

Le système normatif de l'OIT: Pratique et questions juridiques

Alfred WISSKIRCHEN*

Depuis longtemps déjà les effets de l'internationalisation et la mondialisation vont en s'accroissant dans de nombreux domaines, notamment ceux des rapports économiques et juridiques. Bien que l'Organisation internationale du Travail (OIT) agisse dans ce domaine depuis quatre-vingt-six ans, son principal objet étant la politique sociale, elle n'est que moyennement connue dans beaucoup de ses États Membres, et son action semble n'avoir qu'une influence limitée. Il y a à cela des raisons qu'il faut identifier.

Les méthodes de travail de l'OIT et les résultats concrets qui en découlent ne sont pas bien connus, notamment le contenu effectif de ses nombreuses normes internationales du travail, et ce même dans les États Membres qui ont ratifié ces instruments¹. En outre, il est particulièrement difficile de comprendre comment ces textes prennent effet dans les systèmes juridiques nationaux.

Cet article a pour objet de passer en revue les raisons de ces manques. L'expérience de l'auteur le conduit à affirmer que, dans une certaine mesure, ces raisons tiennent aux méthodes actuelles de travail de

* Juriste, Bonn. L'auteur a participé à la Conférence internationale du Travail de 1969 à 2004. Durant vingt-huit ans, il y a siégé à la Commission de l'application des conventions et recommandations, dont il a été vice-président et porte-parole du groupe des employeurs de 1983 à 2004. Le présent article est une version revue d'un texte qui a paru dans la publication de langue allemande *Zeitschrift für Arbeitsrecht* (Cologne) 2003, n° 4, pp. 691-733. Il est traduit et publié ici avec l'aimable autorisation de Carl Heymanns KG, Cologne-Berlin-Bonn-Munich. Cet article était dédié, avec affection, au professeur Wolfgang Zöllner, à l'occasion de son 75^e anniversaire.

¹ En dépit du travail exhaustif de Nicolas Valticos (*Droit international du travail*, deuxième édition, Paris, Dalloz, 1983) ou, plus récemment, de travaux universitaires comme ceux de Niklas Dominik Wagner (*Internationaler Schutz sozialer Rechte, die Kontrolltätigkeit des Sachverständigenausschusses der IAO*, Dissertation, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, étude n° 23, Baden-Baden, 2001) et de Stefan Brupbacher (*Fundamentale Arbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation, Eine Grundlage der sozialen Dimension der Globalisierung*, Zürcher Dissertation, Berne, 2002) ou de contributions plus courtes à l'occasion de publications commémoratives, par exemple Alfred Wisskirchen: «Ausgewählte Fragen der Normenüberwachung», dans l'ouvrage *Weltfriede durch soziale Gerechtigkeit, 75 Jahre Internationale Arbeitsorganisation*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1994, pp. 65-75.

l'OIT et aux résultats qu'elles donnent. Elles tiennent aussi en partie à la structure et au mode opératoire du droit international. Nous proposons ici un examen de la façon dont les normes sont élaborées et leur application contrôlée, examen qui conduira à considérer les problèmes susmentionnés².

La structure de l'OIT

Historique et Constitution de l'OIT

Le texte fondateur de l'Organisation internationale du Travail (ci-après OIT) est la Partie XIII du Traité de Versailles³. La nouvelle Organisation était associée à la Société des Nations et, depuis 1946, elle est une institution spécialisée du système des Nations Unies. Ses lignes directrices, buts et raisons d'être sont clairement énoncés dans le Préambule de la Constitution de l'OIT (ci-après la Constitution). Deux éléments essentiels apparaissent dès la première phrase du Préambule: «Attendu qu'une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale». Le souhait de garantir une paix durable dans le traité global qui a mis fin à la première guerre mondiale était évident et tout à fait naturel. On a considéré alors que cette paix pouvait être mise en danger, notamment par des conditions de travail injustes, et un appel pressant était lancé pour les améliorer dans des domaines aussi importants que la réglementation des heures de travail, la lutte contre le chômage, la garantie de salaire assurant des conditions d'existence convenables, la protection de certaines catégories de travailleurs et l'affirmation du principe de la liberté syndicale⁴. Peu avant la fin de la seconde guerre mondiale, en mai 1944, la 26^e session de la Conférence internationale du Travail (ci-après CIT) a adopté une «Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du Travail», ainsi qu'un certain nombre de principes dont devrait s'inspirer la politique de ses Membres. Cette «Déclaration de Philadelphie» confirmait et étendait les principes et responsabilités de l'Organisation dans le domaine de la politique sociale telle que définie par la Constitution originale. La Déclaration, qui figure en annexe de la Constitution, en fait partie intégrante (article 1, paragraphe 1, de la Déclaration).

² William Simpson, qui a longtemps été fonctionnaire du BIT, propose une analyse impressionnante et fort critique dans *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, pp. 47 et suivantes. Il condamne de fait la production massive d'instruments, qui selon lui sont de qualité médiocre, trop détaillés et pratiquement impossibles à ratifier. En outre, il considère que le contrôle de l'application des normes, compte tenu du nombre élevé de ratifications, est insatisfaisant à bien des égards. En fin de compte, il est assez remarquable que nombre de ses critiques et suggestions convergent avec mes propres observations.

³ *The Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Germany*, Londres, H.M. Stationery Office, 1919, Partie XIII, pp. 387-411. Edition bilingue anglais-français.

⁴ Deuxième paragraphe du Préambule de la Constitution.

Toutefois, l'idée d'établir des normes internationales touchant au droit du travail et à la politique sociale remonte au XIX^e siècle⁵. La Conférence internationale concernant le règlement du travail aux établissements industriels et dans les mines qui s'est tenue à Berlin en 1890 représentait une véritable tentative d'arriver à des accords sur l'adoption de tels instruments. Toutefois, elle ne s'est conclue que par une liste de souhaits et de recommandations. La portée de cette tentative a été appréciée diversement, tant à l'époque que cent ans plus tard à l'occasion d'une conférence commémorative⁶.

Longtemps, l'établissement de normes dans ce domaine a été accueilli avec beaucoup de scepticisme parce qu'il ne semblait pas possible de contrôler et de garantir leur application. Mais, finalement, le souci d'empêcher les Etats ayant de médiocres normes sociales d'en tirer un avantage comparatif par rapport aux autres en établissant des normes internationales minimales l'a emporté⁷. Cette idée de concurrence loyale est exprimée dans le troisième paragraphe du Préambule de la Constitution, avec une formulation quelque peu datée: «Attendu que la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leur propre pays». La revendication de conditions de travail uniformes dans un monde hétérogène reste toutefois problématique⁸.

Les organes et les particularités de l'OIT

Les principaux organes de l'OIT sont la Conférence générale annuelle (Conférence internationale du Travail, ci-après CIT), le Conseil d'administration et le Bureau international du Travail (ci-après BIT) (article 2 de la Constitution). La Conférence est l'instance suprême qui réunit les représentants des 178 Etats qui sont aujourd'hui Membres de l'Organisation, dont toutes les instances importantes comprennent des délégués des gouvernements, des employeurs et des travailleurs. A la Conférence, chaque pays a deux sièges de délégués gouvernementaux, un

⁵ Wagner, *op. cit.*, p. 41, et Edward E. Potter: «Renewing international labour standards for the 21st century», *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2001, p. 205.

⁶ Les principales contributions et leur discussion figurent dans *Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA)*, 1991, pp. 323 et suivantes. Voir également Rolf Birk: «Arbeitnehmerschutz – vom internationalen zum supranationalen Recht», *ZfA*, 1991, pp. 356 et suivantes; et Max Kern: «Zur Wirkungsgeschichte der Arbeiterschuttkonferenz in internationalen Bereich», *ZfA*, 1991, pp. 323 et suivantes.

⁷ Parallèle intéressant: dans le traité du 25 mars 1957 établissant la Communauté économique européenne (CEE), un aspect du temps de travail, les «congés payés», faisait l'objet d'une des rares règles de droit du travail, avec celle portant sur l'égalité de rémunération entre hommes et femmes (art. 119), incluses à la demande de la France dans l'article 120 (désormais art. 143) du Traité de Rome. La raison sous-jacente était, là encore, la concurrence dans le cadre des règles sociales minimales.

⁸ Birk, *op. cit.*, p. 360.

siège de délégué employeur et un siège de délégué travailleur. La répartition des votes – la moitié pour le gouvernement et l'autre moitié partagée entre employeurs et travailleurs – s'applique aussi au Conseil d'administration qui est constitué de 28 représentants gouvernementaux dont 10 proviennent d'Etats Membres «dont l'importance industrielle est la plus considérable», de 14 représentants des employeurs et de 14 représentants des travailleurs (article 7 de la Constitution). Le troisième organe est le Bureau international du Travail, dirigé par un Directeur général, qui, en plus de son siège à Genève, a plusieurs bureaux régionaux et locaux. Les effectifs du BIT s'élèvent aujourd'hui à quelque 2 000 personnes.

Une caractéristique spéciale et constante de l'OIT est la constitution tripartite de tous ses organes, qui est reflétée dans la composition de ses assemblées et des droits de vote conséquents. Il faut bien insister sur l'indépendance d'action des représentants des employeurs et des travailleurs et surtout sur leur indépendance à l'égard de leur propre gouvernement qui s'enracine dans le principe de la liberté syndicale. C'est pourquoi les gouvernements ne peuvent nommer les représentants des partenaires sociaux en tant que délégués à la CIT qu'avec l'accord des organisations professionnelles les plus représentatives soit des employeurs soit des travailleurs (article 3, paragraphe 5, de la Constitution). Si un Etat Membre envoie une délégation incomplète où figurent, aux côtés des représentants des gouvernements, soit uniquement un représentant des employeurs, soit uniquement un représentant des travailleurs, celui-ci perd son droit de vote (article 4, paragraphe 2, de la Constitution). Le principe du tripartisme est complété par le principe, strictement observé, de l'autonomie des groupes. Cette autonomie est évidente au vu des dispositions relatives à la désignation des représentants des employeurs et des travailleurs au Conseil d'administration (article 7, paragraphe 4, de la Constitution), ainsi que de nombreux articles du Règlement de la Conférence internationale du Travail qui traitent du Bureau de la Conférence, de la composition des commissions (hormis la Commission des finances qui ne rassemble que des représentants des gouvernements), des bureaux des commissions et des règles de vote.

Les commissions techniques de la Conférence, où se fait le travail essentiel, le travail de fond, ont toutes une composition tripartite, chacun des trois groupes ayant un nombre égal de voix (article 64, paragraphe 2, du Règlement de la Conférence). Cela signifie que, si les groupes des employeurs et des travailleurs se mettent d'accord, ils ont une majorité des deux tiers à eux seuls⁹.

⁹ Voir aussi Brupbacher, *op. cit.*, pp. 48 et suivantes, à propos du tripartisme comme caractéristique constitutive de l'OIT, de la force des partenaires sociaux et des différences notables de cohésion entre les groupes des employeurs et des travailleurs.

Action normative

Procédure

Pendant de nombreuses décennies la principale activité de l'OIT a été de préparer et d'adopter des normes internationales du travail sous forme de conventions et de recommandations. S'il existe aujourd'hui un corpus officiel de 185 conventions, 5 protocoles et 195 recommandations, certaines conventions ne sont jamais entrées en vigueur et beaucoup ont été mises à l'écart ou retirées¹⁰.

La procédure formelle et le déroulement des opérations pour l'élaboration de ces instruments comprennent les grandes étapes suivantes. Le Conseil d'administration décide de placer l'examen d'une question donnée à l'ordre du jour d'une CIT à venir et détermine les diverses étapes préparatoires qu'il estime appropriées. Cette préparation comprend en général la réalisation d'une étude, par le Bureau, des lois et pratiques en vigueur dans les Etats Membres. En outre, le Bureau demande à ces derniers s'ils souhaitent voir un certain nombre de questions réglementées et sous quelle forme. Un premier projet est alors rédigé – sous forme de «conclusions proposées» – qui donne lieu à une première lecture et peut être amendé, lors de la CIT, par une commission technique instituée pour traiter cette question de l'ordre du jour. Normalement, une deuxième lecture a lieu l'année suivante où la commission compétente établit la forme de la norme (une convention ou une recommandation) (article 38 et 39 du Règlement de la Conférence). L'adoption définitive d'une convention ou d'une recommandation demande une majorité des deux tiers des voix des délégués présents (article 19, paragraphe 2, de la Constitution). Il s'écoule habituellement quatre ans entre la délibération du Conseil d'administration et la décision finale de la Conférence¹¹.

La majorité de deux tiers nécessaire pour l'adoption d'un nouvel instrument en séance plénière de la Conférence est régulièrement atteinte parce que les gouvernements (qui détiennent la moitié des voix) et les travailleurs sont habituellement d'accord pour adopter le texte. Cela peut même arriver lorsqu'un gouvernement est décidé à ne pas ratifier la convention pour son pays. L'un des arguments avancés en faveur d'une telle pratique est que ces gouvernements ne souhaitent pas faire obstacle à l'application de la convention par les autres Etats. Même en cas de rejet de la convention, certains Etats pourraient faire leur la convention. Selon l'article 21 de la Constitution, un projet de convention qui n'a pas recueilli la majorité des deux tiers des suffrages exprimés peut faire l'objet d'une convention particulière entre ceux des

¹⁰ Voir ci-après: «Critiques et nouvelles approches».

¹¹ Pour plus de détails, voir Alfred Wisskirchen et Christian Hess: *Manuel à l'usage des employeurs sur les activités normatives de l'OIT*, Bureau des activités pour les employeurs (ACT/EMP), BIT, Genève, 2002, pp. 15 et suivantes, le calendrier figurant à la p. 18.

