchées de se développer. Ce n'est pas par hasard que le droit du travail des États Unis est basé surtout à l'idée de non-discrimination.

Dans la CE, une protection substantielle est prévue seulement dans le cadre de la santé des travailleurs et dans l'hygiène du travail. Mise à part cette exception, le droit communautaire quelques procédures de consultation des travailleurs et - récemment - certains minima (modestes) de protection comme dans la directive sur le temps du travail.

2.2. Les problèmes généraux d'application

Dans le cadre allemand, il faut distinguer entre l'application du droit international et l'application du droit communautaire.

2.2.1. Droit international

Des conventions internationales ratifiées par l'Allemagne ont la même valeur qu'une loi interne. Si à cause de leur contenu précis elles sont directement applicables, le citoyen peut les invoquer devant la juridiction nationale. Si la convention ne contient qu'un programme ou si elle ne veut lier que l'État lui-même elle doit être utilisée par les tribunaux comme un moyen d'interprétation. Si une règle du droit allemand permet différentes interprétations le juge doit se décider pour celle qui ne met pas en difficulté la République Fédérale sur le plan international. La Cour Constitutionnelle a décidé que dans le cas de la Convention Européenne sur les droits de l'homme ce principe s'applique aussi à l'interprétation de la Constitution.

La jurisprudence est beaucoup plus prudente en ce qui concerne la question quel est le contenu concret des normes internationales. Les tribunaux de travail ont

suivi l'approche de la Cour Constitutionnelle mais ils n'ont jamais fait référence à la Convention de Vienne concernant l'interprétation des Traités Internationaux. Le droit international est donc implicitement interprété comme une partie du droit national. En plus, la Cour Fédérale du Travail ne se réfère guère aux travaux des comités d'experts qui surveillent l'application des conventions de l'OIT et de la Charte Sociale Européenne.

2.2.2. Droit communautaire

La jurisprudence allemande reconnaît la primauté du droit communautaire en relation avec le droit national. L'arrêt de la Cour Constitutionnelle concernant le Traité de Maastricht a pourtant fait une réserve dont l'importance est difficile à juger: Si la Communauté agit en dehors de ses attributions („ultra vires“) les autorités allemandes sont même obligées de ne pas appliquer cette partie du droit communautaire.

La primauté du droit communautaire est évidente pour la majorité des dispositions du Traité CE et pour les règlements qui sont directement applicables dans toutes les Etats-Membres de la CE. Les directives qui sont d'une importance primordiale en matière du droit du travail sont traitées d'après la jurisprudence de la Cour de Justice de la CE: Si elles ne sont pas exécutées par l'Etat-membre, le citoyen peut les invoquer dans un litige avec l'Etat et ses unités décentralisées pourvu que leur contenu soit si précis qu'elles peuvent être appliquées sans aucune intervention supplémentaire. Il faut en plus mentionner l'arrêt Francovic de la Cour de Justice qui a jugé l'Etat responsable de la non-exécution et de payer des dommages-et-intérêts à un citoyen qui a subi un dégat parce que la directive n'était pas mise en oeuvre par l'Etat. Dans les relations entre privés, personne ne peut invoquer la directive comme telle mais les tribunaux sont tenus d'interpréter le droit national en conformité avec la directive si le texte de la norme le rend possible.

Les recommandations ne lient en principe personne, mais la Cour de Justice a décidé que leur contenu doit être un point de référence pour l'interprétation du droit national. Dans un cas, le Cour Fédérale du Travail a suivi exprès cette jurisprudence.

2.3. L'application en pratique

2.3.1. Droit international

En pratique, les normes du droit international sont largement méconnues par les tribunaux. Ce n'est qu'exceptionnellement que les tribunaux se réfèrent à une convention de l'OIT ou à la Charte Sociale Européenne. Les raisons sont multiples et peu étudiées.

