Document generated on 05/09/2025 1:59 p.m.

Revue générale de droit

Les sanctions commerciales visant le travail des enfants : sont-elles « nécessaires » au sens de l'article XX du GATT ?

Francisco C. Villanueva

Volume 42, Number 2, 2012

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1026908ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1026908ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Villanueva, F. C. (2012). Les sanctions commerciales visant le travail des enfants : sont-elles « nécessaires » au sens de l'article XX du GATT ? *Revue générale de droit*, *42*(2), 591–640. https://doi.org/10.7202/1026908ar

Article abstract

This article is part of the ongoing debate about the existence of an implicit social clause within the *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) and the law of the World Trade Organization (WTO). The article highlights the difficulties of complying with the requirement of "necessity" of Article XX (a) and XX (b) of the GATT, which any trade restrictive measures aimed at eradicating child labor would face. To this end, the article relies on the jurisprudence of the Dispute Settlement Body of the WTO and takes into account the position of the International Labour Organization (ILO) and United Nations Fund for Childhood (UNICEF) on trade sanctions and child labor. The analysis is complemented by the results of a field study conducted by the author in Ecuador on hazardous child labour in the flower industry and the potential effects of trade sanctions on minors.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2012

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Les sanctions commerciales visant le travail des enfants : sont-elles « nécessaires » au sens de l'article XX du GATT?

Francisco F. Villanueva
Avocat (PUCP) au Barreau de Lima, au Pérou et professeur de droit,
École des sciences de la gestion, UQAM

RÉSUMÉ

*Cet article s'insère dans le débat en cours sur l'existence d'une clause sociale implicite dans le cadre de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce *(GATT) et du droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). L'article met en évidence les difficultés inhérentes au respect de la condition de « nécessité » des paragraphes (a) et (b) de l'article XX du GATT auxquelles des éventuelles mesures restrictives du commerce visant l'éradication du travail des enfants devraient faire face. À cet effet, l'article s'appuie sur la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC et tient compte de la position de l'Organisation internationale du travail (OIT) et du Fonds des Nations Unies pour l'enfance*

ABSTRACT

This article is part of the ongoing debate about the existence of an implicit social clause within the General Agreement on Tariffs and Trade *(GATT) and the law of the World Trade Organization (WTO). The article highlights the difficulties of complying with the requirement of "necessity" of Article XX (a) and XX (b) of the GATT, which any trade restrictive measures aimed at eradicating child labor would face. To this end, the article relies on the jurisprudence of the Dispute Settlement Body of the WTO and takes into account the position of the International Labour Organization (ILO) and United Nations Fund for Childhood (UNICEF) on trade sanctions and child labor. The analysis is complemented by the results*

(2012) 42 *R.G.D.* 591-640

(UNICEF) à l'égard des sanctions commerciales en matière de lutte contre le travail des enfants. L'analyse est étayée par les résultats d'une étude de cas inédite réalisée par l'auteur en Équateur et portant sur le travail dangereux des enfants dans l'industrie floricole de ce pays et les effets potentiels des sanctions commerciales sur les mineurs exploités.

of a field study conducted by the author in Ecuador on hazardous child labour in the flower industry and the potential effects of trade sanctions on minors.

Mots-clés : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce *(GATT), clause sociale, Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), mesures restrictives du commerce, moralité publique, Organisation internationale du travail (OIT), Organisation mondiale du commerce (OMC), protection de la vie et de la santé humaines, travail dangereux des enfants.*

Key-words : General Agreement on Tariffs and Trade *(GATT), hazardous child labour, International Labour Organization, social clause, protection of life and human life, public morals, trade restrictive measures, United Nations Fund for childhood (UNICEF), World Trade Organization (WTO).*

SOMMAIRE

Introduction 593

1. L'article XX du GATT et la lutte contre le travail dangereux des enfants 595

2. La condition de nécessité de l'article XX (b) du GATT et les mesures restrictives du commerce visant le travail dangereux des enfants 600

   2.1 L'analyse de la condition de nécessité de l'article XX (b) ... 600

2.2 Les mesures restrictives du commerce visant le travail dangereux des enfants et les difficultés découlant du respect de la condition de nécessité de l'article XX (b) du GATT 609

2.2.1 Les difficultés découlant de la prise de position de l'OIT et de l'UNICEF 610

2.2.2 Le cas du travail dangereux des enfants dans le secteur floricole équatorien 613

3. La condition de nécessité de l'article XX (a) du GATT et les mesures restrictives du commerce visant le travail dangereux des enfants 623

3.1 L'analyse de la condition de nécessité de l'article XX (a) du GATT 623

3.2 Les mesures restrictives du commerce visant le travail dangereux des enfants et les difficultés découlant du respect de la condition de nécessité de l'article XX (a) du GATT 631

Conclusion 637

INTRODUCTION

1. Il existe, en doctrine, une discussion de longue date sur la reconnaissance d'une clause sociale implicite[1] dans le cadre du droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)[2] et,

1. À la suite de l'échec subi par les partisans de la présence d'une clause sociale explicite dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce lors de la ronde de négociations ayant précédé sa création, un courant d'opinions favorables à la reconnaissance de ce qu'on pourrait appeler une clause sociale implicite à l'intérieur du droit de cette organisation internationale s'est fait jour. Il s'agit de promouvoir une lecture des règles de ce système qui permette le recours à des mesures commerciales restrictives dans le but d'assurer le respect des droits fondamentaux des salariés.

2. L'OMC a vu le jour le 1er janvier 1995 et découle de l'adoption de l'*Accord de Marrakech* survenue quelques mois plus tôt, soit le 15 avril 1994. Cet accord fondateur définit la structure institutionnelle et normative de l'OMC. Du point de vue normatif, le système de l'OMC regroupe, outre l'*Accord de Marrakech*, 18 accords (appelés « les accords visés ») et d'autres engagements complémentaires. Du point de vue hiérarchique, l'*Accord de Marrakech* se trouve au sommet du système. Trois accords *erga omnes partes*, c'est-à-dire dont l'application s'étend à l'ensemble des membres de l'OMC, revêtent d'une importance capitale : l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (GATT), l'*Accord général sur le commerce des services* (GATS) et l'*Accord sur la protection des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (TRIPS).

plus précisément, de celui de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (GATT)[3]. Cette clause sociale implicite permettrait l'adoption de mesures restrictives du commerce dans le but de protéger les droits fondamentaux des travailleurs sur le plan international[4]. Parmi ces droits, reconnus dans la Déclaration de l'Organisation internationale du travail de 1998[5], se trouve la protection des enfants contre le travail dangereux. Cette protection est assurée, au sein des normes internationales du travail, par la *Convention de l'Organisation internationale du travail n° 182* sur les pires formes de travail des enfants (ci-après « la Convention OIT 182 »)[6]. Le présent article s'inscrit dans la réflexion en cours quant à la possibilité juridique de recourir à des mesures restrictives du commerce comme moyen de lutte contre le travail dangereux des enfants dans un contexte

3. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (ci-après « GATT de 1994 »).

4. Sur cette question voir, par exemple : Adelle BLACKETT, « Whither Social Clause? : Human Rights, Trade Theory and Treaty Interpretation », (1999) 31 *Columbia Human Rights Law Review* 1; Chiara BLENGINO, « La dimensione sociale del commercio internazionale », dans Giuseppe PORRO (dir.), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Turin, Giappichelli, 1999, p. 221; Claudio DI TURI, *Globalizzazione delle'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro : il ruolo dell'OIL et dell'OMC*, Milan, Giuffrè Editore, 2007; Luis Miguel HINOJOSA-MARTINEZ, *Comercio justo y derechos sociales. La condicionalidad social en el comercio internacional*, Madrid, Tecnos, 2002; Matthew MITRO, « Outlawing the Trade in Child Labor Products : Why the GATT Article XX Health Exception Authorizes Unilateral Sanctions », (2002) 51 *American University Law Review* 1223; Éric ROBERT, « Enjeux et ambiguïtés du concept de clause sociale ou les rapports entre les normes de travail et le commerce international », (1996) 29 *R.B.D.I.* 145.

5. Dans cette déclaration, adoptée par la Conférence internationale du travail, les pays membres de l'OIT s'engagent, du seul fait de leur appartenance à l'OIT, à respecter et promouvoir les principes relatifs aux droits fondamentaux au travail, parmi lesquels se trouve le droit des enfants à être protégés contre le travail dangereux. CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi*, 86e sess., Genève, adoptée le 18 juin 1998, en ligne : <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--fr/index.htm> (consulté le 2 février 2011).

6. CONFÉRENCE GÉNÉRALE DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Convention (n° 182) concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination*, 87e sess., Genève, adoptée le 17 juin 1999 , en ligne : <http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm> (consulté le 3 juin 2010). Cette convention a été ratifiée par le Canada le 6 juin 2000 et est entrée en vigueur le 19 novembre 2000. Selon l'article 3 (d) de cet instrument, on entend par travail dangereux des enfants « les travaux qui, par leur nature ou les conditions dans lesquelles ils s'exercent, sont susceptibles de nuire à la santé, à la sécurité ou à la moralité de l'enfant ».

de non-respect de la Convention OIT 182. Il s'agit de rendre ces mesures conformes avec le droit de l'OMC à partir de l'examen des normes pertinentes et de la jurisprudence de son Organe de règlement des différends (ORD) relatives au GATT.

2. Plus précisément, cet article s'attardera sur les difficultés inhérentes au respect de la condition de « nécessité » des paragraphes (a) et (b) de l'article XX du GATT à la suite de la prise de position de l'Organisation internationale du travail (OIT) et du Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF) concernant les sanctions commerciales se rapportant au travail des enfants. Nous tiendrons aussi compte d'une étude de cas inédite portant sur le travail dangereux des enfants, que nous avons réalisée dans le secteur floricole équatorien au cours de l'année 2008[7].

3. Après avoir présenté de manière succincte le contenu et la raison d'être de l'article XX du GATT, notre analyse s'attardera sur les conditions de nécessité des paragraphes (a) et (b) de l'article XX du GATT, ainsi que sur les difficultés que d'éventuelles mesures restrictives du commerce associées à la lutte contre le travail dangereux des enfants auraient au moment de satisfaire à ces conditions.

1. L'ARTICLE XX DU GATT ET LA LUTTE CONTRE LE TRAVAIL DANGEREUX DES ENFANTS

4. L'article XX du GATT est probablement la disposition juridique la plus appropriée en vue d'harmoniser les engagements en matière de libéralisation du commerce, pris par les membres de l'OMC, avec les exigences découlant d'une mise en œuvre efficace de la Convention OIT 182 qui, éventuellement, pourrait exiger le recours à des mesures restrictives du commerce. Selon l'article XX du GATT :

7. En effet, les idées avancées dans cet article reprennent l'analyse effectuée dans le cadre de notre thèse de doctorat. Voir : Francisco F. VILLANUEVA, *Le recours à des mesures restrictives du commerce international par l'État canadien comme moyen de lutte contre le travail dangereux des enfants*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, 2011, en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/6044/4/Villanueva_Francisco_2011_these.pdf> (consulté le 28 février 2011).

Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures

a) nécessaires à la protection de la moralité publique;

b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;

c) se rapportant à l'importation ou à l'exportation de l'or ou de l'argent;

d) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur;

e) se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons;

f) imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique;

g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales;

h) prises en exécution d'engagements contractés en vertu d'un accord intergouvernemental sur un produit de base qui est conforme aux critères soumis aux PARTIES CONTRACTANTES et non désapprouvés par elles ou qui est lui-même soumis aux PARTIES CONTRACTANTES et n'est pas désapprouvé par elles;

i) comportant des restrictions à l'exportation de matières premières produites à l'intérieur du pays et nécessaires pour assurer à une industrie nationale de transformation les quantités essentielles desdites matières premières pendant les périodes où le prix national en est maintenu au-dessous du prix mondial en exécution d'un plan gouvernemental de stabilisation, sous réserve que ces restrictions n'aient pas

pour effet d'accroître les exportations ou de renforcer la protection accordée à cette industrie nationale et n'aillent pas à l'encontre des dispositions du présent Accord relatives à la non-discrimination;

j) essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale; toutefois, lesdites mesures devront être compatibles avec le principe selon lequel toutes les parties contractantes ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international de ces produits, et les mesures qui sont incompatibles avec les autres dispositions du présent Accord seront supprimées dès que les circonstances qui les ont motivées auront cessé d'exister. Les PARTIES CONTRACTANTES examineront, le 30 juin 1960 au plus tard, s'il est nécessaire de maintenir la disposition du présent alinéa.[8]

5. L'article XX permet, en effet, de déroger aux obligations faisant partie du régime général du GATT afin de permettre aux États membres d'adopter des mesures visant la protection d'intérêts et de valeurs diverses, y compris ceux de nature non économique. Selon l'Organe d'appel de l'ORD, « [l]es paragraphes a) à j) comprennent les mesures qui sont reconnues comme étant des exceptions aux obligations de fond établies par le GATT de 1994, parce que les politiques internes incorporées dans ces mesures ont été reconnues comme ayant un caractère important et légitime »[9]. Nous nous attarderons plus particulièrement aux exceptions relatives à la protection de la moralité publique de l'article XX (a) et à celle de la vie et de la santé humaines de l'article XX (b).