Membres de l'Organisation qui en ont le désir. Toute convention ainsi conclue doit être communiquée par les gouvernements intéressés au Directeur général du BIT et au Secrétaire général des Nations Unies pour enregistrement conformément aux dispositions de l'article 102 de la Charte des Nations Unies. Le comportement de nombreux gouvernements de pays en développement est surprenant. Dans l'ensemble, ils ont tendance à approuver les nouveaux instruments, même s'ils contiennent des normes très strictes, et ensuite ils les ratifient¹².

Selon les dispositions finales types qui ont été ajoutées aux conventions depuis la 11^e session de la CIT en 1928¹³, un instrument entre en vigueur douze mois après que les ratifications de deux Membres ont été enregistrées par le Directeur général du BIT. Il n'existe que peu d'exceptions à cette règle de base. C'est surtout le cas des conventions relatives au travail maritime¹⁴. La convention (n° 31) sur la durée du travail (mines de charbon), 1931, et la convention (n° 46) (révisée) sur la durée du travail (mines de charbon), 1935, nécessitaient la ratification par deux pays figurant sur une liste de sept pays européens nommément désignés.

Les conventions lient tout Etat Membre qui les a ratifiées. Les effets de la ratification sur un Etat dépendent de sa propre constitution. En Allemagne, par exemple, une loi est nécessaire pour ratifier un instrument international et l'incorporer au droit national (article 59, paragraphe 2, de la Constitution de ce pays). En droit international, les opinions varient grandement sur ce sujet et les organes de l'OIT ont modifié leur position au cours des années¹⁵. Une loi d'application peut ne pas être nécessaire dans les seuls cas, rares, de dispositions directement applicables¹⁶.

S'agissant de l'application au niveau national, l'article 19, paragraphe 5 d), de la Constitution prévoit que le Membre doit informer le Directeur général de la ratification et prendre «telles mesures qui seront nécessaires pour rendre effectives les dispositions de ladite convention». La rédaction des conventions diffère de l'une à l'autre à cet égard, mais la plupart d'entre elles mentionnent la loi, les conventions collectives, l'arbitrage et les décisions de justice comme moyens possibles de mise en application.

¹² Birk, *op. cit.*, p. 360, note 33 «Bei manchen Staaten wundert man sich über die Ratifizierungseifer» (l'engouement de nombreux Etats pour les ratifications est surprenant).

¹³ Ces dispositions figurent dans *Conventions et Recommandations internationales du Travail*, vol. II, Annexe I, BIT, Genève, 1985, p. 1333.

¹⁴ Par exemple, les conditions préalables à l'entrée en vigueur de la convention (n° 147) sur la marine marchande (normes minima), 1976, étaient la ratification d'au moins dix Membres ayant ensemble un tonnage brut de 25 pour cent de la flotte marchande mondiale. D'un point de vue juridique, la convention n° 147 est la plus intéressante, parce que, en dernière analyse, elle affecte des Etats Membres qui ne l'ont pas ratifiée.

¹⁵ Pour plus de précisions sur ce sujet, voir Wagner, *op. cit.*, pp. 102 et suivantes.

¹⁶ R. Birk: *Münchener Handbuch Arbeitsrecht*, Munich, C.H. Beck, 2000, vol. I, paragr. 17, note marginale 52.

Les recommandations, qui jusqu'en 1970 (à une exception près) n'existaient qu'en complément d'une convention, ne sont pas soumises à ratification et restent, comme leur nom l'indique clairement, non contraignantes. Tout sujet fait l'objet d'un examen approfondi par la commission technique compétente de la CIT, et le libellé des textes donne souvent lieu à des négociations intenses et serrées jusqu'à la dernière minute. Du fait des difficultés rencontrées pour arriver à un accord sur le contenu d'une convention, le manque de temps conduit quelquefois à transférer en bloc, sans les examiner de près, tous les points importants restant à discuter dans la recommandation associée. Par conséquent, le contenu d'un bon nombre de recommandations manque de cohérence et de signification.

Universalité et souplesse

Dans l'idéal, les normes inscrites dans les instruments de l'OIT ont une portée universelle et pas seulement parce que ceux-ci sont formellement destinés à tous les Etats. Etant donné la diversité des situations qui prévalent dans le monde, un minimum de souplesse est la condition sine qua non pour que les instruments soient vraiment universels. Cette souplesse peut et doit être gardée à l'esprit lors de leur élaboration comme le dit expressément l'article 19, paragraphe 3, de la Constitution. Le corollaire du principe d'universalité, et donc de la souplesse qu'il implique, est que l'application des normes doit être uniforme. Les «doubles normes» ne sont pas admises. Il s'agit souvent là d'un sujet brûlant pour les pays en développement. Comme on l'a vu, leurs gouvernements acceptent le libellé des nouvelles conventions et ratifient celles-ci. Après quelques années, lorsque les rapports sur l'application des normes révèlent des manquements dans leur législation et leur pratique en la matière, il n'est pas rare que ces pays plaident l'impossibilité pour les pays en développement de satisfaire à de telles exigences et donc demandent des dérogations spéciales.

Il y a plusieurs moyens de garantir la souplesse des instruments de l'OIT. Par exemple, ils doivent établir des principes généralement acceptés plutôt que d'entrer dans des détails techniques. Les normes minimales concrètes ou les objectifs de politique sociale doivent être définis dans les documents d'accompagnement s'il y a un besoin pratique de les énoncer. Quant aux moyens d'application, ils doivent être dans la plus grande mesure possible laissés à l'appréciation des Etats Membres. Le propos de ces documents d'accompagnement est toujours la mise en œuvre d'une politique qui sert les objectifs spécifiés. Cela suppose en général un dosage de mesures qui diffèrent d'un pays à l'autre. Il y a aussi la possibilité de dispositifs temporaires, soit pour tout l'instrument soit pour certaines dispositions particulières. Il faudrait exploiter plus largement les clauses de flexibilité qui figurent à

l'article 19, paragraphe 3, de la Constitution. Parmi celles-ci figurent des possibilités de modifications en raison du «climat» ou du «développement incomplet de l'organisation industrielle», mais aussi «d'autres circonstances particulières» qui devraient conduire à un recours plus fréquent à des clauses «d'équivalence» ou à d'autres mécanismes d'adaptation, exceptions et solutions de rechange¹⁷.

Plus que jamais, les instruments de l'OIT doivent être examinés pour vérifier leur cohérence avec les objectifs de créer des emplois et de promouvoir la capacité des entreprises d'affronter la concurrence. Rien ne devrait être permis qui entrave la poursuite de ces objectifs prioritaires. David Morse, ancien Directeur général du BIT, en avait conscience lorsque, dans son rapport à la 53^e session de la CIT, en 1969, il écrivait, à l'occasion du 50^e anniversaire de l'OIT, à propos des buts et objectifs du programme mondial de l'emploi, que la préoccupation première n'était plus l'amélioration des conditions de travail et d'emploi de ceux qui ont déjà du travail, mais le sort de ceux qui n'ont pas de possibilités d'emploi¹⁸.

Un indicateur concret qui permet de savoir si un nouvel instrument de l'OIT a rempli les conditions mentionnées ci-dessus est le fait qu'un large consensus soit atteint entre les trois mandants lors de sa rédaction. Tout commence avec le choix du sujet par le Conseil d'administration, mais le travail préliminaire que fait ensuite le Bureau est de toute importance. Il comprend l'établissement d'une liste de questions fondées sur un rapport qui fait état des législations et pratiques nationales et contient une analyse objective des réponses des Etats Membres. Dans le débat décisif qui a lieu à la commission technique de la Conférence, les décisions prises par une majorité étroite (gouvernements, employeurs et travailleurs détiennent chacun un tiers des voix) conduisent souvent à des textes qui du point de vue des entreprises sont loin de remplir les critères susmentionnés.

Il ne semble plus d'actualité que les conventions entrent en vigueur après avoir obtenu seulement deux ratifications¹⁹ et qu'elles ne puissent être dénoncées qu'après dix ans, avec un an de préavis. Aucune disposition de la Constitution ou du Règlement de la Conférence n'établit de telles règles, qui ont néanmoins été introduites dans les dispositions finales types depuis 1928. La Conférence peut – et elle devrait le faire à l'avenir – décider du contenu des dispositions finales de chaque nouvelle convention. Plus de souplesse dans les détails et une plus grande variabilité sui-

¹⁷ Pour plus de détails, voir A. Wisskirchen et C. Hess, *op. cit.*, p. 21.

¹⁸ BIT: *Programme mondial de l'emploi*, Rapport du Directeur général, Conférence internationale du Travail, 53^e session, Genève, 1969. Voir aussi David Morse: «Le programme de l'emploi», *Revue internationale du Travail* (Genève), vol. 97 (1968), n° 6, pp. 561-569.

¹⁹ Par comparaison, le statut de la Cour pénale internationale n'est entré en vigueur que lorsqu'il a été ratifié par 60 Etats. La convention-cadre de l'OMS pour la lutte anti-tabac n'est entrée en vigueur qu'après avoir obtenu 40 ratifications.

vant le domaine réglementé seraient souhaitables et appropriées lorsque l'on détermine combien de ratifications sont nécessaires pour que la convention entre en vigueur et quelles sont les possibilités de la dénoncer.

L'Allemagne, par exemple, a ratifié 83 des 185 conventions²⁰; parmi celles-ci, 74 sont encore en vigueur. En Allemagne, comme dans beaucoup de pays industrialisés, il est rare que la décision de ne pas ratifier soit motivée par le fait que l'instrument demande un niveau trop élevé de protection. C'est en général le nombre excessif de détails techniques et juridiques qui fait obstacle à l'intégration des dispositions dans le système juridique national. La convention (n° 103) sur la protection de la maternité (révisée), 1952, fait exception car c'est vraiment le fond, plutôt que les détails juridiques, qui empêche sa ratification. L'article 4, paragraphe 8, dispose qu'en aucun cas l'employeur ne peut être personnellement responsable du coût des prestations dues aux femmes qu'il emploie. La contribution patronale aux prestations de maternité, prévue par l'article 14 de la loi sur la protection de la maternité, qui souvent constitue la majeure partie de la prestation versée en remplacement du salaire, est incompatible avec la convention, qui n'a donc pas été ratifiée par l'Allemagne.

De nombreux instruments de l'OIT sont aujourd'hui dépassés. Cela n'est guère surprenant si l'on pense à ceux qui ont été adoptés aux débuts de l'Organisation, alors que l'industrie et le monde du travail étaient fort différents de ce qu'ils sont aujourd'hui. Mais il est tout aussi évident que des normes bien plus récentes sont décidément imparfaites. Un révélateur en est la forte chute du taux de ratification des conventions durant les dernières décennies. Sur 22 conventions adoptées entre 1980 et 1995, 8 seulement ont obtenu plus de 10 ratifications alors qu'elles sont 12 à en avoir obtenu moins de 10²¹. Ainsi, le Rapport du Directeur général à la 87^e session de la CIT en 1999 indiquait-il: «les conventions et recommandations de l'OIT constituent un moyen essentiel de protection des travailleurs dans le monde entier. Toutefois, à l'exception d'une poignée de conventions, la plupart des normes de l'OIT sont mal connues. La ratification pose aussi des problèmes croissants en raison de l'accumulation des traités. Sur les 23 conventions et les 2 protocoles adoptés en 15 ans, c'est-à-dire de 1983 à 1998, 3 seulement ont fait l'objet d'au moins 20 ratifications. Même lorsqu'elles sont ratifiées maintes conventions sont très peu appliquées» (pp. 17-18).

L'examen rapide des rapports de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (commission d'experts) semble corroborer l'opinion du Directeur général selon laquelle

²⁰ A ce jour, les Etats-Unis d'Amérique ont ratifié 14 conventions, la France 124 et le Japon 47.

²¹ Pour plus de précisions, voir Christian Hess dans *Arbeitgeber* (Berlin), 1995, n° 11, pp. 414 et suivantes.

les conventions sont peu appliquées²². Ses commentaires défavorables ont augmenté substantiellement au cours des années. On en trouvera une illustration dans l'allongement régulier du rapport annuel de la commission qui est passé de 316 pages en 1983 à 460 pages en 1995 et 786 pages en 2003²³. Même si l'on prend en compte le nombre croissant de ratifications, la dénonciation des manquements dans l'application des conventions ratifiées a augmenté. Et il ne faut pas oublier que, ces dernières années, la commission a raccourci ses commentaires sur chaque cas individuel.

Critiques et nouvelles approches

Depuis la fin du conflit Est-Ouest, les représentants des employeurs dans nombre de commissions de l'Organisation ont souligné, avec de plus en plus de constance et de véhémence, certains défauts du système de normes de l'OIT. Ils ont fortement mis en garde contre la poursuite de la production de normes ayant le même type de contenu et suivant les mêmes procédures que par le passé. Selon eux, l'accueil réservé que suscitent les textes produits montre que l'OIT court le danger de devenir inadaptée aux pratiques en vigueur dans les entreprises et le monde du travail, et donc de perdre beaucoup, sinon tout, de sa réputation et de sa crédibilité.

Parmi les suggestions pratiques qui se présentent à l'OIT figure l'idée qu'il faut se concentrer sur l'essentiel dans l'élaboration des normes. Cela signifie, par exemple, qu'il n'est pas nécessaire de régler toutes choses en détail. Inversement, il faudrait procéder à un examen attentif de la meilleure façon d'aborder le problème et surtout du nombre de dispositions déjà existantes susceptibles d'offrir une solution. Si l'instrument considéré est une convention, il devrait respecter ces principes²⁴. Parallèlement à l'examen du contenu de la norme, il faut se demander, et même en priorité, si un instrument contraignant, comme une convention classique, est réellement nécessaire. Les employeurs considèrent qu'à l'avenir l'OIT devrait plus recourir aux nombreuses autres possibilités qu'elle a jusqu'à présent négligées. Il s'agit notamment des recommandations autonomes, c'est-à-dire qui ne sont pas associées à une convention, des codes de pratique ou de conduite, manuels, directives techniques, résolutions et conclusions précédées de consultations approfondies, ainsi que de décisions de la Conférence sous forme de déclara-

²² Pour plus de précisions, voir ci-après la partie consacrée à la commission d'experts.