- Très longtemps, il a eu un problème de documentation. Les conventions internationales sont publiées dans la seconde partie du Journal Officiel („Bundesgesetzblatt“) qui normalement n'est pas disponible dans les bibliothèques des tribunaux. Ce n'est que récemment que les publications de l'OIT et deux collections privées ont comblés plus ou moins la lacune.

- Il y a des problèmes de connaissance du droit international. Dans la formation des juristes, cette matière joue un rôle très limité sinon marginal. Le juge se trouve donc devant un monde plus ou moins inconnu ce qui l'empêche souvent d'entrer dans cette matière en préférant une solution basée uniquement sur le droit national.

- Il y a des problèmes de culture juridique. Le très grand nombre de livres et d'articles publiés chaque année en Allemagne semble suffire pour traiter tous les problèmes. Des références à la doctrine ou la jurisprudence étrangère sont rares; à cet égard, l'Allemagne ressemble à la France.

Dans les cas où la Cour Fédérale du Travail met en considération le droit international elle le fait d'une façon très sélective. Normalement les références à une norme du droit international se trouvent à la fin d'un long jugement pour confirmer la solution qui a été développée sur la base du droit national. Il me semble qu'il n'y a aucun cas dans lequel la jurisprudence a fondé son opinion uniquement sur le droit international ou dans lequel elle aurait même modifié une position qu'elle avait prise avant.

Dans plusieurs cas, les parties avaient fait référence aux travaux des comités d'experts et dans un cas aux conclusions de la commission d'enquête de l'OIT qui avait examiné l'application de la Convention No. 111 de l'OIT par l'Allemagne dans le domaine du service public („Berufsverbot“).

Les références aux travaux des experts indépendants du Conseil de l'Europe étaient très sélectives. Dans le cas concernant la légalité des grèves dites sauvages la Cour s'est basée uniquement sur le texte de l'art. 6 § 4 de la Charte Sociale Européenne pour prouver que la grève est licite uniquement dans le cadre des négociations collectives en laissant complètement de côté les avis contraires du comité d'experts indépendants. Dans le cas du lock-out pourtant, la même Cour s'est référée aux travaux des experts car ceux-ci étaient en faveur du lock-out et donc de la solution qu'on a toujours adopté en Allemagne.

Dans le cas de la Convention 111 de l'OIT la Commission d'enquête a été mentionné mais la Cour n'a pas expliqué pourquoi elle ne voulait pas la suivre; dans la version publiée du jugement on trouve trois points („wird ausgeführt“) au lieu d'un raisonnement.

Le droit international du travail reste à être découvert.

2.3.2. Droit communautaire

Au début, le droit communautaire a été traité comme le droit international. Les tribunaux n'en ont pas pris connaissance, c'était une sorte de droit fantôme. De temps en temps, on a trouvé une référence, p. ex. à l'art. 119 du Traité CEE pour confirmer la solution qu'on a trouvée sur la base du droit national.

Depuis les années 80, la situation a changé. De nombreux tribunaux de travail, y compris la Cour Fédérale, font des renvois préjudiciels à la Cour de Justice de Luxembourg. Surtout en matière d'égalité entre hommes et femmes le droit communautaire a ajouté de nouveaux éléments au droit allemand du travail. Ceux-ci concernent surtout la notion de discrimination indirecte qui est appliquée aux travailleurs à temps partiel.

L'interprétation par la Cour de Justice de la directive sur les droits acquis des travailleurs en cas de transfert d'entreprise a pareillement modifié le contenu du droit allemand. En plus, on peut soupçonner qu'il y a une influence indirecte: le juge donne au droit national une interprétation qui rend inutile le recours au droit communautaire qui reste toujours un peu étrange. La Cour Fédérale du Travail a p.ex. donné une interprétation assez vaste au principe de l'égalité entre travailleurs à temps plein et travailleurs à temps partiel et a évité ainsi le problème „européen” de la discrimination indirecte dans certains arrêts.

