



LEÇON 1

LES ENJEUX DU DROIT SOCIAL INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

- I. La résolution des conflits de droits
- II. La protection des entreprises et des travailleurs

Pourquoi, à un moment donné, a-t-il fallu construire une législation du travail dépassant les frontières étatiques ? Pourquoi a-t-on entrepris d'élaborer un droit social international et européen ? C'est la question des enjeux de la construction de normes sociales supranationales. L'idée de construire des normes sociales à l'échelle internationale et européenne résulte d'une prise de conscience : celle du caractère insuffisant d'une conception purement nationale du droit social et, corrélativement, de la nécessité d'appréhender les relations de travail dans un cadre mondial et par conséquent de construire des règles de droit social à ce niveau-là.

Le droit social est d'abord un droit national. Il est un droit national parce qu'il est le reflet de relations sociales encadrées par des règles spécifiques qui sont le produit d'une histoire particulière, propre à chaque pays. Mais surtout, à l'origine, le droit social est élaboré dans chaque État à des fins de politiques sociales exclusivement nationales et n'a pas vocation à se développer en dehors des frontières. La raison est simple : le droit social exprime un degré de protection que la société entend accorder à ses membres. Le droit du travail a pour finalité première la protection de la partie faible au contrat de travail ; il

s'agit de protéger le travailleur subordonné. Le droit du travail tend aussi à assurer la civilisation des rapports de travail ; il s'agit de préserver la dignité de l'homme au travail. Or chaque pays fera, en toute indépendance, le choix du degré de protection qu'il entend accorder au salarié et du degré de civilisation qu'il convient d'assurer au rapport de travail. Ainsi, le droit du travail, substantiellement, répond à des choix de politique interne. On comprend par là le poids du mur de la souveraineté en la matière. C'est pour cette raison d'ailleurs que le droit du travail est un droit dit d'ordre public, c'est-à-dire que les règles – à tout le moins la plupart de ces règles – constituant le corps du droit social n'admettent pas la dérogation et ont vocation à s'appliquer à toute relation de travail qui se déploie sur le territoire de leur champ d'application, et ce quelle que soit la loi contractuellement choisie par les parties.

Toutefois, une conception purement nationale du droit social est devenue difficilement compatible avec la mondialisation de l'économie et la constitution de groupements d'États. Une telle conception du droit social se trouve depuis longtemps largement dépassée et il est aujourd'hui encore nécessaire de concevoir le

droit social au-delà des frontières étatiques. Les États ne vivent plus repliés sur eux-mêmes, ils multiplient entre eux des échanges et nouent ainsi des relations. Ces relations entraînent une confrontation des droits, y compris des droits du travail, inévitablement source de conflits qu'il faut parvenir à résoudre. Ces relations entraînent de surcroît un besoin renforcé de protection, puisque dans le cadre d'une relation à dimension internationale, nécessairement plus complexe, les risques sont plus nombreux. Il s'agit de risques pour les salariés comme pour les entreprises. Résolution des conflits d'une part (I), protection des entreprises et des salariés d'autre part (II), là résident les enjeux de la construction de normes sociales internationales.

I. La résolution des conflits de droits

La mondialisation c'est d'abord l'internationalisation des rapports juridiques. Or celle-ci entraîne une confrontation des droits nationaux source de conflits qu'il faut chercher à résoudre. À cette fin, a été bâtie une méthode de coordination des droits.

A. Le contexte

Le développement du droit social international et européen est à l'évidence lié au phénomène de mondialisation et de régionalisation. En raison du développement économique et des avancées technologiques, un double mouvement de mondialisation et de régionalisation est initié il y a un peu plus d'un siècle, double mouvement qui a immédiatement saisi la confection du droit. En effet, **l'internationalisation des rapports juridiques est une réalité qui ne peut plus être contestée et, par conséquent, le droit lui-même a dû s'internationaliser.** Or, pas plus que le droit des affaires, le droit du travail n'échappe à la mondialisation de l'économie. Pendant longtemps restées exceptionnelles, les situations d'internationalisation des relations de travail se sont multipliées. L'on constate, depuis de nombreuses

années maintenant, un remarquable essor des mouvements de détachement et d'expatriation et plus généralement des phénomènes migratoires.