²³ Ces nombres de pages sont ceux de la version anglaise du texte; les versions française et espagnole sont plus longues encore. Il n'est pas fait référence aux rapports postérieurs en raison d'un changement de format qui rend la comparaison impossible.

²⁴ Pour plus de précisions, voir ci-dessus la partie intitulée «Universalité et souplesse».

tions relatives à des sujets d'importance centrale, en vue d'orienter l'action à venir²⁵.

Il est révélateur que, dans ses rapports annuels à la CIT, le Directeur général du BIT ait abordé la question des changements qui affectent le monde et de la façon dont l'OIT devrait réagir. Il a accompagné ses analyses de plus en plus sévères de suggestions pour améliorer les normes existantes et proposé des lignes d'action possibles à l'avenir. Cela est particulièrement vrai de ses rapports de 1997 et 1999 qui traitent respectivement de l'action normative de l'OIT à l'heure de la mondialisation et du travail décent.

Un groupe de travail tripartite sur la politique de révision des normes a été institué en 1995 en réaction à ce débat. Il était censé déterminer si, et dans quelle mesure, les normes adoptées avant 1985 étaient toujours valables. Les résultats de ce travail, qui ont été approuvés par le Conseil d'administration, et ses propositions, dont certaines ont déjà été adoptées par la CIT, sont remarquables, mais ne sont guère surprenants pour des initiés. Sur 184 conventions dont il est fait état dans les résultats, seulement 71 sont classées comme «à jour», mais en fait 159 conventions seulement ont été étudiées parce qu'il a été décidé, lors de la création du groupe de travail, que les 25 autres, adoptées après 1985, sont censées, sans examen, être à jour. En fait, ces dernières normes, qui ont toutes été arbitrairement classées comme satisfaisant aux besoins d'aujourd'hui, sont souvent d'une valeur pratique discutable, on en voudra pour preuve que, à de rares exceptions près, le taux de ratification des conventions adoptées au cours des vingt dernières années est, comme on l'a vu, catastrophiquement bas. Le groupe de travail a considéré que 24 conventions devaient être révisées et que 54 étaient dépassées. S'agissant des recommandations, les résultats sont similaires, hormis qu'il est fait référence à 67 textes dépassés. Le groupe de travail a demandé des informations complémentaires avant de classer définitivement un certain nombre d'instruments. Très peu ont échappé à un verdict du fait d'une absence de consensus. Au total, 24 conventions ont d'ores et déjà été mises à l'écart, c'est-à-dire qu'il n'y aura plus d'appel à ratification et qu'il ne sera plus demandé de rapport détaillé sur leur application.

Le Conseil d'administration a suggéré que la Conférence retire 11 conventions qui ne sont jamais entrées en vigueur. Cinq conventions ont été retirées lors de la 88^e session de la CIT en 2000, il en a été de

²⁵ Pour plus de précisions, voir le document d'orientation de l'Organisation internationale des employeurs de juin 2000, reproduit en annexe 8 dans A. Wisskirchen et C. Hess, *op. cit.*, pp. 133 et suivantes.

même pour 20 recommandations à la 90^e session en 2002 et pour 16 autres recommandations à la 92^e session en 2004²⁶.

Amendement à la Constitution

Le retrait est une étape préliminaire ou intermédiaire avant l'abrogation finale d'une convention. L'abrogation d'une convention qui a été adoptée et qui est entrée en vigueur n'est pas (encore) possible selon la Constitution. En cela, les normes de l'OIT diffèrent des lois nationales ou des dispositions supranationales de l'Union européenne. La raison n'en est pas que les normes sont considérées comme des vérités éternelles n'admettant aucune révision – même si en dernière analyse c'est peut être là le point de vue de certains – mais qu'il existe une controverse internationale sur la nature juridique des normes de l'OIT lorsqu'il s'agit de conventions.

Selon un point de vue, l'adoption d'une convention équivaut à une action normative – au sens de légiférer – internationale. A l'appui de cette position, il y a le fait que les délégués à la CIT votent individuellement et peuvent intervenir sur le contenu des textes proposés. Ils peuvent notamment décider s'ils prendront la forme d'une convention, d'une recommandation ou d'un autre instrument (article 4, paragraphe 1, et article 19, paragraphe 1, de la Constitution). Ainsi, la CIT en assemblée plénière décide, comme un parlement, d'adopter ou de rejeter un instrument. Il en découle des obligations pour les Etats Membres dès qu'une convention est adoptée par la Conférence à la majorité requise des deux tiers, c'est-à-dire avant même qu'il n'y ait ratification. Chaque convention qui a été adoptée doit être soumise à l'autorité compétente des Etats Membres (habituellement le parlement) dans un délai d'un an ou de dix-huit mois au plus (article 19, paragraphe 5 *b*), de la Constitution). Le BIT doit en être informé ainsi que de la décision de l'autorité compétente (article 19, paragraphe 5 *c*), de la Constitution). A des intervalles fixés par le Conseil d'administration, les Etats Membres doivent soumettre un rapport sur l'état de leur législation et de leur pratique dans les domaines dont traite une convention qu'ils n'ont pas ratifiée (article 19, paragraphe 5 *e*), de la Constitution). Ces rapports servent de base à l'étude d'ensemble thématique qui se rapporte habituellement à une, ou dans certains cas, deux conventions, ainsi qu'aux recommandations liées.

D'un autre côté, les conventions de l'OIT présentent toutes les caractéristiques essentielles de traités internationaux entre Etats. Le terme même de «convention» dénote un instrument ayant en tant que tel les caractéristiques d'un traité. Surtout, les dispositions finales types déjà mentionnées qui figurent dans toutes les conventions indiquent

²⁶ Tous ces chiffres ainsi que d'autres précisions figurent dans le document soumis au Conseil d'administration lors sa 283^e session en mars 2002 (GB 283/LILS/WP/PRS/1/2).

clairement qu'il s'agit de traités internationaux. Il s'ensuit que les obligations découlant du contenu d'une convention sont applicables à un Etat seulement lorsqu'il s'est lui-même engagé à les respecter par ratification et non à partir du moment où le texte a été adopté par le «législateur», c'est-à-dire la CIT, ou lorsque l'accord entre en vigueur douze mois après que deux Etats Membres ont notifié leur ratification. L'adoption d'une nouvelle version d'un instrument ne conduit pas non plus au remplacement de l'ancien comme il est de coutume pour les lois; la ratification entraîne simplement la dénonciation automatique de l'ancien instrument. Toutefois, ce dernier ne peut plus être ratifié après l'entrée en vigueur du nouveau.

Ces quelques remarques montrent que les conventions de l'OIT possèdent deux dimensions: d'une part, elles ont les caractéristiques des lois de par la façon dont elles sont formées en raison des obligations qui en découlent pour les Etats Membres vis-à-vis de l'OIT, et, d'autre part, elles présentent les caractéristiques des traités internationaux de par les obligations de fond qui en découlent pour l'OIT et les autres Etats contractants²⁷, qui ne deviennent effectives qu'après la ratification volontaire de l'instrument²⁸.

En dernière analyse, il n'est pas, selon nous, décisif de conclure de ce qui précède que les conventions de l'OIT doivent être divisées entre une part conventionnelle et une part législative, ou que l'on parle de la dualité de ces instruments. Selon nous, il était non seulement juridiquement possible, mais aussi justifié d'un point de vue pratique, étant donné le nombre important d'instruments largement dépassés, qu'en 1997 la CIT décide d'amender l'article 19 de la Constitution afin de rendre possible l'abrogation des instruments, soit par consensus, soit à la majorité des deux tiers de la CIT. Avant de prendre une telle décision, un grand nombre de précautions permettront de s'assurer que l'accord est général. Enfin, le Conseil d'administration, soit par consensus, soit à une majorité des quatre cinquièmes, doit mettre le projet d'abrogation d'une convention à l'ordre du jour de la Conférence (article 11 du Règlement de la Conférence). Le groupe des travailleurs qui, comme le montre l'expérience, est sourcilleux quant à l'abrogation des normes internationales du travail pourra donc s'opposer à toute action en ce sens au Conseil d'administration.

Ces amendements à la Constitution et au Règlement de la Conférence ont été adoptés avec les majorités requises par la CIT à sa 85^e session en 1997. Néanmoins, l'amendement à la Constitution n'entrera en vigueur qu'après avoir été ratifié par les deux tiers des Etats Membres,

²⁷ Par exemple, le dépôt d'une plainte contre un autre Etat Membre qui n'assurerait pas de manière satisfaisante l'exécution d'une convention n'est possible que lorsque les deux Etats ont ratifié la convention (article 26, paragraphe 1, de la Constitution).

²⁸ Pour un commentaire approfondi sur l'ensemble de la question, illustré de nombreux exemples, voir Wagner *op. cit.*, pp. 27-36.

dont cinq appartenant à la catégorie des Membres dont l'importance industrielle est la plus considérable (article 36 de la Constitution). Sur les 118 ratifications nécessaires, 80 avaient été reçues à la fin de 2004. Certains Etats Membres n'ont pas ratifié cet amendement jusqu'à présent parce qu'ils partagent l'opinion selon laquelle, d'un point de vue juridique, l'OIT ne peut interférer avec les obligations internationales découlant de la ratification de conventions de l'OIT. Cela n'a toutefois pas empêché les gouvernements dont les représentants avaient défendu cette opinion devant la commission de l'application des normes (commission de la Conférence) de voter en faveur des amendements à la Constitution en séance plénière lors de la 85^e session de la CIT. Seule la Cour internationale de Justice (CIJ) peut définitivement clarifier cette question d'interprétation de la Constitution (article 37, paragraphe 1, de la Constitution).

Premières tentatives de définir une nouvelle orientation

Ces dernières années, l'OIT a entrepris, de diverses manières, de relever plus efficacement les défis contemporains. Cela ne consiste pas seulement à réexaminer les normes anciennes en vue de supprimer celles qui sont dépassées. Comme on l'a déjà vu, les instruments obsolètes sont mis à l'écart ou retirés et, lorsque l'amendement en ce sens de la Constitution sera entré en vigueur, ils seront certainement abrogés. La façon dont les nouvelles normes sont formées s'est aussi considérablement modifiée. Cela est vrai, d'abord et surtout, du nombre de nouveaux instruments. Alors que dans le passé deux nouveaux instruments étaient adoptés pratiquement chaque année, depuis le début des années quatre-vingt ce nombre a été réduit de moitié. L'année 1996 a été une exception, car trois conventions sur le travail maritime ont été adoptées. Le travail maritime est toutefois un cas particulier: il fait l'objet de conférences spéciales, et il a été décidé que les soixante instruments et plus existants dans ce domaine seraient rassemblés en un seul instrument.

Les changements portent plus sur la procédure et le contenu que sur le simple nombre d'instruments adoptés. On peut discerner plusieurs tendances. S'agissant du contenu des nouveaux instruments, un exemple positif est donné par la convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 1999. Elle traite d'un phénomène qui appelle une intervention de grande urgence dans de nombreuses parties du monde et a été adoptée à l'unanimité par la Conférence. La convention est entrée en vigueur le 19 novembre 2000 et, au 31 décembre 2002, elle avait été déjà ratifiée par 132 Etats Membres (156 à la fin de 2005). Aucun instrument n'a jamais reçu autant de ratifications en un si court délai²⁹. Son adoption avait été

²⁹ BIT: *Liste des ratifications par convention et par pays*, Rapport III (Partie II), Conférence internationale du Travail, 91^e session, Genève, 2003, pp. 212-213.

précédée, plusieurs années plus tôt, par le lancement du Programme international pour l'abolition du travail des enfants (IPEC), qui bénéficie d'un large soutien de l'Allemagne. Le but de ce programme est de créer les conditions pour que les enfants soient scolarisés et aient une formation professionnelle plutôt que d'être engagés dans des travaux physiquement difficiles; l'un de ses éléments essentiels est d'aider les familles qui sans cela dépendraient du travail de leurs enfants.

Un autre aspect peut être résumé sous l'en-tête de l'augmentation de l'aide au développement. Le Centre international de formation de Turin a depuis longtemps prouvé sa valeur. L'aide à la formation est aussi dispensée localement, c'est-à-dire au sein des Etats Membres. Pour beaucoup, elle consiste en séminaires et ateliers visant à expliquer les normes de l'OIT et à suggérer les diverses méthodes permettant de les appliquer concrètement. Les équipes consultatives multidisciplinaires qui sont attachées aux bureaux régionaux sont à la disposition des Etats Membres sur place pour leur apporter d'autres formes d'aide. Ces éléments, ainsi que d'autres formes d'assistance et de coopération technique au sens large, ont été multipliés ces dernières décennies et, plus récemment, le travail a été réorienté en fonction des quatre objectifs stratégiques de l'OIT³⁰.