6. Selon la jurisprudence de l'ORD de l'OMC, les mesures restrictives du commerce fondées sur l'une des exceptions de l'article XX du GATT doivent être soumises à un examen

8. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, préc., note 3.

9. *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R (12 octobre 1998), par. 121; Lorand BARTELS, « Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction », (2002) 36 *J. World Trade* 353, 387-389; Sarah CLEVELAND, « Human Rights Sanctions and the World Trade Organization », dans Francesco FRANCIONI (dir.), *Human Rights, the Environment and International Trade*, Portland, Hart Publishing, 2001, p. 199, aux pages 235 et 236; David LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2004, p. 153.

comprenant deux phases[10]. Dans la première phase, on examine si la mesure contestée se trouve dans le champ d'application de l'une des dix exceptions de l'article XX (a)-(j). Pour ce faire, on vérifie si les conditions spécifiques concernant chacune des exceptions invoquées sont respectées. Dans la seconde phase, l'analyse porte sur les conditions du préambule de l'article XX, à savoir, d'une part, que les mesures en question ne sont pas appliquées d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre des pays où les mêmes conditions existent et, d'autre part, qu'elles ne comportent pas une restriction déguisée au commerce international. Cet article concerne la première étape de l'examen en question.

7. Dans le cadre de l'analyse des mesures se rapportant aux paragraphes (a) et (b) de l'article XX du GATT, nous avons intérêt à prendre note de la démarche interprétative établie au départ par l'Organe de règlement des différends de l'OMC (ORD). Ainsi, pour ce qui est de la première étape de l'examen mentionné dans le paragraphe précédent, le Groupe spécial de l'affaire *États-Unis — Essence* a statué que l'État membre qui veut se prévaloir de l'exception de l'article XX (b) est censé démontrer, premièrement, que « la *politique* dans laquelle [...] [s'inscrivent] les mesures pour lesquelles la disposition [...] [est] invoquée [entre] dans la catégorie des politiques destinées à protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou à préserver les végétaux », et, deuxièmement, que « les mesures incompatibles pour lesquelles l'exception [...] [est] invoquée [...] [sont] *nécessaires* pour atteindre l'objectif de ladite politique »[11] (italiques dans l'original).

8. En s'inspirant des précédents jurisprudentiels, qui ont confirmé la démarche entreprise dans l'affaire que nous venons de citer[12], l'ORD a repris cette analyse en deux temps

---

10. *États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS2/AB/R (29 avril 1996), Sect. IV, p. 24.

11. *États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, rapport du Groupe spécial, WT/DS2/R (29 janvier 1996), par. 6.20.

12. Il s'agit des affaires *Corée — Viande de bœuf* et *CE — Amiante*; *Corée — Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS161/AB/R et WT/DS/169/AB/R (11 décembre 2000); *Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R (12 mars 2001).

dans le cadre de l'article XX (a) du GATT à l'occasion de l'affaire *Chine — Services audiovisuels*[13].

9. Nous ne présenterons pas, ici, d'arguments visant à démontrer que les mesures restrictives du commerce adoptées en vue de protéger les enfants au travail peuvent être justifiées en invoquant la protection de la moralité publique du pays importateur ou la protection de la santé et de la vie humaines des enfants concernés. Il suffit de souligner que, sur le plan de la doctrine, plusieurs auteurs se montrent favorables à cette possibilité, y compris l'auteur du présent article[14]. Nous assumerons comme hypothèse de travail que la réponse à cette question polémique (et qui a besoin d'une analyse étoffée) est affirmative. Nous ne nous attarderons pas non plus à la question aussi délicate de la compétence de l'État importateur d'adopter des mesures se rapportant à des situations touchant des citoyens étrangers en dehors du territoire national[15]. Nous présumerons cette compétence. Le *quid* de notre analyse, axée sur l'état actuel de la jurisprudence de l'OMC, consistera à mettre en évidence les obstacles qui découlent des prises de position de la part de l'OIT et de l'UNICEF, deux institutions internationales spécialisées dans la protection des droits des enfants, quant au caractère nécessaire d'éventuelles mesures restrictives du commerce concernant des produits fabriqués à l'étranger par des enfants en

13. *Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, rapport du Groupe spécial, WT/DS363/R (12 août 2009), par. 7.782-7.788.

14. Voir, par exemple : Salman BAL, « International Free Trade Agreements and Human Rights : Reinterpreting Article XX of the GATT », (2001) 10 *Minn. J. Global Trade* 62, 80; Annalisa GIANSANTI, *La tutela di interessi non economici nel sistema OMC. Ambiente, salute dei consumatori e "core labour standards" nel diritto del commercio internazionale*, Naples, Editoriale scientifica, 2008, p. 242; Gabrielle MARCEAU, « Trade and Labour », dans Daniel BETHLEHEM, Donald MCRAE, Rodney NEUFELD et Isabelle van DAMME (dir.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 539, à la page 550; Fabiano PANTANO et Riccardo SALOMONE, « Trade, ILO Child Labour Standards and the Social Clause : Definitions, Doubts and (Some) Answers », dans Giuseppe NESI, Luca NOGLER et Marco PERTILE (dir.), *Child Labour in a Globalized World. A Legal Analysis of ILO Action*, Hampshire et Burlington, Ashgate, 2008, p. 323, à la page 333; F. VILLANUEVA, préc., note 7, p. 121-130 et p. 150-187.

15. Sur cette question voir : F. VILLANUEVA, préc., note 7, p. 209-230.

situation d'exploitation. Nous aurons l'occasion d'illustrer les difficultés inhérentes à la justification de la condition de nécessité dans le cadre des mesures restrictives du commerce se rapportant au travail dangereux des enfants, en évoquant les résultats d'une étude de cas prospective que nous avons réalisée en Équateur en 2008.

2. LA CONDITION DE NÉCESSITÉ DE L'ARTICLE XX (B) DU GATT ET LES MESURES RESTRICTIVES DU COMMERCE VISANT LE TRAVAIL DANGEREUX DES ENFANTS

10. Nous commencerons par l'étude de la condition de nécessité de l'article XX (b) du GATT, et ce, en raison du fait que la jurisprudence relative à cette question est plus ancienne et étoffée que celle ayant trait à l'article XX (a) du GATT, cette dernière s'étant inspirée de la première. Après avoir présenté les grandes lignes de cette jurisprudence, nous analyserons à la lumière des critères jurisprudentiels la question de la condition de nécessité dans le cadre des mesures restrictives du commerce visant des situations de travail dangereux des enfants. Pour ce qui est de cet aspect de notre analyse, nous tiendrons compte de la position de l'OIT et de l'UNICEF à cet égard, ainsi que des constats effectués dans le cadre de notre étude de cas sur la situation de l'industrie floricole en Équateur.

2.1 L'ANALYSE DE LA CONDITION DE NÉCESSITÉ DE L'ARTICLE XX (B)

11. Pour qu'une mesure puisse être considérée comme incluse dans le champ d'application de l'article XX (b), elle doit être « nécessaire » pour la protection de la vie et de la santé humaines. L'ORD a interprété à plusieurs reprises le terme « nécessaire » de l'article XX (b). Dès lors, il devient essentiel de nous référer à sa jurisprudence afin de déterminer dans quelles conditions une mesure commerciale restrictive visant le travail dangereux des enfants pourrait être couverte par l'article XX (b). Tel que Luff le rappelle, la jurisprudence relative à la condition de nécessité ne concerne pas uniquement l'article XX (b) du GATT, mais aussi d'autres

articles de cet accord, notamment les paragraphes (a) et (d) de l'article XX, dans lesquels on retrouve cette même condition. L'examen de cette jurisprudence révèle qu'en dépit de certaines nuances, la condition de « nécessité » a été appliquée de la même manière dans ces différents articles[16].

12. D'emblée, il faut souligner que ni le texte de l'article XX (b) ni celui du GATT dans son ensemble ne définissent ni n'apportent d'indications explicites quant à ce qui peut être considéré comme « nécessaire » pour protéger la vie et la santé humaines. Ceci étant, dans une première phase de son évolution, la jurisprudence a considéré qu'une mesure était « nécessaire » uniquement s'il n'y avait pas d'autres mesures compatibles avec les règles du régime général du GATT ou, en tout cas, moins restrictives du commerce, et qui était raisonnablement à la disposition de l'État qui voulait protéger la vie et la santé humaines[17]. Ainsi, dans son rapport dans l'affaire *Thaïlande — Cigarettes*, le Groupe spécial a statué que :

> [...] les restrictions à l'importation imposées par la Thaïlande ne pouvaient être considérées comme "nécessaires" au sens de l'article XX (b) que s'il n'y avait pas d'autres mesures compatibles, ou moins incompatibles, avec l'Accord général qu'elle pouvait raisonnablement être censée employer pour atteindre les objectifs de sa politique de santé.[18] (Nous soulignons)

13. L'approche du Groupe spécial reprend ainsi, de manière explicite[19], l'interprétation du terme « nécessaire » dans le contexte de l'article XX (d) effectuée par le Groupe

16. D. LUFF, préc., note 9, p. 166.

17. M. MITRO, préc., note 4, 1248; Francesco FRANCIONI, « Environment, Human Rights and the Limits of Free Trade », dans Francesco FRANCIONI (dir.), *Human Rights, the Environment and International Trade*, Portland, Hart Publishing, 2001, p. 1, à la page 64.

18. *Thaïlande — Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, rapport du Groupe spécial, Doc. GATT DS10/R (7 novembre 1990), IBDD S37/214, par. 75.

19. *Id.*, par. 74.

spécial de l'affaire *États-Unis — Article 337 de la Loi douanière de 1930*[20].

14. Les décisions *États-Unis — Article 337 de la Loi douanière de 1930* et *Thaïlande — Cigarettes* sont ainsi à l'origine de l'approche dite de « l'impact minimal » des mesures sur le commerce. Selon les principes qui se dégagent de cette jurisprudence, une mesure ne sera pas considérée comme étant « nécessaire » tant que sera raisonnablement disponible une autre mesure qui n'est pas en opposition aux règles du GATT ou, au pire des cas, qui est contraire au GATT, mais dont l'impact sur le commerce serait moindre par rapport à celui de la mesure initialement envisagée[21]. Selon Picone et Ligustro, la règle de « l'impact minimal » se décline en deux principes devant guider l'application de la condition de nécessité : a) un principe de nécessité, au sens strict, selon lequel la mesure doit être indispensable pour atteindre le but poursuivi; et b) un principe de proportionnalité, lequel oblige à préférer parmi les mesures disponibles celle qui se révèle la moins restrictive pour le commerce[22].

15. L'approche de l'impact minimal a été très critiquée par la doctrine juridique. Ainsi, Matsushita, Schoenbaum et Mavroidis considèrent qu'elle n'est pas conforme à l'objet ni à

---

20. Dans cette dernière décision, le Groupe spécial a soutenu que :

> [...] une partie contractante ne peut justifier une mesure incompatible avec une autre disposition de l'Accord général en la déclarant « nécessaire » au sens de l'article XX (d) si elle dispose d'une autre mesure dont on pourrait attendre raisonnablement qu'elle l'emploie et qui n'est pas incompatible avec d'autres dispositions de l'Accord général. De même, dans les cas où une mesure compatible avec d'autres dispositions de l'Accord général n'est pas raisonnablement disponible, une partie contractante a l'obligation d'utiliser, parmi les mesures dont elle dispose raisonnablement, celle qui comporte le moindre degré d'incompatibilité avec les autres dispositions de l'Accord général. (Nous soulignons)

États-Unis — Article 337 de la Loi douanière de 1930, rapport du Groupe spécial, Doc. GATT L/6439 (7 novembre 1989), IBDD 365/386, par. 5.26.

21. Paolo PICONE et Aldo LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padoue, CEDAM, 2002, p. 328.

22. *Id.*, p. 328. L'approche a été reprise dans d'autres décisions ultérieures. Voir, par exemple, la décision du Groupe spécial dans l'affaire *Thon — Dauphin I, États-Unis — Restrictions à l'importation de thon*, rapport du Groupe spécial, Doc. GATT DS21/R (3 septembre 1991), IBDD 39S/155, par. 5.28. Voir aussi : *États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, rapport du Groupe spécial, préc., note 11, par. 6.28.

la finalité de l'article XX[23]. En effet, cette approche a pour résultat de limiter excessivement la marge de manœuvre des États dans le choix de leurs politiques. De surcroît, elle semble accorder au libre commerce une place prééminente par rapport à d'autres valeurs et à leur protection souveraine par les États membres. Cela semble être en conflit avec une interprétation évolutive des règles du GATT, qui prend en considération l'objectif de développement durable du préambule du traité instituant l'OMC[24]. Francioni adopte aussi un regard très critique par rapport à l'interprétation restrictive du terme « nécessaire ». Après avoir souligné l'absence de lien entre l'approche de l'impact minimal et le texte et l'esprit du GATT, cet auteur affirme qu'une telle approche ne trouve guère de fondement ni dans le texte du GATT ni dans sa logique. De l'avis de Francioni, l'approche en question déforme le sens ordinaire des termes utilisés dans l'article XX (b) du GATT. Pour ce même auteur, transformer la notion de « nécessité » en une analyse coût-bénéfice en vue d'établir si la mesure controversée est celle qui a le moindre impact sur le commerce, parmi une variété infinie de mesures qui auraient pu être adoptées, « [it] is to do violence to the plain meaning of Article XX »[25]. Par ailleurs, il faut convenir avec Cleveland que l'approche de « l'impact minimal » fait en sorte que l'ensemble des mesures à la disposition des États pour défendre des valeurs si importantes comme la vie

23. Mitsuo MATSUSHITA, Thomas J. SCHOENBAUM et Petros C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 493.

24. Selon le préambule de l'*Accord de Marrakech* :

> [les rapports commerciaux et économiques des États membres] devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services. [Ceci, sans préjudice à] l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique.

Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay. Les textes juridiques, Genève, Secrétariat du GATT, 1994 (ci-après « Accord instituant l'OMC »).

25. F. FRANCIONI, préc., note 17, p. 24.

humaine est plus réduit que celui dont bénéficient d'autres intérêts moins importants[26].

16. Ceci étant, la jurisprudence de l'OMC a ultérieurement adouci, d'une certaine manière, la sévère interprétation de la condition de « nécessité », attribuant dès lors plus de latitude aux États au moment d'équilibrer les intérêts commerciaux et non commerciaux. Ainsi, dans l'affaire *Corée — Viande de bœuf,* l'Organe d'appel s'est penché sur l'interprétation de la condition de « nécessité » dans le cadre de l'article XX (d) du GATT. À cette occasion, l'Organe d'appel a statué que le terme « nécessaire » ne devait pas être considéré exclusivement comme synonyme d'indispensable, d'inévitable ou de « nécessité absolue » :

> Nous estimons que tel qu'il est employé dans le contexte de l'article XX (d), la portée du mot « nécessaire » n'est pas limitée à ce qui est « indispensable », « d'une nécessité absolue » ou « inévitable ». Les mesures qui sont soit indispensables, soit d'une nécessité absolue ou inévitables pour assurer le respect d'une loi remplissent assurément les conditions posées par l'article XX (d). Mais d'autres mesures peuvent elles aussi ressortir à cette exception. Tel qu'il est employé à l'article XX (d), le terme « nécessaire » désigne, à notre avis, des nécessités d'ordre différent. À une extrémité du champ sémantique, on trouve « nécessaire » dans le sens d'« indispensable »; à l'autre extrémité, on trouve « nécessaire » pris dans le sens de « favoriser ». Dans ce champ sémantique, nous estimons qu'une mesure « nécessaire » se situe beaucoup plus près du pôle « indispensable » que du pôle opposé : « favoriser » simplement.[27] (Nous soulignons)

17. En d'autres termes, l'Organe d'appel ouvre la porte à des mesures qui ne sont pas strictement indispensables. Cependant, la question se pose de savoir quelles sont les mesures

---

26. Par exemple, Cleveland se demande s'il est raisonnable de se prévaloir d'une interprétation restrictive qui fait en sorte que la portée de l'article XX (b), censé protéger la vie et la santé humaines, devienne plus restreinte que celle de l'article XX (c), qui concerne les mesures « se rapportant à l'importation ou à l'exportation de l'or et de l'argent »; S. CLEVELAND, préc., note 9, aux pages 240 et 241.

27. *Corée — Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, rapport de l'Organe d'appel, préc., note 12, par. 161.

appartenant au sous-groupe des mesures « dispensables »[28] qui pourraient être admises dans la catégorie plus générale des mesures « nécessaires ».

18. L'Organe d'appel fournit des précisions additionnelles devant être incorporées dans la grille d'analyse :

> En somme, pour déterminer si une mesure qui n'est pas « indispensable » peut néanmoins être « nécessaire » au sens de l'article XX (d), il faut dans chaque cas soupeser et mettre en balance une série de facteurs parmi lesquels figurent au premier plan le rôle joué par la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qui sont protégées par cette loi ou ce règlement et l'incidence concomitante de la loi ou du règlement sur les importations ou les exportations.[29]

19. Dès lors, *mutatis mutandis*, au moment d'évaluer le caractère nécessaire d'une mesure pour la protection de la santé et de la vie humaines, il faudra analyser : a) l'importance de la valeur protégée; b) la contribution de la mesure au but poursuivi; et c) les effets de la mesure sur le commerce.

20. Au moment de soupeser ces éléments, on aura intérêt à prendre en considération les indications explicites de l'Organe d'appel de l'affaire *Corée — Viande de bœuf* :

> D'autres aspects de la mesure d'application doivent être examinés pour savoir si celle-ci est « nécessaire ». L'un de ces aspects est la mesure suivant laquelle elle favorise la réalisation de l'objectif poursuivi : garantir le respect de la loi ou du règlement en question. Plus cet apport est grand, plus il sera facile de considérer que la mesure peut être « nécessaire ». Un autre aspect est la mesure suivant laquelle la mesure d'application a des effets restrictifs sur le commerce international, c'est-à-dire, pour ce qui est d'une mesure incompatible avec l'article III :4, des effets restrictifs sur les produits importés. Une mesure qui a une incidence relativement faible sur les

28. Bien que l'Organe d'appel semble suggérer qu'il devrait s'agir de mesures « quasi indispensables ».

29. *Corée — Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, rapport de l'Organe d'appel, préc., note 12, par. 64.

> produits importés pourra plus facilement être considérée comme « nécessaire » qu'une mesure qui a des effets restrictifs profonds ou plus larges.[30] (Nous soulignons)

21. On peut déduire de ce paragraphe qu'une mesure qui n'est pas en soi indispensable, mais dont la contribution à la protection de valeurs considérées comme étant fondamentales, telles que la vie et la santé humaines, est significative et dont les effets restrictifs sur le commerce ne sont pas importants, pourrait être facilement considérée comme étant « nécessaire » au sens de l'article XX (b).

22. L'affaire *CE — Amiante* a permis à l'Organe d'appel d'appliquer de nouveau l'approche utilisée dans l'affaire *Corée — Viande de bœuf* pour interpréter la notion de « nécessaire » dans le cadre de l'article XX (b). En l'espèce, il s'agissait d'établir si les mesures françaises interdisant l'importation de produits contenant de l'amiante en provenance du Canada remplissaient les conditions de l'article XX (b). Selon l'Organe d'appel :

> Nous avons indiqué dans l'affaire *Corée — Viande de bœuf* qu'un aspect du « processus de soupesage et de mise en balance [...] compris dans la détermination de la question de savoir si une mesure de rechange compatible avec l'Accord sur l'OMC » est raisonnablement disponible est la mesure dans laquelle la mesure de rechange « favorise la réalisation de l'objectif poursuivi ». De plus, dans cette affaire, nous avons fait observer ce qui suit : « [p]lus [l']intérêt commun ou [l]es valeurs communes [poursuivis] sont vitaux ou importants », plus il sera facile d'admettre la « nécessité » de mesures conçues pour atteindre ces objectifs. En l'espèce, l'objectif poursuivi par la mesure est la protection de la vie et de la santé des personnes au moyen de la suppression ou de la réduction des risques pour la santé bien connus et extrêmement graves que présentent les fibres d'amiante. La valeur poursuivie est à la fois vitale et importante au plus haut point. Il ne reste donc plus qu'à savoir s'il existe une autre mesure qui permettrait d'atteindre le même objectif et qui a moins

30. *Id.*, par. 163.

> d'effets de restriction des échanges qu'une interdiction.[31] (Nous soulignons)

23. Après avoir mis en évidence que les valeurs protégées par les mesures françaises étaient de la plus haute importance, l'Organe d'appel s'est penché sur la question de l'existence de mesures alternatives. Sur cette question, il a conclu que la seule mesure capable d'atteindre le niveau de protection désirée par le gouvernement français, un niveau de risque « zéro » pour la santé, était une interdiction absolue de l'importation de produits contenant de l'amiante, tout en écartant l'alternative canadienne qui consistait en une utilisation contrôlée de ces produits, et ce, sur la base de rapports scientifiques[32]. Il s'agit, d'ailleurs, d'un précédent jurisprudentiel chargé de signification pour l'affirmation de valeurs non économiques face à des obligations commerciales découlant du GATT dans le cadre des exceptions de son article XX[33].

24. Cette évolution jurisprudentielle permet d'affirmer que l'univers de mesures alternatives à celle proposée par l'État défendeur qui s'est prévalu de l'exception de l'article XX (b) sera tributaire des trois facteurs mentionnés précédemment[34]. Cela a été confirmé plus récemment par l'ORD dans le cadre de l'affaire *Brésil — Pneumatiques rechapés*. En effet, selon le Groupe spécial, « les trois facteurs devraient être pris en compte pour évaluer la question de savoir s'il existe une mesure de rechange compatible avec les règles de l'OMC, ou moins incompatible avec les règles de l'OMC »[35]. Pour sa part, l'Organe d'appel a confirmé que :

> Afin de déterminer si une mesure est « nécessaire » au sens de l'article XX (b) du GATT de 1994, un groupe spécial doit évaluer tous les facteurs pertinents, en particulier l'étendue de la

31. *Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, rapport de l'Organe d'appel, préc., note 12, par. 172.

32. *Id.*, par. 173-175.

33. Rappelons que les mesures visaient à protéger la vie et la santé des consommateurs et des salariés français.

34. À savoir : la contribution de la mesure au but poursuivi, l'importance de la valeur protégée, soit la vie ou la santé humaine(s) et les effets de la mesure sur le commerce.

35. *Brésil — Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, rapport du Groupe spécial, WT/DS332/R (12 juin 2007), par. 7.105.

> contribution à la réalisation de l'objectif d'une mesure et le caractère restrictif de cette mesure pour le commerce, à la lumière de l'importance des intérêts ou des valeurs en jeu. Si cette analyse aboutit à une conclusion préliminaire selon laquelle la mesure est nécessaire, ce résultat doit être confirmé par une comparaison entre la mesure et les solutions de rechange possibles, qui peuvent être moins restrictives pour le commerce tout en apportant une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif poursuivi.[36] (Nous soulignons)

25. Le passage cité ci-dessus sert aussi à confirmer que l'importance des intérêts ou des valeurs jouera un rôle décisif dans la définition du type de mesure pouvant être considéré comme justifiable à la lumière de l'article XX du GATT. Nous constatons avec Fernández-Egea que dans l'affaire *Corée — Viande de bœuf*, tant le Groupe spécial que l'Organe d'appel ont considéré que la mesure n'était pas adéquate parce que l'impact sur le commerce était « disproportionné » par rapport à l'importance de l'objectif que la Corée poursuivait[37]. En revanche, dans des affaires où la protection de la vie et de la santé humaines était en jeu (*CE — Amiante et Brésil — Pneumatiques rechapés*), l'impact sur le commerce ne s'est pas érigé comme une entrave insurmontable afin de considérer les mesures controversées comme étant « nécessaires », et ce, malgré le fait que dans ces cas, la restriction au commerce était extrême[38].

26. Par ailleurs, il faut souligner qu'à l'occasion de l'affaire *Brésil — Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a indiqué que pour considérer une mesure comme étant nécessaire, on

---

36. *Brésil — Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS332/AB/R (3 décembre 2007), par. 156.

37. Dans cette affaire, les mesures coréennes avaient pour objectif d'éviter que les consommateurs soient induits en erreur au moment d'acheter de la viande en créant des espaces de commercialisation au détail distincts pour la viande importée et la viande nationale, qui permettaient de distinguer entre la viande nationale et celle importée. Les mesures coréennes avaient comme fondement l'exception de l'article XX (d) relative aux mesures nécessaires « pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du GATT ». *Corée — Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, rapport du Groupe spécial, WT/DS161/R et WT/DS169/R (31 juillet 2000), par. 26 et par. 237.

38. Rosa María FERNÁNDEZ-EGEA, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 187 et 188.

doit constater l'existence « [d]'une véritable relation entre l'objectif poursuivi et la mesure en cause » et que « sa contribution à la réalisation de l'objectif doit être importante, pas seulement marginale ou insignifiante, surtout si la mesure en cause est aussi restrictive pour le commerce qu'une interdiction d'importer »[39]. D'après l'Organe d'appel, la démonstration de la contribution de la mesure « pourrait consister en des projections quantitatives pour l'avenir, ou en un raisonnement qualitatif fondé sur un ensemble d'hypothèses qui sont vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants »[40]. Les précisions apportées par la jurisprudence la plus récente mettent en évidence que la notion de « nécessité » n'est pas une notion fixe ni immuable, mais une norme juridique souple, changeante et très sensible aux enjeux propres à chaque cas d'espèce, y compris les valeurs devant être protégées.

2.2 LES MESURES RESTRICTIVES DU COMMERCE VISANT LE TRAVAIL DANGEREUX DES ENFANTS ET LES DIFFICULTÉS DÉCOULANT DU RESPECT DE LA CONDITION DE NÉCESSITÉ DE L'ARTICLE XX (B) DU GATT

27. En nous appuyant sur les critères jurisprudentiels exposés dans la sous-section précédente, nous tenterons de mettre en évidence les difficultés que, du point de vue de la condition de nécessité de l'article XX (b), rencontrerait la justification d'éventuelles mesures restrictives du commerce visant à mettre des enfants à l'abri du travail dangereux. Pour ce faire, nous prendrons en considération deux éléments pertinents, notamment en ce qui concerne la contribution des mesures au but poursuivi : les positions adoptées par l'OIT et l'UNICEF à l'égard des sanctions commerciales se rapportant au travail des enfants, ainsi que les données de notre étude de cas sur le travail des enfants dans le secteur floricole équatorien.

39. *Brésil — Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, rapport de l'Organe d'appel, préc., note 36, par. 150 et par. 210.