Le droit communautaire est en train de devenir un droit de „première classe” qu'on prend au sérieux comme on le fait avec le droit national.

3. L'internationalisation comme un fait économique et ses répercussions sur le droit du travail

3.1. Les phénomènes

Nous nous trouvons en face d'une globalisation de l'économie.

- Les structures des entreprises s'internationalisent. Les sociétés multinationales dominent une partie importante des économies nationales. C'est un phénomène qui n'est pas nouveau mais qui est devenu encore plus important au cours des années récentes.

- Les marchés des marchandises et des services s'internationalisent de plus en plus. C'est dû à des décisions politiques dont l'exemple le plus important est la dernière ronde du GATT qui a obligé les Etats de diminuer encore une fois les barrières douanières et qui inclut pour la première fois des services transfrontaliers. Une deuxième raison est d'ordre économique: La séparation de travail se développe de plus en plus, dans la „lean production” de nombreuses

parties du produit final sont achetées à l'étranger. Par conséquent, la croissance du commerce international est supérieure à la croissance du produit national brut des États.

- Les marchés de travail s'internationalisent eux-aussi. Des travailleurs migrants travaillent à des salaires beaucoup inférieurs à ceux payés dans le pays du travail.

3.2. Les problèmes

L'existence de sociétés multinationales met en question le pouvoir de décision de l'employeur. Si c'est le chef d'une succursale il se peut qu'il soit sans aucune compétence réelle: Le vrai centre de décision n'est pas représenté à la table des négociations. L'influence des travailleurs - garanti ou non par le droit national - diminue elle aussi.

L'ouverture croissante des marchés permet aux producteurs d'autres pays d'offrir des marchandises et des services basés sur de la main-d'œuvre mal payée. Ce n'est pas un phénomène universel que les produits venant des pays moins développés soient meilleur marché que les autres, car il y a d'autres facteurs qui influencent le coût et la qualité des marchandises: la disponibilité de la main-d'œuvre qualifiée, une infrastructure bien fonctionnante, des moyens de transport suffisants etc.

Mais il y a des branches où ces facteurs jouent un rôle plutôt marginal; quand il s'agit des travaux relativement simples il est possible d'utiliser effectivement les différences dans les salaires pour faire des offres beaucoup meilleur marché. L'industrie textile et la construction peuvent servir d'exemple.

La conséquence de cette situation est que les producteurs de ces pays ont un avantage décisif dans la concurrence internationale. „Producteurs de ces pays” ne peut pourtant pas dire „producteurs autochtones”: Souvent la production existante dans des pays industrialisés est transférée dans des pays à salaires bas. Les sociétés des pays industrialisés vont s'installer là pour profiter ainsi de cet avantage. Il serait donc faux de dire que cette forme de travail serait uniquement utile pour les pays moins développés.

Dans beaucoup de cas, l'internationalisation des marchés de travail mène à une concurrence directe entre les travailleurs du pays industrialisé et les travailleurs migrants. Les premiers sont en danger de perdre leurs postes de travail sans avoir la chance de trouver un nouvel emploi: Ils sont remplacés tout juste par la main-d'œuvre „au rabais”.

L'internationalisation de tous les marchés crée une pression dans le sens de diminuer la protection sociale existante. Ne serait-il pas une meilleure solution de baisser un peu le niveau de protection pour sauver ainsi les postes de travail?

3.3. Les thérapies possibles

3.3.1. Le problème du centre des décisions

Si les décisions se font dans un autre pays, la représentation des travailleurs doit elle-aussi obtenir un caractère transfrontalier. Les comités d'entreprise européens sont un premier pas pour arriver à une telle structure. Ceux-ci représentent le personnel travaillant dans toutes les succursales et sociétés-filles de l'entreprise créant ainsi une certaine unité des travailleurs affectés pareillement par les décisions que la direction du groupe d'entreprise veut prendre. Le conseil a le droit de se réunir au moins une fois par an; il a des pouvoirs consultatifs. Tous ses frais, y compris le recours à des experts, sont à la charge de l'employeur. Il reste à souligner que des conventions instituant les comités peuvent englober des travailleurs, des établissements et des entreprises situés en dehors de la Communauté.