Plutôt que d'élaborer des normes classiques, la CIT a abordé, ces dernières années, certaines questions sous forme de discussions générales assorties d'un nouvel élément: l'approche intégrée. Pour dire les choses simplement, cette approche consiste à aborder un thème non pas en tant que sujet juridique isolé, mais plutôt en cherchant à améliorer la cohérence, la pertinence et les effets à la fois des normes et des activités qui s'y rapportent. A cette fin, on procède, dans une première phase, à l'analyse approfondie des réglementations, des mesures de soutien et de l'assistance technique existantes. Dans une deuxième étape, après discussion à la Conférence, un plan d'action peut être préparé par le Conseil d'administration qui propose l'élaboration d'un instrument ou l'adoption d'autres mesures. Celles-ci peuvent être la révision ou la consolidation de normes existantes, la diffusion d'informations, des activités de sensibilisation, le renforcement de la coopération technique ou l'approfondissement des recherches³¹. Ainsi, la sécurité et la santé au travail ont fait l'objet de débats approfondis à la 91^e session de la CIT en 2003, de même que les migrations de main-d'œuvre lors de la 92^e session en 2004. Cette nouvelle approche n'en étant qu'à ses débuts, il est difficile de prévoir ses effets d'ensemble et son intérêt avec certitude. Mais il semble que les choses aillent dans la bonne direction.

³⁰ Pour plus de précisions, voir BIT: *Le travail décent*, Rapport du Directeur général, Conférence internationale du Travail, 87^e session, 1999, pp. 66 et suivantes, ainsi que A. Wisskirchen et C. Hess, *op. cit.*, pp. 63 et suivantes.

³¹ A. Wisskirchen et C. Hess, *op. cit.*, p. 69.

La Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, qui ont été adoptés lors de la 86^e session de la CIT en 1998, sont d'une importance toute particulière si on les considère dans le contexte de la nouvelle perception des actions à mener. Pour l'essentiel, selon cette Déclaration tous les Etats Membres ont l'obligation de respecter, promouvoir et réaliser les principes suivants:

- la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective;
- l'élimination de toutes formes de travail forcé ou obligatoire;
- l'abolition effective du travail des enfants;
- l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

La Déclaration n'est pas un instrument soumis à ratification. Elle pose des principes sans établir de règles détaillées et spécifiques. Pour l'essentiel, les principes en question sont ancrés dans les conventions qui s'y rapportent, le Préambule de la Constitution et la Déclaration de Philadelphie. Les mesures particulières de suivi de cette Déclaration mettent l'accent sur la valeur purement promotionnelle de cet instrument et diffèrent du système de contrôle existant pour les conventions ratifiées. Néanmoins, le rapport qui doit être fait chaque année sur les progrès réalisés dans l'application des principes établis par la Déclaration, ainsi que le rapport global qui chaque année traite de l'une des quatre catégories de principes fondamentaux, sont fondés sur les mêmes rapports nationaux. Ainsi, la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective étaient à l'ordre du jour de la 92^e session de la CIT en 2004 et le rapport sur ce point a fait l'objet d'intenses discussions lors de la Conférence³².

A la 91^e session de la CIT, en 2003, une discussion générale a porté sur la relation de travail. Il s'agissait de la reprise d'une tentative (qui avait échoué en 1998) d'arriver à un instrument sur la question du «travail en sous-traitance». L'échec avait pour cause une définition extrêmement large et imprécise des relations juridiques concernées – relations d'emploi déguisées, relations d'emploi triangulaires, faux travail indépendant et diverses autres formes de travail indépendant comme les contrats de mission relatifs à la réalisation de travaux ou la prestations de services – qui toutes auraient dû être couvertes par les règles et réglementation du travail. Le débat qui a eu lieu à la CIT en 2003 a réduit les points de désaccord, mais les conclusions restent sujettes à controverse et manquent de clarté dans plusieurs domaines. La question va être réexaminée en 2006 lors de la 95^e session de la CIT.

³² CIT, 92^e session, 2004, *Compte rendu des travaux*, vol. I, pp. 14/1-14/43.

Selon le Directeur général³³, un instrument qui a de l'avenir est la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, qui a déjà été révisée et est en général considérée comme ayant démontré sa valeur.

La formule ressassée de «responsabilité sociale des entreprises» se rapporte à un sujet assez récent, mais jusqu'à présent il n'y a pas eu de consensus sur le lieu le plus approprié où les questions qui s'y rapportent devraient être discutées et traitées. On a suggéré l'Union européenne, les organismes européens de normalisation et l'OIT.

Première évaluation

Les évolutions récentes susmentionnées montrent que l'OIT – c'est-à-dire ses Membres – est prête à sortir des sentiers battus et à explorer de nouvelles voies dans le souci d'appréhender les besoins, présents et à venir, des employeurs et des travailleurs dans le contexte de la mondialisation. Une réaction appropriée est nécessaire. Les réponses doivent être trouvées quant à la forme et au contenu des instruments. Outre les conventions, dans le sens étroit et traditionnel, il faudra plus recourir aux nombreuses autres mesures et formes d'action possibles à la disposition de l'OIT. S'agissant du contenu, il est vital, dans un monde où les changements sont rapides, d'identifier les principes fondamentaux et de formuler des normes minimales réellement indispensables tout en laissant aux entreprises et aux salariés une marge de manœuvre suffisante.

La prise de conscience du fait qu'il faut tendre à plus de mobilité, comme on l'a déjà souligné, n'est pas une révélation, mais découle de l'analyse sérieuse du décalage entre, d'une part, les activités de l'OIT et leurs effets, comme cela est démontré par exemple par le nombre de conventions adoptées, et, d'autre part, le rapide déclin de la volonté de ratifier et d'appliquer ces normes. S'agissant de la procédure, la nouvelle orientation demande de nombreuses consultations officielles et informelles entre tous les intéressés, c'est-à-dire les trois mandants de l'Organisation: gouvernements, employeurs et travailleurs. Bien des progrès ont déjà été réalisés, mais le processus n'est pas achevé. Il pourrait devenir permanent. Sur toutes ces questions, le poids et l'influence d'une autorité aussi importante que le BIT ne doivent pas être sous-estimés.

Malgré le fait qu'un certain consensus ait été atteint sur de nombreux changements vitaux, les travailleurs se plaignent, avec inquiétude et de plus en plus souvent, de voir l'OIT produire de la «*softlaw*», sans force contraignante. Les employeurs doivent aussi réfléchir sérieusement au nouveau cours pris par l'OIT, car il pourrait bien être associé

³³ BIT: *Réduire le déficit de travail décent – un défi mondial*, Rapport du Directeur général, Conférence internationale du Travail, 89^e session, Genève, 2001, p. 45.

à un élargissement insidieux de ses compétences, dans la ligne de la «méthode ouverte de coordination» appliquée au niveau européen. Cela est particulièrement vrai lorsque de nouvelles règles ne s'adressent pas en premier lieu aux Etats Membres, comme cela a été jusqu'à présent le cas, mais demandent directement aux entreprises de suivre certaines lignes de conduite. De telles évolutions auraient inévitablement des effets sur le système de contrôle de l'OIT.

Contrôle de l'application des normes

Introduction

Le système de contrôle de l'application des normes de l'OIT est considéré comme le meilleur, parce qu'il est le plus efficace lorsqu'on le compare avec ceux des diverses autres institutions des Nations Unies. Cet énoncé est bien entendu relatif. Le caractère relatif du pouvoir de faire respecter une disposition est une caractéristique du droit international³⁴. A la différence des Etats à titre individuel et des Nations Unies dans certains domaines liés à la guerre et à la paix, l'OIT n'a pas à sa disposition de moyens réels de contrainte pour faire appliquer les normes.

C'est dans l'article 33 de la Constitution que l'on trouve les possibilités d'action qui vont le plus loin. Selon cet article, la Conférence pourra décider de «telle mesure qui lui paraîtra opportune pour assurer l'exécution» des recommandations d'une commission d'enquête ou d'une décision de la Cour internationale de Justice. Une décision de ce type a été prise pour la première fois lors de la 88^e session de la CIT en 2000. Elle était dirigée contre le Myanmar (Birmanie) parce que, malgré les recommandations précises contenues dans le rapport d'une commission d'enquête datant de 1998, le gouvernement n'avait pas honoré son obligation d'abolir le recours généralisé et systématique au travail forcé qui existe dans le pays depuis de nombreuses années. Selon les termes de la résolution adoptée, en vertu de l'article 33 de la Constitution, l'aide apportée par l'OIT à ce pays sera interrompue et il est suggéré, entre autres, que les Etats Membres réexaminent leurs relations économiques avec le Myanmar. Dans la résolution, la Conférence demande à la Commission de l'application des normes de consacrer chaque année une séance spéciale à l'examen de la façon dont le Myanmar remplit ses obligations³⁵. Au cours des quatre dernières années, divers contacts et accords entre l'OIT et le gouvernement du Myanmar ont conduit à quelques changements dans la bonne direction, mais, en

³⁴ R. Birk (1991), p. 361; R. Birk (2000) vol. I, paragr. 17, note marginale 63; N. Valticos, «L'avenir des normes internationales du travail», *Revue internationale du Travail* (Genève), vol. 118 (1979), n° 6, pp. 721-740.

³⁵ Voir Brupbacher, *op. cit.*, pp. 60 et suivantes pour les évolutions ultérieures de ce cas.

pratique, une réelle avancée, c'est-à-dire l'abolition du travail forcé, est encore bien lointaine³⁶.

L'efficacité du système de contrôle de l'Organisation repose, pour l'essentiel, sur diverses mesures dont certaines ont un effet cumulatif. Le point de départ est constitué, comme le prévoit l'article 408 du Traité de Versailles (article 22 de la Constitution), par les rapports annuels des Etats Membres sur les mesures qu'ils ont prises pour appliquer les conventions qu'ils ont ratifiées. L'obligation la plus importante et qui a le plus de portée, dans certains cas, découle des articles 19, 22 et 35 de la Constitution. Après des réformes en 1959, 1976, 1993 et 2000, les rapports sur les conventions ratifiées, en vertu de l'article 22 de la Constitution, qui étaient soumis chaque année, le sont maintenant tous les deux ans pour les conventions fondamentales et prioritaires et tous les cinq ans pour les autres³⁷.

Le fait que l'examen des rapports des gouvernements conduit à des commentaires dans le rapport de la commission d'experts dépend de l'évaluation des experts. Les observations formulées par les organisations d'employeurs et de travailleurs fournissent souvent non seulement la base du contenu des évaluations, mais aussi le point de départ de l'examen d'un sujet. Ces plaintes et réclamations ont différentes raisons et motivations. Elles découlent souvent de tentatives de transposer des conflits intérieurs à un Etat sur la scène internationale afin de faire pression sur le gouvernement dudit Etat.

Les résultats de la commission d'experts, de la commission de la Conférence³⁸ et de la Conférence en séance plénière sont couchés par écrit dans des rapports indépendants que tout un chacun peut consulter. C'est d'abord l'examen public du respect des normes de l'OIT par un Etat Membre qui exerce une pression morale et politique sur son gouvernement. L'intensité de la pression dépend des différents niveaux de connaissances de l'OIT et de sa présence dans la vie sociale et politique du pays intéressé.

Outre le contrôle régulier et à plusieurs étapes, brièvement exposé ici, il existe certaines procédures spéciales. Elles comprennent les réclamations déposées par les organisations d'employeurs et de travailleurs alléguant qu'un Etat Membre n'aurait pas assuré de manière satisfaisante l'exécution d'une convention (article 24 de la Constitution). Le nombre de ces réclamations a fortement augmenté au cours des années mais, trop souvent, on ne peut s'empêcher de penser que ces procédures sont utilisées pour amener des conflits politiques sur la scène internationale. A cet égard, Birk, citant certains exemples se rapportant à l'Allemagne, estime

³⁶ CIT, 92^e session, 2004, *Compte rendu des travaux*, vol. II, CRP n° 24, Partie 3, pp. 1-25, et Partie 3, p. 68; et CIT, 93^e session, 2005, *Compte rendu provisoire* n° 22, Partie 3.

³⁷ Voir A. Wisskirchen et C. Hess, *op. cit.*, pp. 31 et suivantes.

³⁸ Voir ci-après la section «La commission de la Conférence».

que «l'affirmation selon laquelle la loi nationale n'est pas conforme sur le fond avec les normes de l'OIT a pour objectif réel d'accentuer la pression syndicale sur le législateur national, indirectement en passant par l'OIT»³⁹.

Une plainte peut être aussi déposée par un Etat Membre. Toutefois, il ne le peut que s'il a lui-même ratifié la convention en question, par un délégué à la Conférence ou par le Conseil d'administration agissant de son propre chef. Si la plainte est recevable, une commission d'enquête est nommée (article 26 de la Constitution). Cette procédure très lourde n'a pas été utilisée du tout durant les quarante premières années d'existence de l'OIT et seulement de façon modérée depuis. Le recours le plus récent à cette procédure concerne le Bélarus⁴⁰.

Lorsque le problème concerne la liberté syndicale, il peut être soumis à un organe spécialement établi pour traiter de cette question, le Comité de la liberté syndicale⁴¹.

La commission d'experts

Création et mandat

La création de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (ci-après commission d'experts) a eu lieu en réaction au flux croissant d'informations reçues par l'OIT, les années qui ont suivi sa fondation, du fait de l'obligation faite aux Etats Membres de communiquer des rapports en vertu de l'article 408 du Traité de Versailles. Suivant la suggestion de la commission de la Conférence, établie en vertu de ce même article, la 8^e session de la CIT a décidé en 1926 de créer la commission d'experts, au départ pour une période d'essai de trois ans.

S'agissant du mandat de ce nouvel organe, le débat et la résolution établissent clairement que sa tâche était purement technique et non judiciaire⁴². La commission d'experts doit conseiller la Conférence et sa commission «en ce qui concerne l'état de fait» et il appartient à la Conférence de «décider de l'attitude qu'elle pourrait adopter ou des mesures appropriées qui pourraient être prises ou indiquées»⁴³. Plus loin, il est dit que

³⁹ Birk (1991), p. 363.