40. *Id.*, par. 151.

2.2.1 Les difficultés découlant de la prise de position de l'OIT et de l'UNICEF

28. Nous devons analyser si des restrictions affectant l'importation de produits fabriqués par des enfants en situation de travail dangereux satisferont aux exigences de la grille d'analyse élaborée par la jurisprudence du système OMC/GATT relative à la condition de nécessité, à savoir : a) l'importance de la valeur protégée, soit la vie ou la santé humaine; b) la contribution de la mesure au but poursuivi; et c) les effets de la mesure sur le commerce. Comme l'importance vitale de la valeur protégée ne fait aucun doute, il est pertinent de se pencher d'abord sur le deuxième élément puisque le troisième élément semble, et devrait être, tributaire du premier. Bien que la question mérite une analyse au cas par cas, il n'en demeure pas moins que l'évaluation de la contribution de la mesure au but poursuivi ne saurait ignorer l'avis des institutions internationales spécialisées dans le domaine de la protection des enfants. Parmi ces institutions, l'UNICEF et l'OIT sont des figures de proue. Dans le cas de cette dernière, il faut souligner que l'expertise élaborée grâce à son Programme international pour l'abolition du travail des enfants (IPEC), en matière d'éradication du travail des enfants, est probablement sans égal dans le monde à l'heure actuelle[41].

29. Ceci étant, force est de constater que tant l'UNICEF que l'OIT sont arrivés à des conclusions qui remettent en question le recours à des sanctions commerciales unilatérales en tant qu'instrument dans la lutte contre les pires formes de travail des enfants. En effet, dans un rapport rédigé en 1997, l'UNICEF exprime ses réserves à l'égard de ces mesures, en les qualifiant de « blunt instruments with long-term consequences that may not be foreseen, with the result that they harm,

41. Selon Swepston, « [c]ountries working with IPEC have adopted child labour legislation, learned techniques for uncovering and eliminating child labour, and actually reduced the incidence of child labour by a significant degree »; Lee SWEPSTON, « The International Labour Organization and Human Rights », dans Catarina KRAUSE et Martin SCHEININ (dir.), *International Protection of Human Rights : A Textbook*, Turku/Åbo, Åbo Akademi University Institute for Human Rights, 2009, p. 323, à la page 337.

instead of help, children »[42]. De surcroît, un rapport très récent de l'OIT dans lequel on fait un état des lieux sur les progrès de la communauté internationale dans la lutte contre le travail des enfants avance que :

> Unilateral trade measures may carry the risk of weakening the cooperative engagement that has emerged since the adoption of Convention No. 182 and the key shift, identified in the 2006 Global Report, from denial of the existence of child labour through acceptance and to action. This positive international environment has encouraged global technical cooperation and fostered national alliances. Whether or not trade-related measures to discourage child labour in the export sector can be effective, tackling non-export-oriented child labour also requires room at the national level for open, constructive and collaborative tripartite policy debate and action.[43]

30. Bien que l'OIT ne se prononce pas de manière explicite sur l'efficacité des mesures commerciales unilatérales dans la lutte contre le travail des enfants dans le secteur de l'exportation, cette institution se montre craintive à l'égard des effets négatifs que ces mesures pourraient avoir sur sa stratégie axée sur la coopération, laquelle a eu des résultats plutôt prometteurs au cours de la première décennie du XXIe siècle[44].

31. Compte tenu des avis de l'UNICEF et de l'OIT sur cette question, la démonstration de la capacité des mesures

---

42. UNICEF, *The State of the World's Children*, 1997, p. 23, en ligne : <http://www.unicef.org/sowc97/> (consulté le 30 juillet 2012).

43. CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Accelerating Action Against Child Labour. Global Report Under the Follow-Up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, 99e sess., Genève, 2010, p. 74, en ligne : <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_126752.pdf> (consulté le 27 janvier 2011).

44. Ainsi, le nombre d'enfants en situation de travail dangereux serait passé de 170,5 millions en 2000 à 126,3 millions en 2004. Selon un rapport plus récent, ce chiffre était de 115,3 millions en 2008, ce qui représente une réduction d'environ 32 % au cours de la première décennie du XXIe siècle; CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *La fin du travail des enfants : un objectif à notre portée. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, 95e sess., Genève, 2006, p. 6, en ligne : <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09377/09377(2006-95)101.pdf> (consulté le 27 janvier 2011); CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Accelerating Action Against Child Labour. Global Report Under the Follow-Up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, *id.*, p. 74.

commerciales restrictives d'atteindre le but poursuivi, consistant à protéger la vie et la santé des enfants, s'avère, pour le moins, très ardue, notamment dans le cas des mesures de nature unilatérale. Toutefois, force est de reconnaître que le regard porté par ces institutions sur des sanctions commerciales pourrait être différent si celles-ci s'inséraient dans le cadre des mécanismes de contrôle et de supervision de l'OIT[45]. Or, même si on acceptait que les sanctions commerciales constituent un mécanisme efficace pour lutter contre le travail dangereux des enfants, l'OIT elle-même estime qu'il ne s'agit pas de la meilleure option parmi les mesures de nature économique :

> There are a number of other options than import restrictions to discourage child labour through trade-related measures. In May 2009, the Government of the Netherlands announced an initiative whereby Dutch companies would no longer qualify for government assistance in making investments abroad unless they verifiably pledged that neither they nor their immediate suppliers employed children. The European Parliament and Commission continue to discuss measures that would place obligations on EU-based multinational enterprises to promote fundamental rights in their supply chains.[46]

45. Nous pensons, notamment, à la procédure de plainte des articles 26 et suivants de la Constitution de l'OIT, laquelle possède des effets coercitifs manifestes. Les plaintes sont un mécanisme réservé aux transgressions graves et persistantes des conventions internationales du travail. L'article 33 de la Constitution de l'OIT semble accorder à l'OIT, dans le cadre de la procédure de plainte, un large pouvoir discrétionnaire en matière de sanctions. Ce pouvoir pourrait, en principe, se traduire par l'adoption de mesures de diverses natures, y compris économiques et commerciales. *Constitution de l'Organisation internationale du travail*, en ligne : <http://www.ilo.org/ilolex/french/constq.htm> (consulté le 20 janvier 2011). Ce pouvoir a été exercé seulement une fois, soit à l'égard du Myanmar, pays jugé responsable de transgressions répétées de la Convention de l'OIT 29 sur le travail forcé.

46. CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Accelerating Action Against Child Labour. Global Report Under the Follow-Up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, préc., note 43, p. 74. Du côté des experts en travail des enfants, Basu avance que « [i]t is better to take economy-wide measures against child labor and, if there is to be a sector-specific ban, this should be based on the working conditions of that sector, rather than the destination of goods »; Kaushik BASU, « Child Labor : Cause, Consequence, and Cure, with Remarks on International Labor Standards », (1999) 37 *Journal of Economic Literature* 1083, 1116.

32. Cela équivaut à dire que, selon l'organisation internationale compétente en matière d'éradication du travail des enfants, la « nécessité » des mesures restrictives du commerce se rapportant au travail des enfants est, pour le moins, très incertaine. En effet, selon l'OIT, il existerait d'autres formes d'intervention étatique qui, par rapport aux mesures commerciales restrictives, s'avèrent plus efficaces en vue d'atteindre l'objectif d'éradication du travail des enfants. Puisque l'auteur de ces propos possède une expertise incontestable dans le domaine de la protection des enfants au travail, la pente semble difficile à remonter pour les défenseurs des sanctions commerciales comme moyen de lutte contre le travail dangereux des enfants. En effet, dans le cas d'un éventuel litige au sein de l'OMC, il est fort probable qu'ils devront démontrer que, parmi les mesures qui se trouvent raisonnablement à leur disposition, les mesures restrictives du commerce possèdent un potentiel protecteur particulier par rapport aux solutions de rechange non restrictives du commerce à l'égard desquelles l'OIT elle-même a un penchant favorable. Dans ce contexte, la tâche s'annonce colossale et remet en cause l'utilité de l'article XX (b) comme instrument mis au service de la lutte contre le travail dangereux des enfants.

2.2.2 Le cas du travail dangereux des enfants dans le secteur floricole équatorien

33. Nous avons réalisé au cours de l'année 2008 une étude de cas portant sur l'opportunité de recourir à des mesures commerciales restrictives et leurs conséquences éventuelles sur les enfants dont la protection est recherchée au moyen de ces mesures. Il s'agit d'une recherche sur les implications sociales et économiques du recours aux sanctions commerciales pour assurer le respect de la Convention OIT 182. La démarche, qui est éminemment prospective, prend la forme d'une étude de cas portant sur un secteur productif de biens destinés à l'exportation, qui n'a jamais connu dans les faits de sanctions commerciales, soit la production floricole en Équateur. Ce secteur est, en effet, caractérisé par la participation d'enfants en situation de travail dangereux au processus de

production de fleurs, l'un des principaux produits d'exportation de l'Équateur[47]. Étant donné qu'il s'agit d'une recherche de type exploratoire, son objectif n'est pas d'arriver à des conclusions fermes quant aux questions susmentionnées. Il s'agit plutôt, d'une part, de déceler les effets potentiellement bénéfiques ou nuisibles que les mesures commerciales restrictives pourraient avoir sur les enfants exploités et, d'autre part, d'évaluer la contribution des sanctions commerciales à la solution du problème. Autrement dit, nous tentons d'anticiper l'écart entre les effets initialement prévus (effets bénéfiques) des sanctions et ceux qui pourraient finalement résulter de leur application (effets pervers)[48]. L'analyse des effets bénéfiques nous permet précisément d'évaluer la contribution de la mesure à l'atteinte de l'objectif poursuivi du point de vue de l'article XX (b) du GATT.

34. Ceci étant, afin de mieux apprécier la contribution des mesures restrictives du commerce à l'objectif d'éradication du travail dangereux des enfants, nous devons tenter d'établir si le non-respect de la Convention OIT 182 découle d'un comportement délibéré du gouvernement équatorien pouvant être influencé par les sanctions commerciales. Dans ce but, nous considérons pertinent de nous appuyer sur les idées avancées par Chayes et Chayes sur les causes qui, à leur avis, expliquent le non-respect des traités internationaux, notamment de ceux concernant les droits de l'homme, catégorie à laquelle appartient la Convention OIT 182. Selon Chayes et

47. FUNDACIÓN SALUD, AMBIENTE Y DESARROLLO, FUNSAD, *Línea de base para la prevención y eliminación progresiva del trabajo infantil en la floricultura en los cantones de Cayambe y Pedro Moncayo, Ecuador*, Lima, 2002, p. 112-116, en ligne : <http://white.oit.org.pe/ipec/documentos/lb_flores_final.pdf> (consulté le 3 février 2011); F. VILLANUEVA, préc., note 7, p. 313 et suiv.

48. Du point de vue méthodologique, la démarche retenue est celle de l'étude de cas fondée sur une approche méthodologique de type qualitatif. Notre travail de terrain comprend 32 entrevues réalisées entre janvier et octobre 2008, principalement en Équateur, auprès de spécialistes et de fonctionnaires possédant des expertises qui concernent le travail des enfants, la santé et la sécurité au travail, le droit du travail, le monde rural équatorien, le commerce international, les relations canado-équatoriennes et les administrations du travail de l'Équateur et du Canada. Cette partie de la thèse s'appuie également sur des sources de nature documentaire, notamment d'autres études relatives au travail des enfants en Équateur et, plus particulièrement, dans le secteur floricole. Puisque les propos de nos répondants portent sur une situation hypothétique, une grande prudence s'impose dans la formulation de toute généralisation fondée sur nos résultats.

Chayes, ceux qui adhèrent à une approche de nature réaliste, du point de vue de la théorie des relations internationales, ont tendance à expliquer le respect ou le non-respect d'un traité comme étant une conséquence du calcul des coûts et des bénéfices qui se rapportent à leur mise en œuvre, et ce, du point de vue de l'État qui l'a ratifié. Selon les tenants du réalisme, le non-respect d'un traité serait le fruit d'une décision préméditée et délibérée[49]. Toutefois, Chayes et Chayes démontrent que la pratique des États révèle que de telles situations sont plutôt exceptionnelles. En effet, selon ces auteurs, l'histoire des relations internationales va à l'encontre de la généralisation des idées de la position réaliste puisque, dans les faits, le non-respect d'un traité est rarement une conséquence d'une décision calculée[50]. Chayes et Chayes ont retenu trois facteurs qui, à leur avis, expliqueraient mieux le non-respect des traités internationaux : l'ambiguïté et l'indétermination des termes du traité; des limites concernant la capacité des parties à s'acquitter de leurs obligations; et la dimension temporaire des changements sociaux, économiques et politiques envisagés par le traité[51].

35. Nous sommes d'avis que deux des catégories des facteurs répertoriés par Chayes et Chayes expliquent en grande partie les difficultés associées à la mise en œuvre de la Convention OIT 182 dans le cas équatorien, en général, et celui du secteur floricole de ce pays, en particulier, et ce, à la lumière des renseignements recueillis lors de la réalisation de notre étude de cas. Il s'agit, en premier lieu, de la dimension temporaire des changements sociaux, économiques et politiques envisagés par le traité et, en deuxième lieu, des limites touchant la capacité des parties de s'acquitter de leurs obligations. Pour cette raison, avant d'entamer l'analyse des raisons qui expliqueraient le non-respect de la Convention OIT 182 par

49. Chayes et Chayes reconnaissent que parmi les cas les plus graves de non-respect d'un traité, il est possible de trouver des situations où ce calcul rationnel sous-tend la décision de l'État transgresseur. Il en est ainsi, selon ces auteurs, de l'invasion du Koweït par l'Irak ou de l'opposition de la Corée du Nord aux inspections de la part de l'Agence internationale de l'énergie atomique. Abram CHAYES et Antonia Handler CHAYES, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge et Londres, Harvard University Press, 1995, p. 9.