Les exemples sont multiples. Là un travailleur étranger venant travailler en France pour une durée plus ou moins longue. Ici un travailleur français partant accomplir son travail à l'étranger. Ailleurs encore un travailleur effectuant des déplacements successifs pour exécuter sa prestation de travail sur des chantiers situés dans des pays différents. On le voit, **les situations d'internationalisation du rapport de travail sont variées et, en raison de cette hétérogénéité, le vocabulaire permettant d'évoquer les rapports internationaux de travail est extrêmement riche.** On parle de travailleurs migrants, de travailleurs détachés, de travailleurs expatriés. On évoque aussi la mobilité internationale, la mise à disposition, les missions ou encore les transferts de salariés. Mais, malgré cette hétérogénéité, un point commun unit ces situations : elles sont toutes, sans exceptions, marquées par au moins un élément d'extranéité.

Une relation juridique est marquée par un élément d'extranéité lorsque tous les éléments qui composent et dessinent cette relation ne peuvent pas être rattachés à un même pays. Or, **lorsqu'une relation juridique est ainsi marquée par un ou plusieurs éléments d'extranéité, plusieurs systèmes juridiques ont vocation à s'appliquer.** Ces systèmes juridiques se trouvent alors en concours. Ce concours peut être conflictuel c'est-à-dire qu'il peut prendre la forme d'un conflit ; précisément, la concurrence des droits peut aboutir à un conflit de règles et à un conflit de compétences. Il faut régler ces conflits. Concrètement, **il faut offrir aux relations juridiques internationales des solutions de résolution des conflits de règles et de compétences.** C'est pourquoi la mondialisation est à l'origine d'une collaboration entre États en vue, par accords internationaux, de l'édiction de règles de résolution des conflits, conflits de lois d'une part, conflits de juridictions d'autre part. **Résoudre les conflits de lois et de juridictions,**

c'est le premier enjeu de la construction d'une législation supranationale. Cet enjeu incite à la coordination des systèmes juridiques nationaux.

B. La méthode

La première méthode du droit social international et européen est une méthode dite de **coordination**. Plus souple que la suivante (cf. *infra* II), elle laisse au pays le soin d'organiser, de manière autonome, leur système de droit social dans le respect de la souveraineté des nations et des peuples. Il en résulte une diversité et une hétérogénéité des droits nationaux, notamment en matière sociale. Or, en raison de la mondialisation de l'économie et de l'accroissement de la mobilité tant des capitaux que de la force de travail, une telle diversité et une telle hétérogénéité conduisent à l'apparition de conflits. À une situation de travail donnée, plusieurs systèmes juridiques nationaux ont vocation à s'appliquer. Il y a alors conflits de systèmes juridiques nationaux ou conflits de droits.

Les questions qui vont se poser dans une telle situation d'internationalisation du rapport de travail sont précisément les suivantes: **Quel droit va s'appliquer aux relations de travail comportant un élément d'extranéité? Précisément, quelle loi sera applicable et, le cas échéant, quel juge sera compétent?** La réponse est évidemment essentielle. Pour s'en rendre compte, prenons un exemple, celui de l'exercice du droit de grève. Imaginons une situation dans laquelle les parties à un contrat de travail ont désigné, formellement dans le corps du contrat, la loi française comme étant la loi applicable. C'est donc *a priori* la loi française qui régit la relation de travail. Mais il se trouve que la prestation de travail est exécutée dans un pays où le droit de grève est interdit et le licenciement pour avoir fait grève envisageable sans avoir à caractériser une faute lourde. L'employeur pourra-t-il se prévaloir du fait de grève pour prononcer le licenciement? Ou devra-t-il se conformer à la législation française et, respectant l'exercice du droit de grève, n'envisager un licenciement que

s'il peut se prévaloir d'une faute lourde? La réponse est essentielle puisqu'elle déterminera l'avenir même du salarié dans l'entreprise et les éventuelles indemnités auxquelles il pourrait prétendre en cas de licenciement. On comprend à quel point les règles de détermination de la loi applicable à un contrat de travail international sont essentielles. La question du juge compétent pour connaître du litige qui s'ensuivrait est aussi importante. En effet, selon la nationalité du juge saisi, le résultat du contentieux ne sera pas forcément le même.