3.3.2. Conditions sociales imposées à la production

Le fait qu'un entrepreneur utilise les salaires bas d'un pays tiers n'est pas en soi un fait qui mérite l'attention des juristes: C'est un comportement bien normal dans le cadre d'une économie de marché. Il est quand même évident qu'on ne peut pas accepter à tout prix des conditions de travail que le marché et les conditions déplorables de certains pays rendent possibles. Accepter cela signifierait de retourner au début du 19 siècle.

3.3.3. L'approche protectionniste

La stratégie protectionniste qui a été surtout pratiquée aux Etats-Unis essaie de sauver les postes de travail dans le pays industrialisé en imposant des douanes supplémentaires ou en interdisant l'importation des marchandises qui ont été produites sous des conditions défavorables. Il y a pourtant quelques objections à faire contre une telle position.

- Elle est très schématique. Il se peut toute une forme de production est mise en dehors du marché. C'est le cas des produits fait par des prisonniers. On ne fait plus référence aux conditions concrètes sous lesquelles la production a été faite.
- Les sanctions commerciales ne changent pas automatiquement la situation dans le pays sous-développé. Elles peuvent même mener à une stagnation économique si l'argent manque pour les investissements nécessaires qui pourraient améliorer la situation.

- L'approche protectionniste s'applique uniquement en faveur des pays industrialisés qui ont en même temps un certain pouvoir politique. On voit mal un pays latino-américain qui interdit l'importation de certaines marchandises produites aux Etats-Unis p.ex. dans une entreprise qui n'accepte pas des syndicats.

3.3.4. L'approche basée sur la protection des droits de l'homme

Si l'on veut éviter les inconvénients de l'approche protectionniste il faudrait suivre une stratégie basée sur la protection des droits de l'homme. Laissez-moi décrire cette stratégie en quelques mots.

Il y a des conditions minima pour le travail salarié qui sont garanties par le droit international public. Elles ont été exprimées par beaucoup de conventions de l'OIT mais aussi par la Déclaration sur les droits de l'homme de 1948. Il s'agit du noyau dur du droit du travail international qui est généralement reconnu et qui a donc le caractère du droit coutumier. Sans pouvoir donner une description exhaustive, je voudrais mentionner les principes suivants:

- interdiction du travail des enfants au-dessous de 12 ans;
- interdiction du travail forcé exception faite du travail des prisonniers qui ont été condamnés dans un procès équitable et correct;
- interdiction des conditions de travail qui sont manifestement dangereuses pour la santé des travailleurs;
- reconnaissance du droit de former un syndicat et d'agir syndicalement;
- interdiction d'une durée de travail excessive;
- existence d'une inspection de travail ou d'autres organes de contrôle;
- discrimination raciale évidente.

Si ces minima ne sont pas respectés les recours du droit national s'appliquent. En plus, il y aura les mesures à prendre par l'OIT et d'autres organisations internationales. Le droit international du travail aura sa fonction à remplir. Comme cela ne suffit normalement pas pour rétablir un état de chose qui respecte les droits de l'homme, il vaut la peine de rechercher si le droit économique international prévoit des moyens supplémentaires qui pourraient constituer une réponse effective et adéquate.

3.3.5. Stratégie juridique. Droit de la concurrence

Le droit économique international et national prévoit deux voies qui ne sont que rarement évoquées.