50. *Id.*, p. 10.

51. *Id.*

l'État équatorien, il convient de préciser davantage les deux catégories répertoriées par Chayes et Chayes que nous venons de citer.

36. Pour ce qui est de la dimension temporaire des changements sociaux, économiques et politiques envisagés par certains traités internationaux, Chayes et Chayes avancent que ces changements ont lieu de manière progressive et s'étalent sur une longue période de temps. D'après Chayes et Chayes, on doit s'attendre à la présence d'une période de transition à la suite de la ratification d'un traité. Ceci est d'autant plus vrai dans le cas des traités en matière des droits de l'homme. Aux dires de Chayes et Chayes, malgré l'acceptation universelle de ces normes, leur ancrage dans un contexte national particulier peut prendre du temps si elles sont en contradiction avec des coutumes locales, la culture ou le type de gouvernement. Selon ces auteurs, les instruments de protection des droits de l'homme ont été conçus en vue d'enclencher un processus qui s'étalera sur une longue période et au bout duquel, idéalement, les objectifs qu'ils poursuivent devraient être atteints[52].

37. En ce qui concerne la question des limites touchant la capacité des parties de s'acquitter de leurs obligations, Chayes et Chayes constatent que cet enjeu apparaît avec force dans le cas des traités dont les effets réglementaires concernent les activités des particuliers. Certes, l'État ayant ratifié le traité est responsable d'adopter la législation nécessaire pour assurer la mise en œuvre du traité à l'intérieur de ses frontières. Toutefois, aux dires de Chayes et Chayes, l'impact que le traité aura finalement sur le comportement des particuliers dépendra d'un ensemble complexe de facteurs. Cela pourrait demander, par exemple, des efforts importants en vue de l'application de la législation qui réglemente les modalités d'application du traité à l'échelle nationale. Selon Chayes et Chayes, mise à part la volonté politique, la construction d'une structure de mise en œuvre efficace d'un traité sur le plan interne n'est pas une tâche simple ou mécanique. En effet, cela peut demander des capacités particulières de nature technique, bureaucratique ou

52. *Id.*, p. 15-17.

financière, qui font généralement défaut dans le cas des pays en voie de développement[53].

38. Nous débuterons notre analyse du cas équatorien par le premier des facteurs mentionnés, c'est-à-dire le caractère progressif des changements socio-économiques dont la Convention OIT 182 est porteuse, notamment l'éradication du travail dangereux des enfants. Tel que nous avons eu l'occasion de le constater, le problème du travail des enfants est expliqué par une conjonction de facteurs, principalement de nature socio-économique[54]. Ainsi, la pauvreté est reconnue par la grande majorité de nos répondants comme la cause principale à la base du problème du travail des enfants dans le secteur floricole équatorien. Il s'agit d'un problème de nature structurelle qui date de la période coloniale et qui concerne le monde rural de l'Équateur. Ce sont les faibles revenus des familles des enfants qui sont à l'origine de leur décision de travailler dans le secteur floricole[55]. Outre la problématique de la pauvreté, nos sources mettent en relief un problème de nature culturelle qui présenterait deux facettes. D'un côté, ils constatent l'existence d'une vision favorable du travail des enfants d'origine andine. En effet, il semble que dans le monde rural équatorien, le travail est perçu, d'une certaine façon, comme une voie de passage vers l'âge adulte et un moyen de responsabilisation des individus. D'un autre côté, à la suite de l'implantation des modes de consommation de nature capitaliste, le travail est considéré par les enfants comme un moyen permettant d'accéder à des biens matériels qui sont associés à un statut social élevé[56].

39. Ces facteurs socio-économiques constituent un obstacle qui semble difficile à surmonter à court terme. En effet, par rapport à la question de la pauvreté, force est de constater qu'elle n'affecte pas de manière exclusive les habitants des régions floricoles, mais l'ensemble du pays. Nous ne sommes pas en mesure d'établir dans le présent article de quelle façon se réglera ce problème. Une chose est certaine, la pauvreté ne disparaîtra pas à court terme. Il en va de même des

53. *Id.*, p. 13 et 14.
54. F. VILLANUEVA, préc., note 7, p. 289-313.
55. *Id.*, p. 290-296.
56. *Id.*, p. 301-308.

facteurs de nature culturelle. Si les vertus du travail sont bien ancrées dans le système de valeurs des familles des zones rurales, il devient très difficile de persuader les chefs de ménage des aspects négatifs liés à la participation des enfants à la production floricole. À cela, il faut ajouter le regard indifférent de l'ensemble de la société équatorienne à l'égard du travail des enfants, ce qui explique, entre autres, que cette question ne soit pas considérée comme étant prioritaire par le gouvernement[57].

40. Par rapport à la question de la capacité de l'État à s'acquitter de ses obligations qui découlent de la Convention OIT 182, il semble, selon nos sources, y avoir de graves problèmes. Ainsi, les données relatives à la gouvernance concernant l'Équateur mettent en évidence que, de manière générale et non seulement dans le domaine du droit du travail, l'État équatorien a du mal à affirmer son autorité. Tout d'abord, la structure étatique équatorienne et le fonctionnement de l'administration publique ont été sérieusement touchés par l'instabilité politique que ce pays a connue ces dernières années[58]. De plus, l'Équateur rencontre de graves difficultés dans la mise en œuvre de ses politiques publiques et dans l'application des lois auprès de sa population[59]. La corruption est aussi signalée comme une problématique préoccupante[60]. Par ailleurs, la confiance des citoyens dans le

57. *Id.*, p. 304.

58. *Id.*, p. 272 et 273, 357, 367, 370 et 376. Selon Fontaine, « l'instabilité est demeurée la principale caractéristique de la vie politique et institutionnelle du pays. En effet, entre [...] [1979 et 2006], l'Équateur a connu onze présidents de la République, ce qui porte la durée moyenne du mandat du chef de l'exécutif à deux ans, au cours de ses vingt-sept années. En outre [...] le système politique a fait l'objet de multiples ajustements affectant les relations entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire, la durée des mandats, [...], etc. À trois reprises, ces changements ont fait suite à des mobilisations populaires interrompant le mandat présidentiel. En cinq occasions, ils se sont accompagnés de consultations directes ou de référendums [...] (1986, 1994, 1995, 1997 et 2006). Enfin, dans deux cas, ils ont conduit à la réforme de la constitution (1996 et 2008) »; Guillaume FONTAINE, « Équateur : de l'impossible réforme politique à la révolution citoyenne », dans Georges COUFFIGNAL (dir.), *Amérique Latine. Une Amérique Latine toujours plus diverse*, Paris, IHEAL et La Documentation Française, 2010, p. 63, à la page 64.

59. F. VILLANUEVA, préc., note 7, p. 273-276.

60. Mitchell SELIGSON et Francesca RECANATINI, « Gobernabilidad y corrupción », dans Vincente FRETES-CIBILIS, Marcelo GIUGALE et José LOPEZ-CALIX (dir.), *Ecuador. Una agenda económica y social del nuevo milenio*, Bogotá, The World Bank-Alfaomega Colombiana S.A., 2003, p. 339, à la page 340.

système juridique et la mesure dans laquelle ils respectent les règles de droit sont vraiment faibles[61]. Il s'agit d'une question à laquelle le droit du travail équatorien n'est pas étranger. Ainsi, selon Vos, en Équateur « compliance to labour laws is low, even in the modern sector »[62].

41. Du côté des politiques publiques relatives à l'éradication du travail des enfants, y compris ses pires formes, nos répondants font état de l'absence d'une approche systémique et de diverses mesures qui manquent de cohérence entre elles[63]. À cela, il faut ajouter l'effet déstabilisant de la succession de plusieurs gouvernements sur une courte période, lequel entraîne non seulement un changement en matière de politiques, mais aussi sur le plan des fonctionnaires appelés à les appliquer[64]. Nos répondants constatent que le poids des organismes chargés de la mise en œuvre des politiques qui nous occupent n'est pas vraiment important par rapport à d'autres organismes de l'administration gouvernementale équatorienne, d'où les remarques concernant une absence de leadership dans le domaine de la protection des enfants[65]. En même temps, les experts interrogés mettent en évidence l'insuffisance, en ce qui a trait à leur couverture et leur qualité, des programmes sociaux conçus pour répondre aux besoins économiques des strates les plus pauvres de la population équatorienne[66].

42. Les problèmes qui touchent le fonctionnement de l'État équatorien sont aussi présents dans un secteur clé pour l'éradication du travail des enfants, c'est-à-dire celui de l'éducation publique. Ainsi, nos sources révèlent que les enfants du

61. F. VILLANUEVA, préc., note 7, p. 273-275.

62. Rob VOS, *Economic Liberalization, Adjustment, Distribution and Poverty in Ecuador*, La Haye, Institute of Social Studies, 2000, p. 41, en ligne : <http://publishing.eur.nl/ir/repub/asset/19056/wp311.pdf> (consulté le 12 mars 2011).

63. F. VILLANUEVA, préc., note 7, p. 352-364.

64. *Id.*

65. F. VILLANUEVA, préc., note 7, p. 357.

66. *Id.*, p. 362 et 363. Selon Dulitzky, le réseau d'assistance sociale équatorien n'atteint pas toujours les personnes qui ont le plus besoin d'une aide de l'État, et ce, à cause de son manque de souplesse, de l'absence d'objectifs clairs, du chevauchement des compétences des institutions responsables et de la présence de bases de données défectueuses servant à identifier les bénéficiaires des programmes; Daniel DULITZKY, « La red de asistencia social », dans V. FRETES, M. GIUGALE et J. LOPEZ-CALIX (dir.), préc., note 60, p. 261, à la page 261.

monde rural équatorien n'ont pas accès à une éducation de bonne qualité, soit à cause de la piètre qualité des enseignements reçus, soit tout simplement parce que certaines régions sont dépourvues d'écoles. De ce fait, le travail se présente aux yeux des enfants, et de leurs parents, comme une alternative à une éducation scolaire défaillante qui n'assure pas l'avancement social ou, dans le pire des scénarios, comme un substitut à l'inactivité totale, laquelle est un luxe que les paysans équatoriens ne peuvent pas se permettre[67]. La mise en œuvre de la Convention OIT 182 est ainsi confrontée à l'incapacité de l'État équatorien d'offrir des alternatives qui se présentent comme étant rationnelles aux yeux de la population affectée par le problème du travail des enfants. Mettre en place un système éducatif de bonne qualité qui soit accessible à tous apparaît comme une mesure indispensable pour éradiquer le travail des enfants[68]. Les transformations dont l'éducation publique en Équateur a besoin requièrent un long processus qui exige, notamment, le retour des enseignants à l'université pour améliorer leurs compétences, ainsi que d'importants investissements en vue de développer l'infrastructure éducative dans les zones rurales[69].

43. Un autre domaine clé, dans lequel les capacités de l'État équatorien de mettre en œuvre la Convention OIT 182 sont limitées, est celui de l'inspection du travail. Nous devons, tout d'abord, rappeler que l'accès aux tribunaux de justice semble limité à cause des coûts associés aux services des avocats, ce qui place, dans les faits, les services d'inspection comme la première et la dernière ligne de défense des enfants contre des situations de travail dangereux. Encore une fois, nos sources révèlent que le ministère du Travail et de l'Emploi de l'Équateur n'échappe pas aux problèmes qui touchent l'ensemble de la structure gouvernementale, notamment l'instabilité, la corruption et l'absence de moyens matériels et de ressources humaines nécessaires, et ce, malgré la création

67. F. VILLANUEVA, préc., note 7, p. 296-301.

68. Cela est reconnu par des auteurs comme Noguchi, selon qui « advances in the right to education therefore cannot but go hand in hand with the elimination of child labour », Yoshie NOGUCHI, « ILO Convention N° 182 on the Worst Forms of Child Labor and the *Convention on the Rights of the Child* », (2002) 10 *Int'l J. Child Rts.* 355, 362.

69. F. VILLANUEVA, préc., note 7, p. 296-301.

d'un corps d'inspecteurs spécialisés en matière de travail des enfants[70]. Ces problèmes qui nuisent au bon fonctionnement des services d'inspection sont recensés comme contribuant significativement au non-respect de la législation interdisant le travail dangereux des enfants dans le secteur floricole équatorien[71].