Pour résoudre ces questions, celle de la loi applicable à un contrat de travail international et celle du juge compétent en cas de litige survenu à l'occasion d'un contrat de travail international, les États se sont rapprochés pour bâtir une méthode de coordination. Il s'agit de coordonner les systèmes juridiques nationaux qui se trouveraient en situation de conflits en présence d'une relation de travail internationale. Ainsi, **la méthode de coordination a pour objectif d'apporter les règles de résolution des conflits en instaurant un mécanisme d'articulation des systèmes juridiques les uns avec les autres et, spécifiquement, en édictant des règles de désignation des systèmes compétents**. On comprend alors que la méthode de coordination permet seulement de désigner le système juridique applicable sans donner une solution au fond. Les règles de conflit ne sont que des mécanismes permettant de désigner une loi qui aura vocation à fournir une solution ainsi qu'un juge qui devra prononcer cette solution. Relevons ici que la méthode de coordination donne naissance à un droit social international. L'étude de ce droit social international revient en réalité à étudier des questions de droit international privé mais spécialement soulevées à l'occasion d'une relation de travail.

II. La protection des entreprises et des travailleurs

La mondialisation économique c'est aussi l'internationalisation accrue de la concurrence et l'essor de la mobilité internationale des salariés. Il en résulte un besoin renforcé de protection pour les entreprises comme pour les salariés que seule une législation relativement harmonisée peut offrir. L'enjeu de protection des entreprises et des travailleurs donne ainsi naissance à une méthode d'harmonisation des droits.

A. Le contexte

Tout d'abord, la mondialisation place les entreprises des différents États en situation de concurrence accrue à l'échelle internationale. La construction d'un droit international, en l'occurrence du travail, permet alors d'éviter les distorsions de concurrence qu'engendrent des législations sociales trop différentes. Là réside le deuxième enjeu de la construction de normes sociales à l'échelle internationale et européenne: **la maîtrise des conditions concurrentielles**. Y est naturellement et directement liée **la maîtrise des délocalisations**. Le contexte des délocalisations, engendrant suppressions d'emplois massives, se multiplie par la recherche du moindre coût du travail par les entreprises. C'est le fameux dumping social qui consiste en la recherche de la législation sociale la moins contraignante, la moins coûteuse. **Pour y faire face, les États se sont rapprochés afin d'unifier les règles et d'égaliser les conditions de la concurrence**. Ainsi, la mondialisation est à l'origine d'accords interétatiques puis de regroupements institutionnels d'États ayant pour objet la création de normes internationales en matière sociale, mais aussi fiscale, pour maîtriser les conditions de concurrence. **Cet enjeu de la maîtrise des conditions de concurrence incite à l'harmonisation des normes**.

Il y a, on le voit, un **intérêt pour l'entreprise** à l'existence de normes interétatiques et supra-étatiques en matière sociale, comme en matière

fiscale. L'intérêt est celui de la maîtrise des coûts que l'harmonisation des normes emporte: le droit social doit se faire partout de la même façon, dans les mêmes conditions, à un niveau de protection similaire, sinon il y a un risque de dumping social très fort et donc de rupture des conditions de la concurrence. Il faut que les entreprises soient placées dans des conditions de concurrence similaires pour rester performantes et viables; elles doivent être soumises aux mêmes règles, aux mêmes contraintes. Il faut donc une harmonisation des normes. Ce propos doit évidemment être mis en perspective avec les velléités actuelles d'une suppression des normes internationales...