⁴⁰ Voir BIT: *Droits syndicaux au Bélarus. Rapport de la Commission d'enquête instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner l'application par le Gouvernement de la République du Bélarus de la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, et de la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949* (Genève, 2004).

⁴¹ Voir ci-après la question de l'interprétation de la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948.

⁴² BIT: *Premier compte rendu*, Annexe V, Conférence internationale du Travail, 8^e session, 1926, p. 395.

⁴³ *Ibid.*, p. 398.

«la Commission d'experts ne devrait pas assumer de fonctions d'ordre judiciaire et qu'elle ne serait pas compétente pour donner des interprétations des dispositions des conventions ni pour se prononcer en faveur d'une interprétation plutôt que d'une autre»⁴⁴.

Ce mandat, qui a pour la dernière fois été reformulé par le Conseil d'administration en 1947⁴⁵, figure dans les premiers paragraphes de chacun de ses rapports⁴⁶. Il y est dit que la commission est appelée à examiner les rapports des Etats Membres sur les conventions qu'ils ont ratifiées, en vertu de l'article 22 de la Constitution, et les informations et rapports fournis par les Etats Membres, en vertu des articles 19 et 35 de cette Constitution.

Certaines règles de fonctionnement (relatives aux méthodes de travail) de la commission d'experts sont encore aujourd'hui fixées par le Conseil d'administration conformément à la décision originelle de la Conférence de créer cette commission. Celle-ci n'a pas de règles de procédure ou de règlement écrit. Comme le Conseil d'administration l'a explicitement noté, son mandat originel reste inchangé⁴⁷. Depuis toujours le Conseil d'administration s'est assuré que le mandat établi par la Conférence était respecté. Par exemple, dans le deuxième rapport soumis par la commission d'experts en 1928, il a remplacé le sous-titre français «critiques» par «observations», terme qui est toujours en usage⁴⁸.

La commission d'experts a elle-même attiré à plusieurs reprises l'attention sur le fait que son mandat est inchangé, ce qu'elle a fermement souligné dans ses commentaires lors de son cinquantième anniversaire⁴⁹.

Depuis, la commission d'experts a toutefois essayé d'élargir ses compétences au détriment des autres organes du système de contrôle. Cela est surtout vrai pour la commission de la Conférence où le groupe des employeurs a quelquefois ouvertement critiqué les conclusions des experts. Si les représentants des gouvernements contestent les commentaires des experts au sein de la commission de la Conférence, ils le font en langage diplomatique. En général, les délégués des travailleurs approuvent toujours les observations des experts sans exception et les

⁴⁴ *Ibid.*, p. 405.

⁴⁵ Cette nouvelle rédaction découlait simplement d'un amendement à la Constitution adopté en 1946 qui imposait aux Etats Membres de nouvelles obligations quant à leurs rapports et à la transmission d'informations. Ces rapports faisaient partie de ceux qui étaient examinés par la commission d'experts.

⁴⁶ BIT: *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations. Rapport général et observations concernant certains pays*, Rapport III (Partie 1A), Conférence internationale du Travail, 91^e session, 2003, paragraphe 4.

⁴⁷ Voir BIT: *Procès verbaux*, Conseil d'administration, 103^e session, Genève 12-15 décembre 1947, paragr. 34, p. 180: «...[la commission d'experts] qui prépare le terrain pour les travaux de la commission de la Conférence».

⁴⁸ Wagner, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁹ CIT, 63^e session, 1977, Rapport III (Partie 4A), paragr. 29.

considèrent comme virtuellement sacro-saintes. Mais cela ne les empêche pas, dans certaines circonstances, d'affirmer fortement une opinion différente sans être troublés par les divergences entre leur point de vue et celui des experts. Cela arrive, par exemple, lorsque les experts examinent un cas individuel et considèrent que la législation et la pratique d'un pays donné ne viole pas gravement une convention alors que le groupe des travailleurs dénonce de sérieux manquements à l'application de la convention.

En 1990 s'est posée la question de la nature obligatoire des conclusions de la commission d'experts. Au vu des dispositions sans ambiguïté de l'article 37, paragraphe 1, de la Constitution, il est pratiquement indiscutable que seule la Cour internationale de Justice peut donner une interprétation ayant force obligatoire de la Constitution et des conventions de l'OIT⁵⁰. Donc, les conclusions et les interprétations des experts ne sont pas obligatoires⁵¹. Étonnamment, dans son rapport de 1990, la commission d'experts a toutefois suggéré que ses interprétations étaient obligatoires («réputées valables et communément admises») tant que la Cour internationale de Justice ne les avait pas contredites⁵². Cette thèse a provoqué des débats animés et critiques à la CIT en juin 1990. Dans leurs rapports des années suivantes, les experts ont notablement infléchi leur position pour en venir à la conclusion, à laquelle ils se sont toujours tenus depuis, que les vues de la commission d'experts ne peuvent être considérées comme des avis obligatoires, que ses évaluations ne s'imposent pas *erga omnes*⁵³ et qu'il n'est pas incompatible avec la position de la commission que les membres employeurs de la commission de la Conférence se réservent le droit de s'écarter de ses vues⁵⁴. Même en suivant le raisonnement de la commission d'experts, la commission de la Conférence dans son ensemble peut être amenée à exprimer une opinion divergente⁵⁵.

Plus récemment, on a observé certaines évolutions qui peuvent être interprétées comme une tentative de la commission d'experts d'élargir son mandat, du moins de facto. Dans l'étude d'ensemble soumise à la 91^e session de la CIT, en 2003, sur la convention (n^o 95) sur la

⁵⁰ Hormis dans un cas en 1932, il n'a jamais été recouru à la procédure compliquée, longue et coûteuse devant la Cour internationale de Justice. Voir aussi Brupbacher, *op. cit.*, p. 95.

⁵¹ R. Birk (2000), note marginale 63; R. Birk, H. Konzen, M. Löwisch, T. Raiser, H. Seiter: *Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte*, Tübingen, 1988, pp. 28 et suivantes; Markus Heintzen: «Die Neuregelung des Paragraphen 116 AFG und das internationale Recht», *Der Betrieb* (DB), 1987, p. 483; M. Löwisch, V. Rieble: *Arbeitsrecht (AR)-Blattei*, vol. 17, *Schlichtung und Arbeitskampf*, p. 62; M. Martinek: «Verfassung und Arbeitsweise der IAO in Bewegung», dans *Festschrift für Gerhard Schnoor*, 1988, p. 156.

⁵² CIT, 77^e session, 1990, Rapport III (Partie 1A), paragr. 7.

⁵³ *Erga omnes* qualifie une obligation qui s'impose à tous.

⁵⁴ CIT, 78^e session, 1991, Rapport III (Partie 1A), paragraphes 11 à 13.

⁵⁵ Pour les relations entre la commission de la Conférence et la commission d'experts, voir ci-après la partie consacrée à la commission de la Conférence.

protection du salaire, 1949, qui était fondée sur les rapports des Etats Membres en vertu de l'article 19, paragraphe 5 e), et de l'article 22 de la Constitution, la commission a classé cet instrument parmi les conventions fondamentales⁵⁶.

Le classement d'une convention comme fondamentale, prioritaire ou autre a des conséquences sur la fréquence avec laquelle les Etats Membres doivent présenter leurs rapports. La question donne souvent lieu à controverse au Conseil d'administration du BIT qui est compétent pour décider de la chose. A ce jour, le Conseil d'administration n'a pas classé la convention n° 95 parmi les conventions fondamentales ou prioritaires.

La commission d'experts a sans doute outrepassé son mandat lorsque, dans la même étude d'ensemble, elle incitait vivement les Etats Membres qui n'avaient pas ratifié la convention (n° 95) sur la protection du salaire, 1949, à en étudier la possibilité dans un très proche avenir⁵⁷. De telles recommandations relatives à la ratification sont des sujets controversés dans un organe politique tel que le Conseil d'administration. Dans ce cas particulier, le Conseil d'administration n'a jamais fait une telle recommandation de ratifier la convention n° 95.

De temps en temps, la commission d'experts, comme tout autre organe, doit revoir ses méthodes de travail. Après avoir annoncé une telle révision deux ans plus tôt, la commission, dans son rapport à la 91^e session de la CIT en 2003, indique qu'elle a «décidé d'introduire plusieurs changements significatifs concernant ses méthodes de travail»⁵⁸. Ces changements ne sont pas décrits, mais seulement leurs buts. Dans le même rapport, les experts expriment leur intérêt «de participer à des missions sur le terrain» avec le but affirmé d'«accroître la transparence et l'influence de la commission»⁵⁹. On peut se demander si la participation des experts aux activités opérationnelles du BIT, sous la forme de missions, est entièrement compatible avec l'indépendance, l'impartialité et l'objectivité sur lesquelles la Commission d'experts a toujours insisté. On peut en outre avancer qu'elle a suffisamment d'influence du fait de sa situation institutionnelle et des missions qui en découlent.

Des doutes du même ordre viennent du fait que, dans leur rapport général, les experts non seulement discutent mais aussi évaluent un grand nombre des activités du BIT et de ses divers organes, comme la coopération avec d'autres organisations internationales ou régionales. Bien de ces informations, qui régulièrement constituent la plus grande

⁵⁶ CIT, 91^e session, 2003, Rapport III (Partie 1 B), paragr. 511.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ CIT, 91^e session, 2003, Rapport III (Partie 1 A), paragr. 8.

⁵⁹ Voir note 56.

part du rapport général, sont surtout intéressantes en tant que message en provenance du Bureau ou du Directeur général, mais n'ont guère à voir avec la mission de la commission, qui est d'examiner les rapports des Etats Membres en vue de s'assurer qu'ils ont pris des mesures, et de quel ordre, pour mettre en application les conventions qu'ils ont ratifiées. Cette évolution risque d'introduire de la confusion dans le mandat de la commission et donc de mettre en danger son indépendance. Dans ces conditions, il faut se féliciter d'une nouvelle évolution qui date de 2004: le rapport de la commission d'experts soumis à la 92^e session de la CIT montre bien l'amorce d'un renversement de la tendance fâcheuse susmentionnée. Le rapport ne comporte plus d'appréciations sur les divers aspects de la politique normative, les ratifications et les dénonciations qu'il contenait depuis plusieurs décennies. Ces informations figurent désormais dans un rapport du BIT. C'est dans ce document que devraient aussi avoir leur place les commentaires sur la coopération de l'OIT avec les autres organisations internationales ou régionales. Par exemple, la commission d'experts participe à l'examen des systèmes réglementaires européens. Mais cela n'a rien à voir avec le mandat fixé en 1926 par la CIT qui est d'examiner les rapports des Etats Membres sur le respect des normes de l'OIT. Malgré tout, la commission agit au nom de ces institutions européennes sur la base d'un accord administratif entre l'OIT et ces organes. Les informations sur ce sujet n'ont pas leur place dans le rapport de la commission. Elles sont tout aussi inappropriées que les commentaires généraux sur l'interprétation des normes qui figurent sous le titre: «Faits marquants et grandes tendances concernant l'application des normes internationales du travail dans certains domaines» et qui ne relèvent pas d'une étude d'ensemble en vertu de l'article 19, paragraphe 5 e), de la Constitution. Enfin, le titre commun des deux rapports (*Application des normes internationales du travail 2004 (I) et (II)*) est malvenu, de même que le symbole de la balance, qui apparaît sur les deux couvertures et suggère que ces rapports émanent d'un organe judiciaire.

Méthodes de travail et d'interprétation

La commission d'experts et la commission de la Conférence doivent examiner les mesures prises par les Etats Membres pour appliquer les conventions qu'ils ont ratifiées. A cette fin, il est nécessaire de s'assurer de l'objet de la convention quant au fond et de la façon dont il est exprimé dans ses dispositions. Dans certains cas, il peut être nécessaire d'interpréter certaines dispositions⁶⁰.

Au début de leurs rapports annuels, les experts ont longtemps insisté sur le fait qu'ils sont guidés par les principes d'objectivité, d'impar-

⁶⁰ Wagner, *op. cit.*, pp. 204-205.

tialité et d'indépendance⁶¹. Mais il ne fait pas de doute qu'à certains moments, lorsque quelques membres de la commission n'étaient pas aussi indépendants qu'ils auraient dû l'être, du fait du climat politique général, ou pour être plus précis du fait du conflit Est-Ouest, cela s'est traduit, plus ou moins régulièrement, par des «opinions divergentes» concernant les principes de base sous-tendant certaines conventions particulièrement importantes, notamment la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, et la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, la convention (n° 111) concernant la discrimination (emplois et professions), 1958, et les conventions (n° 29) et (n° 105) sur le travail forcé et son abolition, 1930 et 1957. Il est possible que la commission d'experts ait été quelque peu traumatisée par cette période et que cela explique la phrase qui est répétée, de façon presque dogmatique, dans ses rapports depuis de nombreuses années: «les décisions relatives aux commentaires sont adoptées par consensus»⁶². Un consensus permanent entre vingt juristes éminents est chose peu commune et touche même à l'exceptionnel. Probablement cela tient-il à la façon dont la commission organise son travail. Elle suit le principe selon lequel chacun de ses membres est responsable de certains sujets et prépare des «projets de conclusions» avec l'aide d'un spécialiste du Bureau. Ces conclusions, dont le membre de la commission est seul responsable, sont ensuite approuvées par l'ensemble de la commission⁶³. Il est normal qu'une telle procédure conduise presque automatiquement à l'unanimité sur l'ensemble du rapport.