44. Bref, le travail des enfants dans le secteur floricole équatorien est un problème d'une grande complexité. En effet, il découle de causes de nature structurelle, comme celles de la pauvreté, de la présence d'un système éducatif défaillant ou de la faiblesse institutionnelle de l'État équatorien. De ce fait, la mise en œuvre de la Convention OIT 182 se heurte à des limites quant à la capacité de l'Équateur de s'acquitter de ses obligations en matière d'éradication du travail dangereux, ainsi qu'au caractère progressif des changements sociaux, économiques et politiques qui se révèlent nécessaires pour assurer la pleine efficacité de la Convention OIT 182. Dès lors, on peut se demander quelle serait la contribution effective des sanctions commerciales dans le cas analysé? Puisque la Convention OIT 182 agit sur la manière dont les rapports socio-économiques et politiques sont organisés en Équateur, il faut s'attendre à ce que le processus d'éradication du travail dangereux soit de nature progressive. Il en va de même pour ce qui est des limites touchant la capacité de l'État équatorien. Il serait inapproprié de comparer, par exemple, l'incapacité équatorienne de régler un problème de nature sociale avec le refus d'un État d'interdire la production d'armes bactériologiques sur son territoire ou d'arrêter un programme d'enrichissement de l'uranium. D'autant plus que le problème détecté en Équateur se présente comme la somme de

70. *Id.*, p. 364, 379 et 380.

71. En fait, les dysfonctionnements des institutions de l'État équatorien chargées d'assurer la mise en œuvre de la législation visant la protection des enfants au travail ne constituent pas un cas isolé en Amérique Latine. Selon Bensusán, plusieurs études démontrent qu'en Amérique Latine, « [a] further important impinging on the capacity of labour law to protect workers is the weakness of the mechanisms and actors with a responsibility in the enforcement of labour law », Graciela BENSUSAN, « Labour Law in Latin America. The Gap Between Norms and Reality », dans Tzehainesh TEKLE (dir.), *Labour Law and Worker Protection in Developing Countries*, Oxford, Portland et Genève, Hart Publishing et Bureau international du Travail, 2010, p. 135, à la page 147.

nombreux facteurs qui échappent, d'une certaine manière, à la capacité et au contrôle immédiat de l'État. Comme Sanguineti le rappelle, « child labour is also a sign of the absence of the State or of its ineffectiveness »[72]. C'est pourquoi il faut éviter de tomber dans le piège du réalisme qui présume que, derrière le non-respect d'un traité, il y a tout simplement un calcul des coûts et des bénéfices associés à sa mise en œuvre. Ceci relativise en quelque sorte les effets « transformateurs » que les sanctions seraient finalement en mesure de matérialiser et, de ce fait, leur contribution effective à l'éradication du travail dangereux des enfants.

45. Somme toute, il apparaît que, dans le cas qui nous occupe, la contribution des mesures restrictives du commerce à l'atteinte de l'objectif de l'éradication du travail dangereux des enfants est assez douteuse. En plus, parmi les solutions de rechange moins restrictives du commerce, la voie de la coopération internationale semble à nos yeux, et aux yeux de l'OIT et de l'UNICEF, la plus appropriée pour assurer un retrait effectif et efficace des enfants du secteur floricole équatorien. En effet, la coopération internationale permet d'entamer un processus de construction de solutions de rechange capables de s'ériger comme un choix rationnel aux yeux des enfants et de leurs familles, qui voient jusqu'à présent le travail comme le moindre mal. Tel serait le cas, par exemple, de l'accès à un système éducatif de qualité, accompagné de subventions, soit des mesures pouvant être financées par les pays qui se soucient du sort des enfants. Il faut cependant reconnaître que la coopération peut seulement donner des fruits quand toutes les parties prenantes, notamment le gouvernement et les entrepreneurs, sont convaincues de l'urgence d'agir. Il se peut que la menace de sanctions commerciales puisse jouer un rôle de dernier recours. Il n'en demeure pas moins que la démonstration de la nécessité des mesures fondées sur l'article XX (b) serait, en pratique, très difficile.

---

72. Wilfredo SANGUINETI, « The Implementation of the ILO's Standards Regarding Child Labour in South America : A General Overview and the Most Meaningful Achievements », dans Giuseppe NESI, Luca NOGLER et Marco PERTILE (dir.), *Child Labour in a Globalized World. A Legal Analysis of ILO Action*, Hampshire et Burlington, Ashgate, 2008, p. 391, à la page 413.

3. LA CONDITION DE NÉCESSITÉ DE L'ARTICLE XX (A) DU GATT ET LES MESURES RESTRICTIVES DU COMMERCE VISANT LE TRAVAIL DANGEREUX DES ENFANTS

46. En nous inspirant de notre analyse relative à la condition de nécessité de l'article XX (b) du GATT, nous aborderons la condition de nécessité de l'article XX (a) du GATT en présentant, en premier lieu, les critères jurisprudentiels relatifs à cette question. Ensuite, en nous appuyant à nouveau sur la position des organisations internationales déjà citées (l'OIT et l'UNICEF), ainsi que sur les données découlant de l'étude de cas effectuée en Équateur, nous ferons l'inventaire des difficultés associées à la justification de la nécessité des mesures restrictives du commerce visant la protection de la moralité publique. Ces mesures auraient pour objectif la sauvegarde de la moralité des consommateurs à l'égard des préjudices qui pourraient résulter de la consommation de biens fabriqués par des enfants exploités.

3.1 L'ANALYSE DE LA CONDITION DE NÉCESSITÉ DE L'ARTICLE XX (A) DU GATT

47. Jusqu'à présent, l'ORD n'a eu l'occasion d'interpréter et d'appliquer l'article XX (a) du GATT qu'une seule fois. Il s'agit de l'affaire *Chine — Services audiovisuels*[73]. À cette occasion, compte tenu des similitudes existant entre l'article XX (a) du GATT et l'article XIV (a) du GATS[74], le

---

73. *Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, rapport du Groupe spécial, préc., note 13; *Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS363/AB/R (21 décembre 2009).

74. Selon l'article XIV (a) du GATS :

> [s]ous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures :
>
> a) nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public.

Groupe spécial a évoqué et fait sienne la démarche entreprise par l'ORD au moment d'analyser la nécessité des mesures américaines dans le cadre du différend *États-Unis — Jeux*[75], ce qui n'a pas été remis en question par l'Organe d'appel[76]. Pour cette raison, nos références aux décisions relatives à l'affaire *États-Unis — Jeux* seront nombreuses[77]. L'affaire *États-Unis — Jeux* a été la première fois, dans l'histoire de l'OMC, que l'ORD s'est attardé sur la question de la protection de la moralité publique. En reprenant le « test de nécessité », dans le cadre de l'article XIV (a) du GATS, le Groupe spécial a, dans un premier temps, soupesé l'importance des intérêts en jeu[78]. En deuxième lieu, le Groupe spécial s'est penché sur la contribution des mesures américaines à l'atteinte du but poursuivi[79]. En troisième lieu, le Groupe spécial a examiné l'impact des mesures sur le commerce[80], après quoi il a abordé la question de la disponibilité de solutions de rechange moins restrictives[81]. Notre analyse de la question suivra le même ordre.

48. Dans l'affaire *États-Unis — Jeux*, les mesures restrictives à l'égard des services transfrontières de jeu et de paris en ligne visaient à lutter contre le blanchiment d'argent, le crime organisé, la fraude, le jeu chez les mineurs et la protection des

---

Une note explicative de cet article prescrit que « [l]'exception concernant l'ordre public ne peut être invoquée que dans les cas où une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société », *Accord général sur le commerce des services*, préc., note 2.

75. *Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, rapport du Groupe spécial, préc., note 13, par. 7.782-7.788.

76. *Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, rapport de l'Organe d'appel, préc., note 73, par. 239-242.

77. *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, rapport du Groupe spécial, WT/DS285/R (10 novembre 2004); *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS285/AB/R (7 avril 2005).

78. *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, rapport du Groupe spécial, préc., note 77, par. 6.492.

79. *Id.*, par. 6.494.

80. *Id.*, par. 6.495.

81. *Id.*, par. 6.496 et suiv.

citoyens américains contre le jeu pathologique[82]. Par rapport à ces intérêts et valeurs, le Groupe spécial a conclu que :

> [ils] peuvent être qualifiés de « vit[aux] et important[s] au plus haut point », de la même manière que l'a été la protection de la vie et de la santé des personnes contre un risque extrêmement grave pour la santé par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE — Amiante*.[83]

49. Dès lors, pour le Groupe spécial, la protection de l'ordre public et de la moralité publique peut revêtir une importance de premier ordre, même équivalente à celle de la vie et de la santé des personnes. De manière similaire, dans le cadre de l'affaire *Chine — Services audiovisuels*, le Groupe spécial a été d'avis que :

> [s]elon nous, il est sans aucun doute vrai que la protection de la moralité publique figure parmi les valeurs ou intérêts les plus importants recherchés par les Membres dans le cadre de la politique publique. Nous ne voyons rien de fortuit dans le fait que l'exception relative à la « moralité publique » est la première exception indiquée dans les dix alinéas de l'article XX. Nous convenons donc que la protection de la moralité publique est une valeur ou un intérêt extrêmement important.[84] (Nous soulignons)

50. Il apparaît toutefois important de remettre en question la légitimité de l'ORD pour pondérer l'importance de la valeur protégée dans le cas des valeurs qui relèvent de l'ordre moral, étant donné qu'il s'agit d'une question qui peut varier beaucoup d'un pays à l'autre. Ainsi, selon Van den Bossche, Schrijver et Faber, un courant critique de la jurisprudence OMC/GATT se demande s'il est approprié pour les organes de règlement des différends d'évaluer et de se prononcer sur l'importance relative des valeurs sociétales poursuivies par les États membres. Aux dires de ces auteurs, on peut se demander s'il est approprié pour l'ORD de l'OMC d'essayer de

82. *Id.*, par. 6.489.
83. *Id.*, par. 6.492.
84. *Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, rapport du Groupe spécial, préc., note 13, par. 7.817.

déterminer, par exemple, si l'objectif d'atteindre la pureté religieuse ou une grande piété est moins important que la protection de la santé humaine?[85] Pour notre part, nous nous demandons si la sensibilité à l'égard du travail dangereux des enfants au sein de la population d'un pays où il est monnaie courante de voir des enfants gagner leur vie dans les rues de villes surpeuplées est la même que celle d'un citoyen canadien.

51. Quoi qu'il en soit, c'est l'ORD qui apprécie *ex post facto*, dans le cadre de l'analyse de la condition de nécessité, l'importance de la valeur protégée. De ce fait, il convient de réfléchir sur les éléments qui pourraient guider l'évaluation de cette question. À notre avis, parmi ces éléments, il faudrait probablement penser aux normes juridiques et aux politiques d'État visant la protection des enfants dans le pays importateur. Ainsi, on pourrait évoquer le nombre d'instruments internationaux ratifiés par ce pays en matière de droits des enfants, les normes du travail internes interdisant le travail dangereux et toutes les autres normes juridiques qui mettent en évidence l'importance vitale que ce pays accorde à la protection de l'enfance, et ce, peu importe la nature du risque encouru. De plus, l'ORD pourrait, au moment d'évaluer à quel point un pays a à cœur le bien-être des enfants, même à l'étranger, tenir compte, par exemple, des normes juridiques qui prévoient des sanctions pénales pour les ressortissants de ce pays qui se sont livrés à des pratiques de pédophilie à l'étranger[86]. De même, on pourrait aussi prévoir que l'analyse de l'ORD tienne compte des actions de coopération internationale menées par le pays responsable dans le but de contribuer à l'éradication du travail dangereux des enfants ou du travail des enfants tout court.

---

85. Peter VAN DEN BOSSCHE, Nico SCHRIJVER, Gerrit FABER, *Unilateral Measures Addressing Non-Trade Concerns. A Study on WTO Consistency, Relevance of Other International Agreements, Economic Effectiveness and Impact on Developing Countries of Measures Concerning Non-Product-Related Processes and Production Methods*, La Haye, Ministère des affaires étrangères des Pays-Bas, 2007, p. 102.

86. Dans le cas du Canada, le *Code criminel* considère comme un délit les actes sexuels à l'encontre des mineurs commis à l'étranger, à la condition que des actes d'une telle nature soient considérés comme illégaux au Canada et qu'ils n'aient pas déjà donné lieu à une condamnation dans le pays où le délit a été perpétré. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, par. 7(4.1) à 7(4.3).

52. Pour ce qui est de la question de la contribution de la mesure au but poursuivi, commençons par rappeler que dans l'affaire *États-Unis — Jeux*, après avoir constaté le lien entre la fourniture à distance de services de jeu et de paris et les intérêts protégés, le Groupe spécial a statué que :

> Étant donné que la *Loi sur les communications par câble* et la *Loi sur les déplacements* prohibent la fourniture à distance de services de jeux et paris, qui est associée à chacune de ces préoccupations, ces lois doivent favoriser, au moins dans une certaine mesure, l'apport de réponses à ces préoccupations.[87]

53. L'Organe d'appel, pour sa part, a manifesté son accord avec le Groupe spécial sur cette question :

> Étant donné que les trois lois fédérales énoncent une prohibition pure et simple de la fourniture à distance de services de jeux, nous ne voyons pas d'erreur dans l'approche du Groupe spécial ni dans sa constatation, formulée au paragraphe 6.494 de son rapport, selon laquelle la *Loi sur les communications par câble*, la *Loi sur les déplacements* et la *Loi sur les jeux illicites* « doivent favoriser » l'apport de réponses à ces préoccupations.[88]

54. C'est donc dire que, selon l'ORD et dans le cas d'espèce, la contribution de la mesure semble aller de soi puisqu'elle met le public à l'abri du danger qu'elle vise à neutraliser, à savoir la fourniture de services de jeux. Il se peut qu'une interdiction pure et simple concernant l'importation de biens fabriqués par des personnes dont les droits fondamentaux liés au travail ne sont pas respectés puisse recevoir le même traitement. Toutefois, nous verrons que dans le cas du travail des enfants, l'application par analogie de ce raisonnement peut être controversée.