Ensuite, la mondialisation renforce par ailleurs **la mobilité internationale des salariés**. La mondialisation se traduit par le déplacement accru des travailleurs à l'échelle mondiale. Il y a là le troisième et dernier enjeu de la construction de normes sociales internationales: **assurer aux travailleurs un minimum de protection où qu'ils soient amenés à exécuter leur prestation de travail**. Il s'agit pour eux de trouver dans le pays d'accueil des conditions de travail et de protection sociale au mieux similaires à celles connues dans leur pays d'origine, à tout le moins leur assurant un niveau de protection suffisant. **À cette fin, il s'agit d'uniformiser les conditions de travail et de protection sociale et cet enjeu, encore une fois, incite à l'harmonisation des normes**.

Il faut ici relever qu'il y a donc aussi un **intérêt pour les salariés** à l'existence de normes supra-étatiques: leur protection économique et sociale. Si l'on veut encourager la mobilité des travailleurs, il faut leur assurer qu'ils trouveront dans le pays d'accueil des conditions de travail et un niveau de rémunération et de protection sociale similaires à ceux dont ils bénéficient dans leur pays d'origine. Plus encore, il importe de bâtir un droit social protecteur économiquement (la détresse économique entraînant des conflits pouvant dégénérer en guerre) et socialement (il faut des conditions de travail acceptables par

l'être humain et pour tous les êtres humains). Il faut donc édicter des normes universelles ou au moins harmonisées.

B. La méthode

La seconde méthode du droit social international et européen est une méthode dite d'harmonisation. Il s'agit alors de tenter une **unification des droits**; il s'agit de se rapprocher d'une **uniformisation des systèmes juridiques nationaux** dans une stratégie de pur dépassement des frontières quant à l'élaboration et au contenu du droit social. Ainsi, la méthode d'harmonisation consiste en des rapprochements voire des unifications des législations nationales. La volonté d'harmonisation repose sur un objectif initial toujours actuel, que l'on vient d'évoquer : l'amélioration des conditions de travail et des conditions de concurrence. Spécialement en matière sociale, l'harmonisation est recherchée en raison d'un objectif primordial qui est d'améliorer les conditions de travail. **La méthode d'harmonisation répond alors à une démarche humaniste.** Fondamentalement cela signifie que l'harmonisation ne peut avoir lieu que par le haut, le but étant que tout le monde progresse et que les conditions des travailleurs s'améliorent. Cet objectif est plus ou moins facile à mettre en œuvre au regard du champ d'application des normes. C'est un lieu commun de constater qu'il est plus facile de mettre en œuvre cette démarche d'harmonisation pour tendre vers des conditions de travail optimales au niveau régional, notamment celui de l'Europe, qu'au niveau de la planète.

Pour autant, malgré la difficulté d'agir à l'échelle mondiale, nous verrons que l'Organisation internationale du travail (OIT) n'a jamais voulu modifier le **principe d'universalité** qui sous-tend son action normative. Ce principe commande que les normes édictées par l'OIT sont applicables de la même manière à tous les pays membres sans tenir compte des cultures et niveaux économiques différents, voire par conséquent de leurs besoins distincts. On le devine, cette approche universelle n'est pas sans rencontrer des difficultés au stade de l'application des normes construites à l'échelle internationale. On évoque à ce titre un manque d'effectivité des normes sociales internationales. La question suivante a même été posée : ne devrait-on pas édicter des normes régionales au sein même de l'OIT ? Il s'agirait de tenir compte des disparités pour tenter de remédier à l'inaffectivité de certaines normes. Aussi louable que soit le but de ce renouveau parfois proposé, la régionalisation des normes de l'OIT a toujours été refusée : « *pas de sous normes pour les sous-hommes* » a pu à cet égard affirmer Philippe Barthélémy (Normes sociales internationales et conditions de travail dans les pays en développement, in *Région et développement* n° 22-2005). Il est impossible de distinguer entre les hommes qui travaillent ; ils sont égaux sur la planète et la vocation même de l'OIT est d'assurer que les hommes bénéficient d'un modèle vers lequel chacun doit tendre et toujours en améliorant les conditions de travail. Quoi qu'il en soit, la méthode d'harmonisation donne naissance à un droit international social.