Un autre facteur qu'il faut avoir à l'esprit est que, en 2003, le rapport de 843 pages de la commission d'experts était fondé sur plus de 1500 rapports individuels des Etats Membres⁶⁴. Il contient des commentaires de fond sur près de 700 cas individuels⁶⁵. Des demandes directes sont adressées en réponse à un nombre considérable de rapports nationaux vagues ou incomplets, mais elles ne sont pas publiées dans le rapport annuel de la commission, sans quoi il serait considérablement plus long. Plus de 1 200 demandes directes ont été adressées en 2003 par exemple⁶⁶. Chaque année, la commission d'experts se réunit d'elle-même pendant deux semaines à Genève pour achever son travail. Depuis 1999, les experts consacrent une demi-journée de cette réunion à des entretiens avec les vice-présidents des employeurs et des travailleurs à la commission de la Conférence. Tous ces chiffres donnent une idée de l'ampleur du travail préparatoire qui doit être fait par

⁶¹ Par exemple, voir CIT, 91^e session, 2003, Rapport III (Partie 1 A), paragr. 8.

⁶² *Ibid.*, paragr. 102.

⁶³ CIT, 73^e session, 1987, Rapport III (Partie 1 A), paragr. 43.

⁶⁴ CIT, 91^e session, 2003, Rapport III (Partie 1 A), Annexe II, p. 800-801.

⁶⁵ CIT, 91^e session, 2003, *Compte rendu des travaux*, vol. II, paragr. 8.

⁶⁶ Voir note 64.

le BIT. La responsabilité en incombe essentiellement à la même équipe de fonctionnaires qui doit effectuer un travail préparatoire, qu'il ne faut pas sous-estimer, pour d'autres procédures de contrôle.

Bien entendu, la commission d'experts exprime rarement des opinions sur les questions de méthode d'interprétation⁶⁷. Les conventions étant des traités internationaux⁶⁸, ce sont donc l'article 31 (règle générale d'interprétation) et dans certaines circonstances l'article 32 (moyens complémentaires d'interprétation) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après Convention de Vienne), du 23 mai 1969⁶⁹, qui s'appliquent. Selon la règle générale d'interprétation, qui figure à l'article 31, les termes du traité sont de première importance, ainsi que tout accord ayant rapport avec la conclusion du traité, et tout accord ultérieur ou toutes pratiques ultérieurement suivies dans l'application du traité par lesquelles est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité. Suivant l'article 32, il peut être fait appel aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu en vue de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31. Fondamentalement, personne ne conteste que les conventions de l'OIT doivent être interprétées en se référant à la Convention de Vienne⁷⁰. La clause de non-rétroactivité qui figure à l'article 4 de la Convention de Vienne n'empêche pas l'application de cette même convention car la clause exclut explicitement «toutes règles énoncées dans la présente convention auxquels les traités seraient soumis en vertu du droit international». Ces règles comprennent les règles et moyens d'interprétation susmentionnés, dans la mesure où ils ont été consacrés par le droit international coutumier⁷¹. En outre, l'article 5 de la Convention de Vienne, qui fixe les règles d'interprétation relatives aux organisations internationales, n'empêche pas l'application des règles d'interprétation de cette même Convention de Vienne. La Constitution de l'OIT dit seulement qui est compétent pour donner une interprétation (article 37) et ne contient aucune autre règle d'interprétation. Parallèlement, certains organes importants, y compris l'organe suprême de l'OIT, à savoir la Conférence elle-même, se sont

⁶⁷ On relèvera une exception dans le rapport de la commission d'experts à la 78^e session de la CIT en 1991, au paragraphe 13: «néanmoins, la commission garde constamment à l'esprit l'ensemble des méthodes d'interprétation des traités».

⁶⁸ Voir ci-dessus la partie intitulée «Amendements à la Constitution».

⁶⁹ Nations Unies: *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

⁷⁰ Markus Heintzen et S. Eilers: *Die Völkerrechtskonformität der geplanten Änderung des Neutralitätsparagrafen des AFG*, DB, 1986, pp. 271-273; M. Heintzen: *Die Neuregelung des Paragraphen 116 AFG und das internationale Recht*, DB, 1987, pp. 482-483; R. Birk (2000), paragr. 17, note marginale 49, avec des limites qui restent à considérer; A. Wisskirchen, *op. cit.*, pp. 70 et suivantes; Wagner, *op. cit.*, p. 206.

⁷¹ Heintzen et Eilers, *op. cit.*, p. 272, note 20; Heintzen, *op. cit.*, p. 483, note 16; Ralf Günter Wetzel et Dietrich Rauschnig: *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1978, pp. 253 et suivantes; Wolfram Karl: *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, Berlin/Heidelberg, Springer, 1983, pp. 353 et suivantes.

prononcés en faveur de l'application de la Convention de Vienne. Les experts se sont référés explicitement deux fois aux règles d'interprétation de la Convention de Vienne⁷² dans leur étude d'ensemble en vertu de l'article 19 de la Constitution, relative à la convention (n° 147) sur la marine marchande (normes minima), 1976, qui est du point de vue juridique l'une des conventions les plus intéressantes. La Commission du règlement et de l'application des conventions et recommandations du Conseil d'administration est arrivée aux mêmes conclusions⁷³.

Enfin, la CIT, elle-même, à sa 88^e session en 2000 a souligné, à l'occasion de la confirmation de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, qui a déjà été ratifiée par les Nations Unies, que la Convention de Vienne de 1969 s'appliquait à l'interprétation des conventions de l'OIT⁷⁴.

La commission de la Conférence

Création et mandat

La commission de la Conférence, comme la commission d'experts, a été créée à la 8^e session de la CIT en 1926. Elle n'a pas sa source dans une résolution de la Conférence, mais dans l'article 7 du Règlement de la Conférence⁷⁵. Les caractéristiques et les missions de la commission de la Conférence s'expliquent par sa genèse. C'est l'une des rares commissions permanentes de la CIT. Elle est donc partie intégrante de la Conférence, qui est l'organe suprême de l'OIT. Elle a un mandat clair et sans limite pour examiner les mesures prises et les rapports. Enfin, la commission de la Conférence doit soumettre un rapport écrit à la plénière. En pratique, ce rapport est expressément adopté après une discussion en plénière, bien que le règlement ne le spécifie pas.

Les relations entre les deux organes de contrôle – la commission de la Conférence et la commission d'experts – donnent parfois lieu à quelques spéculations plutôt nébuleuses. Par exemple, à la commission

⁷² CIT, 77^e session, 1990, Rapport III (Partie 4B), paragr. 54, note 7, et paragr. 244, note 13.

⁷³ GB256/SC/2/2, mai 1993, para. 44.

⁷⁴ BIT: *Compte rendu provisoire* n° 5, Conférence internationale du Travail, 88^e session, Genève, 2000, paragraphes 7 et 11.

⁷⁵ Le texte de l'article 7 est le suivant: «Commission de l'application des conventions et recommandations. 1. La Conférence institue, aussitôt que possible, une commission qui sera chargée d'examiner: a) les mesures prises par les Membres afin de donner effet aux dispositions des conventions auxquelles ils sont partie, ainsi que les informations fournies par les Membres concernant les résultats des inspections; b) les informations et rapports concernant les conventions et recommandations, communiqués par les Membres conformément à l'article 19 de la Constitution, à l'exception des informations demandées au titre du paragraphe 5 e) de cet article dont l'examen est assuré d'une autre manière, arrêtée par le Conseil d'administration; c) les mesures prises par les Membres en vertu de l'article 35 de la Constitution. 2. La Commission présente un rapport à la Conférence.»

de la Conférence, les travailleurs soulignent régulièrement que les deux organes ont des fonctions complémentaires, ou se complètent mutuellement, mais la nature des diverses tâches qui reviennent ou devraient revenir à chacune des deux commissions reste un point de controverse. De temps à autre, le travail strictement juridique de la commission d'experts est opposé au caractère supposé plus politique de la commission de la Conférence. Peut-être l'objectif est-il de donner aux observations et évaluations non contraignantes de la commission d'experts un statut plus élevé et une plus grande autorité. En fait, si l'on se réfère à leur mandat, le travail des deux commissions est, sur le contenu, pratiquement identique. A la question de savoir si un Etat Membre a rempli ses obligations découlant de la Constitution et des conventions qu'il a ratifiées, il ne peut être répondu qu'à la lumière de critères juridiques. Au mieux, il est possible et quelquefois approprié de prendre en compte certaines considérations politiques lorsque l'on essaie d'expliquer pourquoi un Etat ne remplit pas ou ne remplit qu'imparfaitement ses obligations. En outre, les décisions relatives à l'institution des deux commissions montrent clairement que les résultats des travaux de la commission d'experts ne sauraient en aucun cas préjuger des décisions de la commission de la Conférence. Néanmoins, les deux organes de contrôle doivent être considérés comme intervenant à des étapes différentes. La commission d'experts se livre à une sorte d'examen préparatoire. Ses observations constituent régulièrement le point de départ, mais par forcément l'aboutissement, du travail de la commission de la Conférence. Et elles ne s'imposent pas à cette dernière, sans quoi traiter à nouveau le même cas à la commission de la Conférence représenterait un gaspillage de moyens. En fait, la commission de la Conférence reçoit souvent des informations qui complètent celles qui ont servi de base au rapport de la commission d'experts, donnent un éclairage nouveau sur les faits et peuvent même en modifier la teneur. Comme on l'a vu, le rapport intégral de la commission de la Conférence et ses conclusions sur les cas particuliers ne sont pas seulement discutés par la CIT en plénière mais expressément adoptés par elle. Ainsi, les résultats de la commission de la Conférence sont adoptés par l'organe législatif, celui qui est le plus élevé de l'OIT⁷⁶.

⁷⁶ Il reste à voir si, et jusqu'à quel point, des mesures sont nécessaires et raisonnables pour consolider la position de la commission de la Conférence par rapport à celle de la commission d'experts et du Bureau. A cette fin, Brupbacher (*op. cit.*, pp. 91 et suivantes) suggère qu'un certain nombre de règles procédurales devraient être modifiées en vue de donner à la commission de la Conférence une compétence pour interpréter la plupart des questions, de sorte que ses conclusions deviennent contraignantes (voir notamment *ibid.*, pp. 94 et suivantes). Certaines de ces propositions limiteraient toutefois et affaibliraient le mandat de la commission de la Conférence, par exemple l'établissement par le Conseil d'administration d'une liste de cas individuels et le droit pour un représentant de la commission d'experts de présenter un rapport ou une réclamation à la commission de la Conférence. En tout état de cause, ces mesures ne seraient pas possibles sans amender le Règlement de la Conférence.

En fin de compte, s'agissant des relations entre la commission de la Conférence et la commission d'experts, il est un fait reconnu que la commission de la Conférence, en tant que commission qui se réunit à chaque CIT, est en elle-même un élément constitutif de l'organe suprême de l'OIT. Ses déclarations et conclusions prévalent clairement sur les observations de l'organe préparatoire. Si les observations de la commission d'experts ne sont pas expressément adoptées par la commission de la Conférence, elles relèvent plus d'un processus d'organisation interne, sans répercussions externes. Elles ne sont jamais obligatoires. Toutefois, vue de l'extérieur, la situation apparaît différemment: chaque année le rapport de la commission d'experts est largement distribué sous forme d'une publication de qualité et attrayante. Le rapport de la commission de la Conférence est imprimé sur du papier recyclé gris, noyé au milieu des milliers de pages du *Compte rendu des travaux*, moins fréquemment consulté.

Méthodes de travail

Les méthodes effectives de travail de la commission de la Conférence ne sont pas établies dans le détail et de façon permanente par quelque règle de procédure. Chaque année, au début de sa réunion, la commission décide de certaines règles générales, d'ordre technique. En général, elle suit le principe de la «pratique établie»⁷⁷. Pour les nouveaux venus à la commission, la procédure est au premier abord quelque peu déconcertante et elle ne devient vraiment compréhensible que lorsque l'on y a participé plusieurs fois. La taille de la commission peut aussi surprendre: ces dernières années, le nombre total de ses membres allait de 100 à 250 personnes sans compter un grand nombre de suppléants. Cela en fait souvent la commission la plus nombreuse de la CIT. Ces dernières années, 100 à 120 gouvernements y étaient représentés, au côté desquels siégeaient quelque 80 à 100 représentants des travailleurs et 25 à 35 représentants des employeurs.

La commission commence son travail de fond par une discussion générale sur l'action normative et le contrôle de l'application des normes, ainsi que sur toute une série de questions qui figurent dans le rapport général de la commission d'experts. Il y est régulièrement noté, avec grand regret, que de nombreux gouvernements n'ont pas convenablement rempli leurs obligations relatives à la soumission de rapports. Seulement 20 à 25 pour cent des rapports arrivent dans les délais, c'est-à-dire avant le 1^{er} septembre de chaque année. Environ les deux tiers sont reçus par la commission d'experts à la fin de novembre, mais seulement une petite proportion d'entre eux peut être traitée. Environ 70 pour cent sont donc découverts à l'ouverture de la CIT, le premier mardi de juin. Le système

⁷⁷ Les détails sont trop nombreux pour être décrits entièrement dans le présent article. Pour une vue générale, voir A. Wisskirchen et C. Hess, *op. cit.*, pp. 38 et suivantes.

de contrôle de l'OIT, dont on dit tant de bien, est tributaire du respect de l'obligation élémentaire de transmettre les rapports dans les délais. L'allongement des intervalles entre les rapports, qui a été accordé ces dernières décennies, n'a permis qu'un répit temporaire. Le questionnaire qui doit être rempli par les gouvernements doit être simplifié et rendu plus précis, cela représenterait le prochain pas à faire dans la série des réformes qui sont désormais engagées et doivent être poursuivies.