---

87. *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, rapport du Groupe spécial, préc., note 77, par. 6.494. Les mesures d'application de ces lois s'inséraient dans le cadre de la lutte entreprise par les États-Unis contre le blanchiment d'argent, la fraude, le jeu compulsif et le jeu chez les mineurs.

88. *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, rapport de l'Organe d'appel, préc., note 77, par. 313.

55. Par ailleurs, à l'occasion de l'affaire *Chine — Services audiovisuels*, l'Organe d'appel a statué que « [l]ors qu'il examine les éléments de preuve présentés, un groupe spécial doit toujours évaluer la contribution réelle apportée par une mesure à la réalisation de l'objectif poursuivi »[89]. De ce fait, le pays qui adopte des restrictions commerciales dans le cadre de l'article XX (a) doit être à même de prouver que ces mesures visent à assurer la mise en œuvre des politiques adoptées par cet État dans le but de protéger une valeur ou un intérêt particulier qui se rapporte à la moralité publique. Cet État doit aussi être capable de démontrer que ces mêmes mesures favorisent réellement l'atteinte des objectifs poursuivis par lesdites politiques. Bien que dans le cas des mesures se rapportant au travail dangereux des enfants l'objectif immédiat poursuivi a trait à l'intégrité de la moralité des consommateurs, nous nous demandons si, au moment d'évaluer la question de la contribution, il serait possible de dissocier la protection de la moralité du public des risques auxquels les enfants seraient exposés si les sanctions étaient réellement appliquées. Nous y reviendrons.

56. En ce qui concerne l'impact de la mesure sur le commerce, le Groupe spécial de l'affaire *États-Unis — Jeux* n'a pas évalué cette question de manière isolée, mais en la mettant en rapport avec d'autres facteurs qui justifiaient les mesures américaines, tels que « le volume, la rapidité et la portée internationale des transactions de jeux à distance », l'« anonymat quasi total de ces transactions », les « obstacles peu élevés à l'entrée dans le contexte de la fourniture à distance de services de jeux et paris », l'« environnement isolé et anonyme dans lequel un tel jeu a lieu », et les « préoccupations spécifiques légitimes concernant le blanchiment d'argent, la fraude, la santé et la pratique du jeu par les

89. *Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, rapport de l'Organe d'appel, préc., note 73, par. 252. Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'apprécier la contribution du système d'importation et de commercialisation de produits audiovisuels mis en place par le gouvernement chinois à la protection de la moralité publique. Ce système accordait le monopole du commerce de ces produits en Chine à des entreprises d'État chargées de la révision et de la censure du matériel importé.

mineurs qui sont spécifiques à la fourniture à distance de services de jeux et paris »[90]. De son côté, le Groupe spécial de l'affaire *Chine — Services audiovisuels* a analysé l'effet restrictif sur les importations, ainsi que sur les importateurs potentiels, de chacune des mesures chinoises[91], ce qui a été jugé approprié par l'Organe d'appel[92]. Selon la jurisprudence de l'ORD, et tel que l'Organe d'appel de l'affaire *Chine — Services audiovisuels* a eu l'occasion de le mettre en exergue[93], le degré de tolérance des organes de règlement des différends à l'égard des effets sur le commerce augmentera en fonction de l'importance de l'objectif poursuivi et de la contribution de la mesure à l'atteinte dudit objectif.

57. Par rapport à la question de l'examen des mesures de rechange, l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis — Jeux* a eu l'occasion de rappeler que dans le cadre du test de nécessité relatif à l'article XX (a) du GATS :

> Il faudrait donc procéder à une comparaison entre la mesure contestée et les solutions de rechange possibles, et les résultats de cette comparaison devraient être examinés à la lumière de l'importance des intérêts en cause. C'est sur la base de ce « soupesage et [de cette] mise en balance » et de la comparaison des mesures, compte tenu des intérêts ou valeurs en jeu, qu'un groupe spécial détermine si une mesure est « nécessaire » ou à

90. *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, rapport du Groupe spécial, préc., note 77, par. 6.505, 6.507, 6.514, 6.533 et 6.605. Il s'agit d'une démarche qui n'a pas été contredite par l'Organe d'appel. *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, rapport de l'Organe d'appel, préc., note 77, par. 323-327.

91. *Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, rapport du Groupe spécial, préc., note 13, par. 7.826 et 7.827, 7.835, 7.845-7.847, 7.861 et 7.862, 7.866 et 7.867.

92. *Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, rapport de l'Organe d'appel, préc., note 73, par. 309.

93. Selon l'Organe d'appel, « [m]oins les effets de la mesure sont restrictifs, plus elle a de chances d'être qualifiée de "nécessaire". Par conséquent, si un Membre choisit d'adopter une mesure très restrictive, il devra faire en sorte que cette mesure soit soigneusement conçue de façon à ce que les autres éléments à prendre en compte lorsqu'il s'agit de soupeser et de mettre en balance les facteurs pertinents pour une évaluation de la "nécessité" de la mesure l'"emportent" sur cet effet restrictif ». *Id.*, par. 310.

titre subsidiaire, si une autre mesure, compatible avec les règles de l'OMC, est « raisonnablement disponible ».[94]

58. Cette démarche a, par ailleurs, été confirmée par l'ORD dans le cadre de l'affaire *Chine — Services audiovisuels* portant sur l'article XX (a) du GATT[95].

59. Selon la jurisprudence, les mesures de rechange proposées par la partie plaignante doivent raisonnablement se trouver à la disposition du pays importateur, donc pas de manière purement hypothétique, et ce dernier doit rester libre et souverain dans la détermination du niveau de protection désiré. En effet, à cet égard, l'Organe d'appel de l'affaire *États-Unis — Jeux* a statué que :

> Toutefois, il peut être constaté qu'une mesure de rechange n'est pas « raisonnablement disponible » lorsqu'elle est de nature purement théorique, par exemple, lorsque le Membre défendeur n'est pas capable de l'adopter ou lorsque la mesure impose une charge indue à ce Membre, par exemple des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles. Par ailleurs, une mesure de rechange « raisonnablement disponible » doit être une mesure qui préserverait le droit du Membre défendeur d'assurer le niveau de protection qu'il souhaite pour ce qui est de l'objectif poursuivi au titre de l'alinéa a) de l'article XIV.[96]

60. Le même organe a été clair sur le fait que l'État défendeur n'a pas à recenser toutes les solutions de rechange qui seraient à sa disposition ni à démontrer qu'aucune de ces mesures ne permet d'atteindre l'objectif poursuivi. Selon l'Organe d'appel, « [l]es Accords de l'OMC ne prévoient pas une telle charge irréalisable et, en fait, souvent

---

94. *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, rapport de l'Organe d'appel, préc., note 77, par. 307.

95. *Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, rapport de l'Organe d'appel, préc., note 73, par. 239.

96. *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, rapport de l'Organe d'appel, préc., note 77, par. 308. Ce critère d'analyse a été repris par l'Organe d'appel dans sa décision relative à l'affaire *Chine — Services audiovisuels*; *Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, rapport de l'Organe d'appel, *id.*, par. 318.

impossible »[97]. Une fois que l'État défendeur aura démontré *prima facie* que sa mesure se situe « beaucoup plus près du pôle "indispensable" que du pôle opposé : "favoriser" simplement », la tâche de trouver une solution de rechange compatible avec les règles de l'OMC revient à la partie plaignante[98]. Après que cette dernière aura proposé cette solution de rechange, l'État défendeur sera dans l'obligation de prouver que sa mesure est nécessaire. Cela équivaut à démontrer, selon l'Organe d'appel, que la solution de rechange proposée n'est pas raisonnablement à la disposition de l'État défendeur. Une telle démonstration devra être faite à la lumière « des intérêts ou des valeurs recherchés et du niveau de protection souhaité par la partie »[99].

3.2 LES MESURES RESTRICTIVES DU COMMERCE VISANT LE TRAVAIL DANGEREUX DES ENFANTS ET LES DIFFICULTÉS DÉCOULANT DU RESPECT DE LA CONDITION DE NÉCESSITÉ DE L'ARTICLE XX (A) DU GATT

61. L'État membre de l'OMC qui adopte des mesures commerciales restrictives visant à protéger la moralité publique à l'intérieur de ses frontières, menacée par la consommation de produits fabriqués par des enfants en situation de travail dangereux, devra démontrer que ces mesures contribuent au but poursuivi. Sur cette question, il faut noter qu'à la différence des mesures s'appuyant sur l'article XX (b), les mesures fondées sur l'article XX (a) n'auraient pas comme objectif immédiat l'éradication du travail dangereux des enfants. En effet, dans le cas des mesures adoptées en vertu de l'article XX (a), le but immédiat de l'État importateur serait de restreindre une activité commerciale qui porte atteinte aux mœurs de ses citoyens, et ce, à cause de la manière dont les produits visés ont été fabriqués. Il n'en demeure pas moins que la question de l'impact de la mesure par rapport à l'objectif poursuivi peut soulever des difficultés dans un

97. *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, rapport de l'Organe d'appel, préc., note 77, par. 313.
98. *Id.*, par. 310 et 311.
99. *Id.*, par. 311.

domaine comme celui de la moralité publique où il est difficile de mesurer un tel impact. Toutefois, l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil — Pneumatiques rechapés* a eu l'occasion d'affirmer que l'analyse de la contribution de la mesure à l'objectif poursuivi pouvait être faite à partir d'une analyse qualitative et non pas nécessairement quantitative[100]. De cette façon, l'Organe d'appel a rejeté l'argument de la CE selon lequel l'ORD devait quantifier la contribution de la mesure controversée à l'atteinte de l'objectif désiré[101].

62. Par ailleurs, quoique la question n'ait pas encore été tranchée par l'ORD de l'OMC, nous supposons que l'évaluation de la contribution d'une mesure visant à protéger la moralité publique des consommateurs dans le cas du travail dangereux des enfants devrait varier en fonction du type de mesure. Ainsi, dans le cas d'une interdiction pure et simple d'importation touchant des biens fabriqués par des enfants en situation de travail dangereux, cette contribution sera *prima facie* plus facilement discernable que dans le cas des mesures tarifaires. En effet, dans le cas de l'interdiction d'importation, l'exposition des consommateurs au risque d'acheter des biens produits par des enfants en situation de travail dangereux sera pratiquement nulle. Cette contribution sera plus douteuse dans le cas des mesures tarifaires, et ce, parce que ce sont des mesures qui n'empêcheront finalement pas que les produits concernés se retrouvent sur le marché du pays importateur. Dès lors, une interdiction totale d'importations semblerait être la voie la plus efficace du point de vue de la protection de la moralité publique des citoyens du pays importateur.

63. Cela dit, bien que les mesures qui nous occupent visent à protéger les valeurs des citoyens du pays importateur, force nous est de reconnaître que la source principale des soucis des consommateurs est le bien-être des enfants participant

---

100. *Id.*, par. 146 et 147. Ce critère a été confirmé par l'Organe d'appel dans l'affaire *Chine — Services audiovisuels*; *Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels,* rapport de l'Organe d'appel, préc., note 73, par. 294.

101. *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris,* rapport de l'Organe d'appel, préc., note 77, par. 146 et 147.

au processus de production des biens concernés par ces mesures. Par conséquent, nous présumons qu'il est loin de l'intention de ces mêmes citoyens d'aggraver la situation déjà précaire dans laquelle se trouvent les enfants travailleurs. En fait, cette dégradation de la situation des enfants pourrait éventuellement se produire si, à la suite d'une interdiction d'importation affectant des produits fabriqués par des mineurs, leurs employeurs décidaient de les licencier. Les enfants pourraient par la suite se retrouver éventuellement exposés à de nouveaux et plus grands dangers. Si tel était le cas, pourrait-on vraiment affirmer que, du point de vue de l'article XX (a) du GATT, les mesures contribuent à l'atteinte de l'objectif visé?

64. Afin de faire la lumière sur cette question, nous avons décidé, dans le cadre de l'étude de cas réalisée dans la production floricole équatorienne, de nous pencher sur les éventuels effets négatifs des sanctions commerciales. Nous avons interrogé plusieurs experts à ce propos et la question ne fait pas l'unanimité parmi nos répondants, bien que plusieurs estiment que les enfants qu'on vise à protéger seront vraisemblablement licenciés[102]. L'un d'entre eux cite, à l'appui de cette assertion, les licenciements qui auraient suivi les dénonciations faites par l'ONG Human Rights Watch[103] dans un contexte de négociations commerciales avec les États-Unis, bien que cela reste à vérifier. Toutefois, certains répondants remettent en question cet argument sur la base de l'existence d'une pénurie de main-d'œuvre dans le secteur floricole équatorien, un problème qui aurait été exacerbé par l'émigration massive d'Équatoriens vers l'Espagne et les États-Unis au cours de la dernière décennie[104].

65. Ceux qui craignent que les sanctions n'entraînent le licenciement des mineurs évoquent le risque que ces derniers se retrouvent, de ce fait, dans le secteur informel de l'économie, dans l'industrie de la construction ou dans des emplois

102. F. VILLANUEVA, préc., note 7, p. 410-418.

103. HUMAN RIGHTS WATCH, « La cosecha mal habida», 2002, en ligne: <http://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/2002/cosecha.html> (consulté le 15 août 2009).