- Le Règlement 2641/84 de la CE autorise la Commission de prendre des mesures contre des pratiques concernant le commerce international et qui sont en contradiction avec le droit international public ou des règles généralement acceptées. Une production qui constitue en même temps une infraction aux droits de l'homme dans le sens décrit remplit cette condition. Il suffit même que des règles généralement acceptées soient violées ce qui est interprétée dans un sens large comprenant du soft law. Selon le règlement, le comportement illégal doit être attribué à l'Etat et causer un dégât pour une branche d'activité dans la CE. Il dépend des circonstances concrètes si ces deux conditions supplémentaires sont remplies.

La Commission peut commencer des négociations diplomatiques avec l'Etat en cause ce qui serait la réaction normale. Si ces négociations n'aboutissent pas à des résultats satisfaisants, des sanctions commerciales sont possibles. Des droits de douane supplémentaires ou une interdiction d'importation peuvent être imposés. Jusqu'à ce moment, la Commission a utilisé cette procédure à plusieurs reprises dans des affaires qui concernaient l'inobservation du droit commercial, p.ex. des règles du GATT. Il n'y a pourtant pas d'obstacles de recourir aux mêmes pouvoirs quand des règles du droit international social, notamment des droits fondamentaux des travailleurs ont été violés. La procédure est en plus très flexible si bien qu'on peut éviter toute utilisation pour des buts purement protectionnistes.

- L'autre chemin est basé sur un arrêt de la Cour Fédérale Allemande („Bundesgerichtshof“) de 1980 dont le raisonnement est facilement concevable aussi dans d'autres contextes nationaux.

Dans le cas concret, une firme allemande avait importé de l'amiente („Asbestos“) qui a été produite en Corée du Sud sans aucune protection particulière des travailleurs. Une autre firme allemande qui avait produit de l'amiente en Allemagne en respectant les règles protectrices en faveur des travailleurs a déposé une plainte pour concurrence déloyale. Il serait inacceptable que l'importateur offre sa marchandise à un prix beaucoup inférieur au niveau traditionnel allemand uniquement de aux conditions de productions spécifiques en Corée du Sud.

Selon la loi allemande sur la concurrence déloyale, un concurrent ne peut pas tirer d'avantages d'un comportement illégal; il ne joue aucun rôle s'il a violé une règle de droit allemand ou une autre règle valable pour lui. La sanction serait l'interdiction de continuer l'exploitation des propres infractions et l'obligation de payer des dommages-intérêts aux concurrents qui peuvent prouver un dégât. On peut bien imaginer que les mêmes principes existent dans les autres pays industrialisés.

La Cour Fédérale a examiné d'abord si la production en Corée du Sud avait violé des règles coréennes ou des normes de l'OIT, mais avec un résultat négatif: Le droit interne ne disait rien, la Convention de l'OIT qui règle la matière n'était pas ratifiée par la Corée du Sud. Ensuite la Cour Fédérale a examiné si la production a violé des principes fondamentaux de l'ordre social: Grâce au fait que l'Allemagne avait ratifié la Convention de l'OIT seulement quelques ans auparavant, la Cour n'était pas prête d'accepter que la production d'amiante sans protection spéciale violait l'ordre public social international.

On peut tirer la conclusion de cet arrêt que dans des cas plus graves et plus manifestes la Cour accepterait que l'utilisation des conditions déplorables de production dans des pays en voie de développement constitue un cas de concurrence déloyale. Comme exemple, on peut citer le travail forcé des enfants qui est pratiqué dans certains pays.

Le seul inconvénient est pourtant la nécessité de prouver devant un tribunal allemand des faits survenus dans un pays qui peut se trouver à une distance de 7000 km. Dans beaucoup de cas il sera donc préférable de considérer l'action en justice comme un dernier moyen et de sensibiliser plutôt le public en lui demandant de ne plus acheter de tels produits. Dans beaucoup de pays, on a fait de bonnes expériences avec de telles mesures quand l'Afrique du Sud pratiquait encore l'apartheid - pourquoi pas se souvenir de cela quand il s'agit de réaliser les droits les plus fondamentaux des travailleurs dans un autre pays?