■ ■ ■ REPÈRES

- Le droit social est avant tout un droit national.
- En raison de la mondialisation, il est toutefois apparu nécessaire de construire un droit social international.
- Le droit social international au sens large est construit à différentes échelles : mondiale et régionale.
- Le droit social international a deux finalités : résoudre les conflits de lois et de juridictions, protéger les entreprises et les travailleurs.

- Le droit social international déploie deux méthodes qui répondent aux deux finalités qui lui sont assignées : une méthode de coordination et une méthode d'harmonisation.
- L'internationalisation du droit social revêt ces deux aspects fondamentaux qui ne sont pas étanches et qui au contraire s'entremêlent.

■ ■ ■ POUR GAGNER DES POINTS

Remarques d'ordre terminologique

Les expressions « droit international du travail » et « droit du travail international » se rencontrent plus fréquemment que celles de « droit international social » et « droit social international ». Pourtant, ces dernières sont plus pertinentes. En effet, dans la plupart des cas lorsque sont évoqués le « droit international du travail » et le « droit du travail international », il s'agit précisément d'étudier toutes les questions de droit social dans leur dimension internationale. Rappelons que le droit social recouvre le droit du travail, le droit de l'emploi, le droit de la protection sociale en général et de la sécurité sociale en particulier. Il est donc plus pertinent d'évoquer le droit international social d'une part, le droit social international d'autre part, sauf à étudier les seules questions de droit du travail.

En tout état de cause, et même si nous employons facilement l'expression « droit social international » pour évoquer à la fois les règles construites au niveau international et les règles qui permettent de résoudre les conflits, le droit international social doit être distingué du droit social international. D'un côté le droit est lui-même international, en ce sens qu'il est d'origine internationale. Pour le dire autrement, étudier le droit social international revient à étudier le droit social tel qu'il se construit à l'échelle internationale. De l'autre côté c'est le travail, précisément le rapport de travail, qui est international – l'internationalité engendre alors un conflit de droits qu'il faut résoudre. Ainsi, étudier le droit social international – on parle ici plus volontiers de droit du travail international – revient à étudier le droit applicable aux relations de travail internationales.

Il convient par conséquent de distinguer les sources internationales du droit social des sources du droit social international. Les sources internationales du droit social peuvent s'appliquer à des rapports de droit purement internes comme à des rapports de droit internationaux alors que les sources du droit social international ont vocation à régir les seuls rapports de droit comportant un élément d'extranéité.



LEÇON 2

LES SOURCES DU DROIT SOCIAL INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

- I. Les États
- II. Les institutions internationales
- III. Les entités professionnelles

Dans quel(s) cadre(s) la législation sociale internationale et européenne est-elle adoptée ? Dans quel cadre est construit le droit social international ? Quelles sont les personnes et institutions habilitées à légiférer en matière sociale à l'échelle internationale ? Ces questions renvoient à la problématique des sources de la norme sociale internationale. La pratique qui correspond à l'approche classique, celle des accords internationaux signés par deux ou plusieurs États sans regroupement institutionnel entre eux – accords bilatéraux ou multilatéraux – est aujourd'hui dépassée. Cette pratique interétatique est précisément dépassée tout d'abord par des pratiques supranationales consistant en un regroupement institutionnalisé d'États ayant notamment pour fonction de produire du droit. Ensuite, la pratique interétatique traditionnelle est également, et depuis plus récemment, dépassée par des pratiques professionnelles qui sont quant à elles issues des entreprises mondiales et des relations professionnelles qui s'y tissent.

I. Les États

Les États sont, sans surprise, les premiers acteurs de l'internationalisation des rapports de travail et, par conséquent, les premiers auteurs du droit social international. Des textes étatiques et des textes interétatiques tiennent compte de cette internationalisation et régissent les relations de travail internationales.

A. Les sources étatiques

C'est avant tout dans les législations nationales que l'on trouve des dispositions qui ont vocation à régir les relations de travail internationales. En effet, les États ont dû, depuis longtemps, prendre en compte la situation singulière de travailleurs étrangers venant accomplir leur prestation de travail sur leur territoire comme celle, tout aussi singulière, de travailleurs nationaux travaillant pour le compte d'une société nationale mais envoyés, temporairement ou non, accomplir leur prestation de travail à l'étranger.