104. F. VILLANUEVA, préc., note 7, p. 309 et 310.

de nature domestique où ils seraient exposés à d'autres dangers[105]. Il n'en demeure pas moins que, selon certains répondants possédant une expertise scientifique, les salariés qui participent à la production floricole semblent être au bas de l'échelle du point de vue de la santé et de la sécurité au travail[106]. Toutefois, puisque la production floricole s'insère principalement dans le secteur formel de l'économie équatorienne[107], nous supposons que la réalisation d'un suivi de la situation des mineurs, ainsi que la mise en œuvre de mesures de prévention et de protection seraient plus faisables dans le cas du secteur floricole comparativement aux autres secteurs mentionnés.

66. Du point de vue salarial, il semble, aux yeux des mineurs, que le travail chez les entrepreneurs floricoles constitue une meilleure solution que dans les autres secteurs[108]. C'est pour cela que nous croyons que la perte d'un emploi relativement bien rémunéré constitue pour les mineurs, dans ce cas particulier, le risque principal associé à l'imposition de sanctions commerciales. Cette perte de revenus aurait, sans aucun doute, des conséquences défavorables sur le bien-être des mineurs et de leurs familles. Toutefois, certains de nos répondants relativisent l'impact d'un éventuel licenciement dans le cas des enfants plus jeunes, et ce, parce que le montant de leur rémunération n'est pas tellement important[109]. En revanche, selon nos répondants, il apparaît que les pertes salariales seraient plus sérieuses dans le cas des adolescents plus âgés, parce que le revenu généré par leur travail serait une composante importante des revenus des foyers[110].

67. L'expérience du Bangladesh à l'occasion du processus législatif américain visant l'adoption de la *Child Labor Deterrence Act* de 1993[111] mérite d'être évoquée à propos de la

105. *Id.*, p. 410-418.
106. *Id.*, p. 313-332.
107. *Id.*, p. 279.
108. FUNDACIÓN SALUD, AMBIENTE Y DESARROLLO, FUNSAD, préc., note 47, p. 112-116.
109. Dans ce cas, une subvention d'origine étatique pourrait prendre la place du salaire, sans occasionner des pertes importantes pour le foyer.
110. F. VILLANUEVA, préc., note 7, p. 365.
111. Connue aussi sous le nom du « Harkin Bill ».

question des effets nuisibles des sanctions. Ce projet de loi visait à interdire l'importation aux États-Unis de biens produits par des enfants âgés de moins de 15 ans. Selon Arat, la simple possibilité que cette loi soit adoptée par le congrès des États-Unis a déclenché un état de panique dans l'industrie du vêtement au Bangladesh. Les producteurs de ce pays, craignant des mesures commerciales restrictives de la part des États-Unis, destination de 60 % des exportations textiles bangladaises, décidèrent de licencier 50 000 enfants[112]. Selon un rapport de l'UNICEF, un suivi de la situation d'une partie de ces enfants, dont la plupart étaient des filles, réalisé après leur licenciement, démontra que certains occupaient un nouvel emploi encore plus dangereux qu'auparavant, alors que d'autres se voyaient dans l'obligation de se prostituer[113]. À notre avis, cette expérience doit être considérée au moment d'évaluer les effets pervers que les sanctions commerciales pourraient entraîner pour les enfants qu'on veut protéger et, du même coup, d'évaluer leur contribution à la protection de la moralité des consommateurs soucieux du sort des enfants.

68. Par ailleurs, il faut aussi se demander si la perte pure et simple de l'emploi ne provoquerait pas un autre effet inattendu sur le plan de la lutte contre le travail dangereux des enfants, soit la perte de légitimité de l'action de l'État équatorien et de celle de l'OIT aux yeux des enfants travailleurs et de leurs familles. En effet, certaines de nos sources révèlent que les parents voient d'un bon œil l'entrée des enfants sur le marché du travail en tant que véhicule de progrès social. Certaines sources parlent même d'une sollicitation des entreprises de la part des parents et des mineurs[114]. C'est pourquoi il ne faut pas écarter la possibilité que cette population se sente menacée par l'intervention de l'État qui devrait suivre l'application des sanctions, remettant ainsi en question la légitimité de la démarche d'éradication du travail dangereux et la coopération en provenance des familles des mineurs. D'autant plus qu'il est possible que l'État visé par

112. Zehra ARAT, « Analyzing Child Labor as a Human Rights Issue : Its Causes, Aggravating Policies, and Alternative Proposals », (2002) 24 *Hum. Rts. Q.* 177, 199.

113. UNICEF, préc., note 42, p. 23.

114. F. VILLANUEVA, préc., note 7, p. 291-304.

les sanctions se pose aussi des questions quant aux bénéfices de son appartenance à l'OIT et à la ratification de la Convention OIT 182.

69. En tout état de cause, toutes les craintes signalées précédemment remettent en question l'utilité des mesures restrictives du commerce en vue de protéger la moralité publique des consommateurs qui voudraient éviter la consommation de biens fabriqués par des enfants exploités. En effet, bien que les mesures qui nous occupent visent à protéger des valeurs qui se situent à l'intérieur des frontières du pays importateur, il n'en demeure pas moins que la moralité des consommateurs du pays importateur serait mal servie si une dégradation des conditions de vie des enfants était la conséquence des mesures restrictives du commerce.

70. Dans un autre ordre d'idées, il convient de se pencher sur l'évaluation des mesures moins restrictives du commerce pouvant s'ériger en tant que solutions de rechange à l'égard des sanctions commerciales. Tel serait le cas, par exemple, d'un processus de consultation entre les parties impliquées dans le différend, dont le but serait l'adoption de mesures de protection en faveur des enfants travailleurs. La question se pose de savoir si dans le cas d'éventuelles mesures se rapportant à l'importation de biens produits par des enfants en situation de travail dangereux, un tel processus serait susceptible d'être considéré à titre de solution de rechange moins restrictive du commerce. Rappelons que dans l'affaire *États-Unis — Jeux*, l'Organe d'appel a rejeté la tenue d'un tel processus en tant que mesure alternative proposée par Antigua-et-Barbuda[115]. Il n'en demeure pas moins que le besoin d'agir avec promptitude et efficacité face aux dangers que les services de jeu en ligne comportaient pour la population américaine s'est révélé décisif lors de l'application du test de « nécessité » dans l'affaire *États-Unis — Jeux*. Il est compréhensible que, dans une situation de la sorte, où les enjeux se rapportent à la protection des citoyens contre la fraude, le jeu compulsif, le jeu chez les mineurs, etc., les gouvernants se sentent pressés et dans le droit d'agir promptement, ce qui a

115. *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, rapport de l'Organe d'appel, préc., note 77, par. 317.

été reconnu par l'Organe d'appel. Or, nous estimons que dans le cadre des mesures de nature unilatérale, il sera plus difficile de démontrer que les mesures de coopération sont inutiles ou superflues, surtout si l'on tient compte du fait que l'OIT s'est déjà prononcée de manière claire sur les bienfaits du multilatéralisme dans le traitement du problème du travail des enfants[116].

71. Dès lors, on pourrait s'attendre à ce que des mesures alternatives à la restriction du commerce misant sur la coopération mutuelle et le dialogue soient considérées comme raisonnablement à la disposition du pays qui impose les restrictions commerciales, d'autant plus que l'OIT elle-même ne semble pas favorable à ce type de mesures pour combattre le travail des enfants. La « nécessité » de ces mesures serait probablement moins difficile à établir si elles étaient de nature collective et s'inséraient dans le cadre du mécanisme de plainte des articles 26 et suivants de la Constitution de l'OIT, dans un cas où les situations de travail dangereux dénoncées sont associées à la fabrication d'un produit d'exportation mettant en danger grave et imminent la vie et la santé des enfants. Quoi qu'il en soit, l'obligation de prouver l'existence de mesures de rechange « raisonnablement » à la disposition de l'État qui restreint le commerce reviendra à la partie demanderesse. Il n'est pas difficile d'imaginer que l'État qui conteste les mesures restrictives du commerce visant le travail dangereux des enfants pourra aisément faire la démonstration de la pertinence des mesures multilatérales de coopération par rapport aux mesures unilatérales à caractère punitif.

CONCLUSION

72. Notre analyse de la jurisprudence de l'ORD de l'OMC relative à la condition de nécessité, effectuée à la lumière des prises de position des institutions internationales chargées de la protection internationale en situation d'exploitation au travail et enrichie de l'étude de cas que nous avons réalisée en

116. CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Accelerating Action Against Child Labour. Global Report Under the Follow-Up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, préc., note 43, p. 74.

Équateur en 2008, démontre que le respect de cette condition constituerait le talon d'Achille d'éventuelles mesures restrictives du commerce se rapportant au travail dangereux des enfants.

73. Pour ce qui est du recours à l'exception relative à la protection de la vie et de la santé humaines de l'article XX (b) en vue de justifier des sanctions visant des produits fabriqués par des enfants en situation de travail dangereux, nous constatons qu'il présente une utilité limitée. En effet, le respect de la condition de nécessité exige la démonstration d'un lien étroit entre l'objectif visé par la politique qui sous-tend la mesure et la capacité de celle-ci de contribuer à l'atteinte de l'objectif en question. Tout d'abord, force est de reconnaître que ces exigences limitent l'application des mesures restrictives du commerce aux cas où ce sont les flux internationaux du commerce qui se trouveraient à la base des situations de travail dangereux qu'on vise à combattre. On voit mal quelle pourrait être, par exemple, la contribution de ce type de mesures à l'égard de situations de travail dangereux ayant lieu dans le secteur informel de l'économie d'un pays en voie de développement. De surcroît, même dans le cas des situations de travail dangereux associées à la fabrication de biens exportés, l'acceptation de la part de l'ORD des mesures restrictives du commerce comme moyen pour s'attaquer à ce problème semble très difficile compte tenu de la prise de position de l'OIT et de l'UNICEF à l'égard des sanctions commerciales comme méthode de lutte contre le travail des enfants. Toutefois, on ne peut pas exclure que l'OIT puisse éventuellement donner le feu vert à ces sanctions dans des cas exceptionnels où la vie des mineurs serait gravement menacée par l'inaction de l'État transgresseur de la Convention OIT 182.

74. Nous avons aussi pu constater que le recours à l'exception relative à la protection de la moralité publique n'est pas exempt de difficultés. Certes, les mesures adoptées dans le cadre juridique de l'article XX (a) visent à protéger la moralité publique du pays importateur. Toutefois, la question se pose de savoir s'il est possible de dissocier ces mesures du sort des enfants qui suscitent la préoccupation des consommateurs. D'autant plus que l'OIT elle-même considère que les sanctions commerciales ne semblent pas être la voie la plus

appropriée pour régler la question de l'exploitation des enfants au travail, un problème devant être traité, selon cette organisation, par la voie du multilatéralisme. Bien sûr, l'avis de l'OIT ne saurait être élevé au rang de vérité inébranlable, mais il est fort probable qu'il serait pris en compte par l'ORD de l'OMC en cas de controverse. De ce fait, nous sommes portés à penser qu'en l'absence d'un consensus au sein de l'OIT, des mesures restrictives du commerce qui se rapportent de manière indirecte au travail des enfants auraient du mal à s'affirmer comme étant « nécessaires » à la protection de la moralité publique des consommateurs du pays importateur.

75. Quoi qu'il en soit, nous estimons que les sanctions commerciales ne constituent pas en elles-mêmes la solution au problème du travail dangereux des enfants. Nous avons vu que le travail des enfants est un problème d'une grande complexité. En effet, il découle de causes de nature structurelle, comme celles de la pauvreté, de la présence d'un système éducatif défaillant ou de la faiblesse institutionnelle de l'État en cause. De ce fait, la mise en œuvre de la Convention OIT 182 se heurte aux limites quant à la capacité des États de s'acquitter de leurs obligations en matière d'éradication du travail dangereux, ainsi qu'au caractère progressif des changements sociaux, économiques et politiques qui se révèlent nécessaires pour assurer la pleine efficacité de la Convention OIT 182. Dès lors, en reprenant les idées de Chayes et Chayes, on ne peut s'attendre à ce que les sanctions commerciales aient les mêmes effets qu'elles pourraient avoir dans le cas d'un État responsable de situations de transgression sur lesquelles il exerce un contrôle absolu, telles que le recrutement d'enfants soldats par l'armée, par exemple. Ce constat ne fait que remettre en question le caractère « nécessaire » de ces mesures punitives, du point de vue des paragraphes (a) et (b) de l'article XX du GATT.

76. Finalement, en nous inspirant des propos d'Arat[117], nous concluons en nous interrogeant sur la contribution réelle des sanctions commerciales unilatérales à la solution au problème du travail dangereux des enfants. Pourront-elles

117. Z. ARAT, préc., note 112, 197.

vraiment mettre fin, pour de bon, à la souffrance des enfants, ou joueront-elles tout simplement le rôle de palliatif servant à soulager le sentiment de culpabilité des citoyens du pays importateur?

Francisco F. Villanueva
Département d'organisation et ressources humaines
École des sciences de la gestion
Université du Québec à Montréal
315, rue Sainte-Catherine Est
3e étage, bureau R-3441
Montréal (Québec) H2X 3X2
Téléphone : 514 987-3000, poste 2760
Télécopieur : 514 987-0407
villanueva.francisco@uqam.ca