La deuxième partie de la discussion générale de la commission de la Conférence est consacrée à l'étude d'ensemble qui est présentée chaque année par la commission d'experts et traite tour à tour d'une ou plusieurs conventions sur la base des rapports des Etats Membres en vertu de l'article 19, paragraphe 5 e), de la Constitution. Comme ces études sont aussi fondées sur les rapports des Etats qui n'ont pas ratifié les conventions en question, elles offrent une explication des raisons qui empêchent les Etats Membres de les ratifier. Cette confrontation avec la réalité pourrait mettre en évidence les dispositions à amender ou à abroger parce qu'elles sont inadaptées aux exigences du monde du travail d'aujourd'hui, mais les études d'ensemble ne comportent que rarement une analyse objective de ce type. Un exemple révélateur nous est fourni par l'étude d'ensemble de 2001⁷⁸ sur plusieurs conventions interdisant le travail de nuit pour les femmes⁷⁹. La liste des dénonciations de ces conventions est pratiquement aussi longue que celle de leurs ratifications. La plupart des Etats Membres de l'Union européenne, s'ils avaient jamais ratifié la convention n° 89, l'ont dénoncée en 1991 ou 1992 en raison d'une décision de la Cour européenne de Justice⁸⁰ qui a considéré que l'interdiction du travail de nuit pour les femmes était incompatible avec la directive de 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle ainsi que les conditions de travail⁸¹. La convention (n° 171) sur le travail de nuit, 1990, qui ne figurait pas officiellement dans l'étude d'ensemble, a été ratifiée au total par neuf Etats. Le protocole de la même année qui amendait légèrement la convention n° 89 de 1948 n'a reçu que trois ratifications en tout.

Ce verdict sans équivoque n'a pas empêché la commission d'experts d'essayer, dans son étude d'ensemble, de rechercher des soutiens aux deux instruments susmentionnés, alors qu'ils sont inacceptables pour la

⁷⁸ CIT, 89^e session, 2001, Rapport III (Partie 1B).

⁷⁹ Convention (n° 4) sur le travail de nuit (femmes), 1919; convention (n° 41) (révisée) du travail de nuit (femmes), 1934; convention (n° 89) sur le travail de nuit (femmes) (révisée), 1948; protocole (n° 89) (de 1990) relatif à la convention sur le travail de nuit (femmes) (révisée), 1948.

⁸⁰ Cour européenne de Justice (CEJ), affaire C-345/1989, *Procédure pénale c. Alfred Stoeckel*, Recueil 1991, p. I-4047, jugement du 25 juillet 1991.

⁸¹ Directive 76/207/CEE.

grande majorité des Etats Membres de l'OIT⁸². Cela ne dénote pas exactement un sens très développé de la réalité. En outre, il n'appartient pas à la commission de formuler de telles recommandations.

L'essentiel du travail de la Conférence consiste à examiner les cas individuels. Les manquements aux obligations de transmettre les rapports et de fournir les informations sont discutés relativement brièvement au chapitre des cas dits «automatiques». Les discussions de la commission de la Conférence se concentrent toutefois sur la question de fond: savoir si, et dans quelle mesure, les Etats Membres ont rempli leurs obligations découlant, au niveau national, de la ratification des conventions. Durant les premiers jours de ses discussions, la commission de la Conférence choisit environ 25 cas parmi les centaines d'observations individuelles qui figurent dans le rapport de la commission d'experts, où elles sont répertoriées en fonction des conventions et des Etats Membres. Elle invite ensuite les représentants des gouvernements en question à répondre. La plupart des observations critiquent des manquements graves aux prescriptions d'une convention, dans la loi ou la pratique d'un Etat Membre.

Il n'existe pas de procédure pleinement satisfaisante pour dresser la liste des gouvernements invités à répondre. Une série de considérations générales plausibles sont normalement fournies pour justifier la liste proposée. Elles comprennent, comme il est de coutume dans les organisations internationales, le principe d'une répartition géographique équitable. Sur la base d'un critère aussi général, un bon nombre de listes différentes pourraient être dressées, il y a donc une part d'arbitraire. Il n'existe pas non plus de critères objectifs et unanimement acceptés pour déterminer la gravité des manquements d'une façon totalement acceptable. Les gouvernements qui critiquent souvent la pratique en vigueur n'ont pas proposé de solutions de rechange convaincantes à la commission. En pratique, la procédure est que les grandes confédérations syndicales internationales – la Confédération internationale des syndicats libres et la Confédération mondiale du travail – commencent des mois à l'avance à se mettre d'accord sur une proposition de liste. Celle-ci fait ensuite l'objet d'une coordination avec les employeurs qui siègent à la commission de la Conférence, au début de cette dernière. Après que les deux groupes se sont mis d'accord, la liste est proposée à l'ensemble de la commission pour approbation. A l'avenir, il faudrait porter une plus grande attention à ce que la liste couvre l'éventail le plus large possible de conventions particulièrement importantes pour le monde du travail et les entreprises d'aujourd'hui.

La plupart des cas discutés à la commission de la Conférence concernent des questions relatives aux huit conventions fondamentales,

⁸² CIT, 89^e session, 2001, Rapport III (Partie 1B), paragr. 202.

c'est-à-dire les deux conventions sur la liberté syndicale et la négociation collective, les deux conventions sur l'interdiction et l'abolition du travail forcé, les deux conventions relatives à l'interdiction de la discrimination et à la promotion de l'égalité et les deux conventions sur l'interdiction du travail des enfants. L'examen de chaque cas commence par une déclaration du représentant de l'Etat Membre concerné. De plus en plus, les Etats sont représentés par le ministre compétent ou par leur ambassadeur. Ensuite, les deux porte-parole des groupes font leur rapport. Le débat général qui s'ensuit dure parfois plusieurs heures. Le représentant du gouvernement et les porte-parole des groupes s'expriment à nouveau à la fin de ce débat. Enfin, le président de la Commission propose un projet de conclusions. Dans les cas difficiles, et cela n'est pas rare, les conclusions sont formulées conjointement par le président et les vice-présidents (porte-parole des groupes). Enfin, la commission se prononce sur les conclusions.

Les conclusions contiennent non seulement des remarques sur ce que la commission considère comme des manquements aux obligations, des détériorations ou des améliorations notables de la situation par comparaison aux examens précédents du cas, mais, surtout, elle en appelle à ce que les changements nécessaires de la législation et de la pratique aient lieu. Elle recommande souvent que le gouvernement en question demande conseil ou assistance technique au BIT ou que ce dernier propose lui-même une mission de contacts directs. Cette dernière exige le consentement formel du gouvernement concerné. Dans le passé, la commission a toutefois exprimé l'opinion, dans ses conclusions, qu'une convention donnée nécessiterait d'être révisée, par exemple, la convention (n° 35) sur l'assurance-vieillesse (industries, etc.), 1933⁸³.

Si un pays a gravement et constamment violé une convention, la commission inscrit ses conclusions dans un paragraphe spécial de son rapport général à la Conférence. Elle peut donner plus de force à sa critique en relevant un défaut continu d'application de la convention ratifiée par l'Etat Membre.

Les problèmes d'interprétation des instruments, notamment de la convention n° 87

Les deux principaux organes de contrôle de l'application des normes, la commission d'experts et la commission de la Conférence, aboutissent en général à des conclusions identiques ou du moins très proches. Il faut accepter les différences occasionnelles, d'autant qu'aucun des deux organes n'adopte de décisions finales obligatoires (article 37, paragraphe 1, de la Constitution). L'assertion de la commission d'experts

⁸³ CIT, 82^e session, 1995, *Compte rendu des travaux*, p. 24/72.

de 1990, selon laquelle elle était habilitée à donner des interprétations contraignantes tant que la Cour internationale de Justice n'avait pas pris de décision, a été rapidement abandonnée et en 1991 elle a fait sienne l'opinion exprimée par le groupe des employeurs à la commission de la Conférence⁸⁴.

A ce jour, il n'y a eu absolument aucune réaction des experts dans la vieille controverse sur l'interprétation de la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, à propos du droit de grève. Les experts maintiennent que le droit de grève est fondé sur l'article 3 de la convention n° 87 où il est dit: «les organisations de travailleurs et d'employeurs ont le droit [...] d'organiser leur gestion et leurs activités, et de formuler leurs programmes d'action», pris avec l'article 10 de la même convention qui définit le mot «organisation», aux fins de la convention, comme «toutes organisations de travailleurs et d'employeurs ayant pour but de promouvoir et de défendre les intérêts des travailleurs ou des employeurs»⁸⁵. Outre cette conclusion générale, chaque année les experts examinent de nombreux cas individuels portant sur des dispositions nationales réglementant les grèves, donc en limitant le droit dans une certaine mesure. La commission d'experts considère aussi un grand nombre de situations réelles ou d'évènements qui, régulièrement, conduisent de facto à des restrictions du droit de grève dans certaines circonstances. Dans environ 90 à 98 pour cent de ces cas, les experts concluent que les restrictions au droit de grève, qu'elles soient de facto ou de jure, ne sont pas compatibles avec la convention n° 87. Ils ont ainsi formulé un corps de principes extensif et très détaillé sur le droit de grève qui revient à établir une liberté de grève très étendue et sans restriction⁸⁶. Les restrictions occasionnelles et théoriques sont considérées comme pratiquement inapplicables aux situations réelles examinées. Le droit de grève ne peut pourtant pas être déduit de la convention n° 87, surtout si l'on adhère, même de façon laxiste, aux principes d'interprétation du droit international établis par la Convention de Vienne qui ici fait autorité⁸⁷.

Comme l'admettent les experts, ni le texte de la convention n° 87, ni le Préambule de la Constitution, ni la Déclaration de Philadelphie ne font référence aux grèves. Aucun libellé, ni aucun autre instrument, au sens des paragraphes 1 et 2 de l'article 31 de la Convention de Vienne, ne permettent de conclure à l'existence d'un tel accord sur le sujet entre

⁸⁴ Voir ci-dessus la partie consacrée à la création et au mandat de la commission d'experts, spécialement les notes 50 et 55.

⁸⁵ Pour plus de précisions, voir l'étude d'ensemble la plus récente sur le sujet, qui a été soumise à la 81^e session de la Conférence en 1994, Rapport III (Partie 4B), paragraphes 143 à 179.

⁸⁶ L'étude d'ensemble susmentionnée consacre quarante-quatre paragraphes aux grèves. Dans le rapport de 1959, les experts faisaient référence à la possibilité d'un droit de grève dans un seul paragraphe (CIT, 43^e session, 1959, Rapport III (Partie IV), Partie 3, paragr. 68).

⁸⁷ Voir ci-avant la partie consacrée aux méthodes d'interprétation de la commission d'experts.

les parties à la convention n° 87. De même, il n'y a pas de pratique ultérieure dans l'application de cette convention qui établisse un accord entre les parties contractantes visant à interpréter ses dispositions comme consacrant le droit de grève (article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne). Pendant des décennies, les rapports des experts ont soutenu l'argument qu'il n'y avait pas d'accord de cette sorte entre les Etats Membres. Néanmoins, les questions en rapport avec la liberté syndicale occupent bien une part très importante de l'ensemble du rapport, les grèves figurant parmi les plus importantes de ces questions. Les situations réelles qui forment la base de cette partie du rapport montrent clairement qu'aucun autre domaine de la politique sociale et du travail hormis les grèves ne fait l'objet d'un plus grand nombre de règles et de pratiques dans les Etats Membres⁸⁸. L'idéal type correspondant aux principes détaillés énoncés par les experts ne se retrouve probablement dans aucune des réglementations sur la grève, pas plus que dans la pratique. Dans cette situation, on ne peut présumer qu'un droit fondé sur la coutume s'est établi pour une conception particulière du droit de grève⁸⁹.

Les règles d'interprétation de l'article 31 de la Convention de Vienne mènent donc à la conclusion que les grèves ne sont pas réglementées par la convention n° 87. Cette conclusion est largement confirmée si, conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne, nous considérons les travaux préparatoires de l'instrument et les circonstances de son adoption. Les experts ont raison de souligner dans la plus récente de leurs études d'ensemble sur le sujet, comme on l'a déjà vu, qu'il a été fait référence au droit de grève à plusieurs reprises au cours des travaux préparatoires, mais aucune proposition explicite sur le sujet n'a été avancée au cours des débats à la Conférence⁹⁰. Les commentaires des experts sur la genèse de la convention sont, c'est un euphémisme, incomplets car le rapport préparatoire du Bureau sur le projet de convention sur la liberté syndicale excluait expressément la réglementation du droit de grève après analyse des réponses des gouvernements. «Plusieurs gouvernements, tout en donnant leur assentiment à la formule, ont toutefois souligné, à juste titre semble-t-il, que le projet de convention ne porte que sur la liberté syndicale et non pas sur le droit de grève, problème qui sera examiné à propos de la question VIII (conciliation et arbitrage) inscrite à l'ordre du jour de la Conférence. Dans ces conditions, il nous a semblé préférable de ne pas faire figurer une disposition à cet effet dans le projet

⁸⁸ CIT, 81^e session, 1994, Rapport III (Partie 4B), paragr. 144.

⁸⁹ La question est laissée ouverte par Bernd von Maydell dans «The concept of political strikes in Germany and in international labour law», dans l'ouvrage publié sous la direction de J.R. Bellace et M.G. Rood: *Labour law at the crossroads: Changing employment relationships. Studies in honour of Benjamin Aaron*, The Hague, Kluwer Law International, 1997, p. 117.

⁹⁰ CIT, 81^e session, 1994, Rapport III (Partie 4B), paragr. 142.

de convention sur la liberté syndicale»⁹¹. Cela a été confirmé durant les débats en plénière. «Le président de la Commission déclara à ce propos que la convention ne prétend pas être un «code de réglementation» du droit syndical, mais se borne à énoncer dans un texte succinct certains principes fondamentaux⁹².»