C'est ainsi que dans le Code du travail français on retrouve quelques articles ayant pour objet le rapport de travail international. Par exemple, l'article L. 1221-3 du Code du travail

prévoit que lorsque le salarié est étranger et le contrat constaté par écrit, une traduction du contrat est rédigée, à la demande du salarié, dans la langue de ce dernier. Autre exemple, il résulte de l'article L. 1251-16 du même Code relatif au contrat de travail conclu avec une entreprise de travail temporaire que, lorsque la mission s'effectue hors du territoire métropolitain, le contrat de mission doit comporter une clause de rapatriement du salarié à la charge de l'entrepreneur de travail temporaire. De plus, exemple sans doute plus connu, l'article L. 1231-5 du Code du travail dispose que « *lorsqu'un salarié engagé par une société mère a été mis à la disposition d'une filiale étrangère et qu'un contrat de travail a été conclu avec cette dernière, la société mère assure son rapatriement en cas de licenciement par la filiale et lui procure un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions en son sein* ». Enfin, nous pouvons également évoquer ici les articles L. 5221-1 et suivants du Code du travail régissant le statut des travailleurs étrangers en France.

Pour conclure sur ce point, il convient de ne pas oublier que la jurisprudence nationale a un rôle important à jouer dans la mise en œuvre et l'interprétation des normes sociales internationales comme des normes sociales nationales intéressant les relations de travail internationales.

B. Les sources interétatiques

Le droit international renvoie avant tout à la confrontation de plusieurs systèmes juridiques nationaux, le cas échéant organisée par des conventions bilatérales ou multilatérales adoptées entre les États en dehors de tout regroupement institutionnalisé. Ces conventions résultent de pratiques transnationales étatiques et sont la source première, historiquement, des normes internationales. Elles ont pour objet l'organisation ponctuelle des flux migratoires entre les États et de leurs conséquences juridiques. **Les instruments de cette organisation sont les accords bilatéraux voire multilatéraux qui sont de véritables traités internationaux.**

Le droit social n'y échappe pas. Ainsi, le droit social international n'est pas toujours issu d'institutions internationales. Il est parfois issu d'accord bilatéraux ou multilatéraux lesquels sont construits sur un même modèle et soumis à deux principes fondamentaux : un principe d'égalité d'une part, un principe de réciprocité d'autre part. Le **principe d'égalité** requiert l'égalité de traitement entre les nationaux et les étrangers ; aucune mesure discriminatoire, en l'occurrence en droit du travail et de la sécurité sociale, ne saurait être admise. On parle aussi de principe d'assimilation du travailleur migrant au travailleur national qui conduit à postuler l'égalité de traitement entre le migrant et le national sous réserve de réciprocité. Le **principe de réciprocité**, justement, signifie quant à lui que le traité doit être intégralement appliqué sous réserve de son application par l'autre partie. Relevons que ce principe est cependant assez illusoire en pratique. Toutefois, spécialement en droit social, si le droit étranger ne satisfait pas le ressortissant par exemple français, le traité bilatéral prévoit souvent que les parties pourront décider que la loi française s'appliquera au contrat de travail : il y a donc aussi un principe d'autonomie des parties, lequel sera malgré tout limité par l'ordre public du pays d'accueil. Sont également parfois prévus dans les traités un principe de maintien des droits acquis par le travailleur étranger dans son pays d'origine et un principe de totalisation des périodes d'assurance, dispositions également soumises à la clause de réciprocité.

La France a conclu un grand nombre de traités bilatéraux. L'affaire Air-Afrique, ayant donné lieu à un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 18 octobre 1988, est un exemple de l'application à des contrats de travail internationaux de l'accord franco-ivoirien du 24 avril 1961. En général, le principe de réciprocité n'est pas appliqué, mais lorsque le pays cocontractant ne respecte pas le traité, la France réagit comme s'il y avait réciprocité et garantit les droits nationaux aux migrants.