Lorsque la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, a été adoptée l'année suivante, le sujet a expressément été abordé. Au cours des discussions, deux délégués des travailleurs et un délégué gouvernemental ont vainement déposé des propositions visant à ce que la convention garantisse le droit de grève. Les deux propositions ont été rejetées. Le compte rendu des travaux indique: «Cet amendement a été déclaré irrecevable par le président pour la raison que la question du droit de grève n'est pas visée par le projet de texte et que son examen devrait donc être réservé jusqu'au moment où la Conférence abordera le point 5 de son ordre du jour portant, entre autres questions, sur la conciliation et l'arbitrage»⁹³. A notre connaissance, le paragraphe 4 de la recommandation (n° 92) sur la conciliation et l'arbitrage volontaires, 1951, mentionne les grèves et les lock-out dans un langage neutre et ne cherche pas à les régler.

Enfin, les experts ont fait vaguement allusion au fait que les grèves sont mentionnées dans d'autres instruments internationaux⁹⁴. A cet égard, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 n'est pas pertinente; bien qu'elle établisse de nombreux droits fondamentaux en termes généraux, il ne s'agit que de recommandations et leur respect n'est pas obligatoire⁹⁵. L'article 22, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁹⁶ et l'article 8, paragraphe 1 d), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁹⁷ sont plus appropriés. Pendant plusieurs années, les textes des deux pactes ont fait l'objet de négociations visant à rédiger un seul pacte des Nations Unies sur les droits de l'homme. Une motion visant à ajouter le droit de grève à la liberté syndicale a été rejetée. Après que le texte eut été séparé pour donner les deux pactes susmentionnés, l'article 8 a été rédigé comme il est indiqué à la note 97. Dans l'ensemble, ces règles ont une moindre force contraignante et le système de contrôle est plus faible que

⁹¹ CIT, Rapport VII, 31^e session, 1948, p. 92.

⁹² CIT, 31^e session, 1948, *Compte rendu des travaux*, Annexe X, p. 499.

⁹³ CIT, 32^e session, 1949, *Compte rendu des travaux*, p. 464.

⁹⁴ CIT, 81^e session, 1994, Rapport III (Partie 4B), paragr. 143.

⁹⁵ Brubacher, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁶ Nations Unies: *Droits de l'homme: Recueil d'instruments internationaux*, vol. I (première partie), Instruments universels, ST/HR/1/Rev. 6 (vol. I, première partie), Genève, 2002, p. 27; l'article 22, paragraphe 1, se lit: «Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts».

⁹⁷ Nations Unies, *op. cit.*, p. 11; l'article 8, paragraphe 1 d), se lit: «Les Etats parties au présent pacte s'engagent à assurer: [...] d) le droit de grève exercé conformément aux lois de chaque pays».

celui des conventions de l'OIT⁹⁸. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dans une décision du 18 juillet 1986⁹⁹, reposant expressément sur les règles d'interprétation qui figurent dans la Convention de Vienne, concluait que la liberté syndicale, consacrée par l'article 22, n'implique pas nécessairement le droit de grève et que les auteurs du pacte n'avaient pas l'intention de garantir ce droit de grève. Une analyse de l'article 8, paragraphe 1 *d*), a confirmé que le droit de grève ne pouvait pas être considéré comme un élément implicite du droit de constituer des syndicats et d'y adhérer. Selon l'article 8, paragraphe 1, le droit de grève est clairement et expressément soumis au droit du pays¹⁰⁰.

Lors de cette procédure devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, les plaignants avaient affirmé que les organes de l'OIT en étaient arrivés à la conclusion que, au vu des conventions de l'OIT, le droit à la liberté syndicale présupposait nécessairement le droit de grève. Le Comité des Nations Unies a répondu que tout instrument international a sa propre vie et doit être interprété par l'organe chargé de contrôler l'application de ses dispositions. Outre ces observations, claires et précises, le comité a déclaré: «Le Comité des droits de l'homme n'hésite pas à accepter comme correcte et juste l'interprétation que les organes en question ont donnée de ces traités»¹⁰¹. Venant après la remarque correcte du Comité des droits de l'homme des Nations Unies sur les existences séparées des traités internationaux et le fait qu'ils doivent être interprétés par les organes compétents, la remarque susmentionnée sur les normes de l'OIT ne peut être conçue que comme une déclaration diplomatique sans force contraignante. Il s'agissait d'une déclaration incidente d'un comité qui, de son propre aveu, n'était pas compétent pour traiter du sujet¹⁰². Cela est d'autant plus vrai que, selon l'article 37 de la Constitution, seule la Cour internationale de Justice peut donner des interprétations obligatoires contraignantes des normes de l'OIT.

Comme on l'a déjà vu, la commission d'experts présume qu'il existe un principe général établissant un large droit de grève. Selon elle, les limitations doivent donc avoir des justifications particulières qu'il faut inter-

⁹⁸ Selon Brupbacher, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁹ Comité des droits de l'homme des Nations Unies: *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Assemblée générale, 41^e session, document A/41/40, New York, 1986.

¹⁰⁰ C'est aussi là le point de vue de Bernd von Maydell, *loc. cit.*

¹⁰¹ A la différence de Brupbacher (*op. cit.*, p. 18), le comité n'a donc pas recommandé l'acceptation de l'interprétation. En outre, il y a une incertitude quant aux organes de l'OIT auxquels il est fait référence, surtout compte tenu des sérieuses divergences de vues sur le droit de grève qui existent entre la commission d'experts et la commission de la Conférence.

¹⁰² Cette déclaration a la même valeur que celle de la Cour suprême d'un pays qui déciderait, selon la loi du pays, que dans le cas qui lui est soumis le droit de grève n'est pas établi, mais qui ensuite en viendrait à déclarer qu'elle accepte l'interprétation de la Cour suprême d'un autre État appliquant des normes différentes de celle du pays en question.

prêter de façon restrictive¹⁰³. Les experts citent deux exemples à cet égard. La limitation du droit de grève dans les services «essentiels» est considérée comme acceptable seulement lorsque l'interruption de ces services met en danger la santé ou la sécurité personnelle de toute la population ou de certaines parties de celle-ci. Ainsi, le législateur national se voit dénier le droit, à propos des conséquences des grèves, de remplir un devoir plus large, celui de protéger et d'assurer le bien-être de ses citoyens au-delà de leur vie et de leur santé. Alors que la commission d'experts considère fondamentalement que le droit à toutes les formes de grève doit être garanti, elle estime qu'une exception peut être possible dans le cas des grèves strictement politiques. Cette formulation est pratiquement vidée de son sens dans les conclusions concernant les cas réels. La commission d'experts considère que les grèves contre la politique gouvernementale sont toujours possibles et qu'en pratique ce droit de grève comprend les grèves contre un projet de loi le jour où il est discuté au parlement¹⁰⁴. Les experts sont silencieux sur la nature discutable des grèves contre un parlement librement élu dans un Etat soumis à l'état de droit.

De temps à autre, la commission d'experts s'en remet aux conclusions du Comité de la liberté syndicale pour appuyer son point de vue. Cet organe tripartite a été mis en place en 1951 par le Conseil d'administration du BIT. Son mandat officiel est plus ou moins identique à celui de la Commission de conciliation et d'investigation en matière de liberté syndicale, qui avait été créée en 1950. Cette dernière réunit des experts indépendants, mais elle ne peut agir qu'avec le consentement du gouvernement concerné, ce qui fait qu'elle n'a pas pris beaucoup d'importance¹⁰⁵. Sa tâche est de vérifier les faits et d'agir en tant que médiateur et conciliateur. Personne ne conteste le fait que le comité se saisisse lui-même de questions relatives à la liberté syndicale se posant dans les Etats Membres qui n'ont pas ratifié les conventions n° 87 et n° 98. C'est pour cette raison que ses recommandations ne peuvent être considérées comme de la «jurisprudence» en tant qu'interprétation des normes contenues dans les conventions. Le travail du Comité de la liberté syndicale est fondé sur l'appel qui figure dans la Constitution à

¹⁰³ CIT, 81^e session, 1994, Rapport III (Partie 4B), paragr. 159.

¹⁰⁴ Les observations des experts ont concerné par exemple les grèves en Allemagne durant le débat parlementaire sur l'amendement de l'article 116 de la loi sur la promotion de l'emploi en 1986. Les tribunaux du travail ont interdit aux syndicats d'appeler à de nouvelles grèves et certains employeurs ont menacé les travailleurs de licenciement s'ils se mettaient à nouveau en grève (CIT, 73^e session, 1987, Rapport III (Partie 4A), pp. 181 et suivantes, et CIT, 76^e session, 1989, Rapport III (Partie 4A), pp. 168 et suivantes).

¹⁰⁵ Minutes de la 110^e session du Conseil d'administration, 3-7 janvier 1950, Annexe VI, paragr. 4; CIT, 33^e session, 1950, *Compte rendu des travaux*, pp. 172 et 254-255.

reconnaître le principe de la liberté syndicale ¹⁰⁶. En outre, ses membres ne sont habituellement pas des juristes et, surtout, ils ne siègent pas en tant que représentants des mandants mais à titre personnel.

Très tôt, les employeurs ont, sans ambiguïté aucune, protesté contre l'apparition de ces aberrations ¹⁰⁷. Pour des raisons évidentes, cela n'a pas eu de suite, comme n'en ont pas eu de nombreuses autres divergences exprimées à l'époque de la guerre froide. Les choses ont rapidement changé après le grand basculement de l'équilibre politique dans le monde. L'auteur a constamment expliqué la position des employeurs sur ce sujet à la Commission de la Conférence et l'a réitéré en détail en 1994 ¹⁰⁸. Dans le même temps, il a été suggéré que, après un travail soigneux de préparation, la question soit extraite de la zone grise des interprétations *extra* ou *contra legem* non contraignantes et officiellement soumise à l'appréciation du véritable législateur de l'OIT, c'est-à-dire à la plénière de la Conférence internationale du Travail. Jusqu'ici cette requête est restée sans réponse. Il est aussi étonnant que les experts n'aient jamais considéré les nombreux arguments avancés sur le sujet qui ont été soumis aux organes de l'OIT et formulés dans des écrits juridiques. Au lieu de cela, ils ont réitéré les observations de leurs études d'ensemble et rapports antérieurs, qu'ils citent sans en changer un mot, comme s'il s'agissait de textes de loi.

Inventaire

L'OIT a entrepris une transformation majeure. Cela n'est guère surprenant parce que, dans certains domaines, elle semble s'être trop fortement et trop longtemps consacrée à la réalisation d'idées datant de la fin du XIX^e siècle alors que l'état avancé de la mondialisation demande des mesures différentes, à l'échelle internationale, dans le domaine de la politique sociale. Elle ne sera pas mondialement acceptée si elle établit des dispositions trop détaillées sur toutes les conditions de travail possibles, en espérant qu'elles resteront toujours valables. Au contraire, les instruments et leur contenu doivent être extrêmement souples. La recherche de conditions de base qui favorisent plutôt qu'elles n'entravent la création d'emplois et la capacité de concurrence des entreprises est plus que jamais une priorité. Faute de trouver des solutions acceptables, il est proba-

¹⁰⁶ Cela n'a pas empêché ce comité d'exprimer ses opinions sur des centaines de questions détaillées relatives à la liberté syndicale et au droit de grève dans *Liberté syndicale: Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*. La 4^e édition, qui date de 1996, ne compte pas moins de 248 pages.

¹⁰⁷ Voir les commentaires de M. Waline, Minutes de la 121^e session du Conseil d'administration, 3-6 mars 1953, pp. 37 et suivantes.

¹⁰⁸ CIT, 81^e session, 1994, *Compte rendu des travaux*, paragr. 115-134; CIT, 81^e session, 1994, *Compte rendu des travaux*, pp. 28/9-28/12.

ble que ses textes ne seront pas appliqués dans les faits. C'est déjà là le sort d'un nombre considérable d'instruments traditionnels de l'OIT.

Si l'OIT prend une nouvelle orientation, elle ne pourra le faire sans ignorer les questions de commerce international. Derrière ces mots, qui ne peuvent être décortiqués ici plus en détail, se cachent des difficultés d'organisation et des problèmes de fond lorsqu'il s'agit de décider de lier ou de séparer les principes de commerce international libre et équitable et de conditions minimales de travail convenables.

Cent soixante-dix-huit Etats sont Membres de l'OIT. L'intégration régionale peut toutefois aboutir à ce que les Etats ne seront plus les seuls responsables des règles et réglementations gouvernant les conditions de travail et les questions sociales, mais seront liés par une loi supranationale après avoir opéré les transferts de souveraineté appropriés. Cela aura sans doute des implications sur l'établissement de normes sous forme de traités internationaux au sens traditionnel, ce qui a été jusqu'à présent la méthode de travail classique de l'OIT.

L'OIT doit explorer de nouvelles voies. Elle a commencé à le faire, comme on l'a vu. Pour cela, il faut établir de nouveaux instruments, au contenu renouvelé, et s'orienter vers un renforcement des services offerts par l'Organisation. L'évolution doit aussi se faire sentir sur le contrôle de l'application des normes. Des principes généraux, des droits fondamentaux de l'homme dans le domaine du droit du travail et du droit social, et d'autres solutions qui ont déjà fait l'objet de consensus ne peuvent, par le biais de l'interprétation, être transformés en un catalogue de règles détaillées. En outre, le système de contrôle se transformera souvent en un suivi organisé selon différentes lignes. Ces changements prendront du temps. Il est aussi nécessaire d'examiner si, et dans quelle mesure, il serait raisonnable de voir les dispositions de base ne plus s'appliquer aux seuls Etats Membres mais avoir un effet contraignant sur de nouveaux acteurs. Malgré tous ces changements, une chose est certaine: si les moyens disciplinaires restent inadaptés, comme c'est courant dans le domaine du droit international, c'est le pouvoir d'un dialogue confiant et ouvert qui sera, à l'avenir, on ne peut plus important.