

Raison d'être et perspectives d'avenir de l'Organisation internationale du travail (OIT) à l'aube de son centenaire

Isabelle Duplessis

Volume 48, numéro 2, 2018

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058626ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058626ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Duplessis, I. (2018). Raison d'être et perspectives d'avenir de l'Organisation internationale du travail (OIT) à l'aube de son centenaire. *Revue générale de droit*, 48(2), 391–443. <https://doi.org/10.7202/1058626ar>

Résumé de l'article

Près de 100 ans après sa création, le mandat de l'Organisation internationale du travail (OIT) de promouvoir la justice sociale grâce à un travail décent pour toutes et pour tous semble toujours aussi pertinent aujourd'hui. Toutefois, l'OIT doit actuellement faire face à des défis sans précédent, notamment en ce qui concerne une certaine mollesse normative dans le choix des instruments adoptés par ses mandants depuis une vingtaine d'années, une surchauffe de son système de contrôle de supervision de l'application des normes internationales du travail (NIT) ainsi qu'une crise institutionnelle ayant éclaté en 2012, mais dont les questions de fond semblent toujours très largement non résolues. C'est dans ce contexte tendu et complexe que l'OIT essaie, à l'heure actuelle, de se repositionner, notamment dans le cadre d'une réflexion globale sur l'avenir du travail. Le présent article tente de donner un éclairage aux défis immédiats auxquels l'OIT est confrontée, en particulier à ceux illustrant la difficulté de trouver des consensus pour les mandants tripartites traditionnels de l'OIT sur les questions normatives du travail, ainsi qu'à ceux qui se poseront à moyen et long terme, y compris en ce qui concerne l'interprétation des normes et de leur appropriation par d'autres acteurs, afin que cette institution puisse rester un lieu de dialogue, de discussion et de décision au sein duquel les parties prenantes pourront continuer à oeuvrer en faveur du travail décent.

Raison d'être et perspectives d'avenir de l'Organisation internationale du travail (OIT) à l'aube de son centenaire

ISABELLE DUPLESSIS*

RÉSUMÉ

Près de 100 ans après sa création, le mandat de l'Organisation internationale du travail (OIT) de promouvoir la justice sociale grâce à un travail décent pour toutes et pour tous semble toujours aussi pertinent aujourd'hui. Toutefois, l'OIT doit actuellement faire face à des défis sans précédent, notamment en ce qui concerne une certaine mollesse normative dans le choix des instruments adoptés par ses mandants depuis une vingtaine d'années, une surchauffe de son système de contrôle de supervision de l'application des normes internationales du travail (NIT) ainsi qu'une crise institutionnelle ayant éclaté en 2012, mais dont les questions de fond semblent toujours très largement non résolues. C'est dans ce contexte tendu et complexe que l'OIT essaie, à l'heure actuelle, de se repositionner, notamment dans le cadre d'une réflexion globale sur l'avenir du travail. Le présent article tente de donner un éclairage aux défis immédiats auxquels l'OIT est confrontée, en particulier à ceux illustrant la difficulté de trouver des consensus pour les mandants tripartites traditionnels de l'OIT sur les questions normatives du travail, ainsi qu'à ceux qui se poseront à moyen et long terme, y compris en ce qui concerne l'interprétation des normes et de leur appropriation par d'autres acteurs, afin que cette institution puisse rester un lieu de dialogue, de discussion et de décision au sein duquel les parties prenantes pourront continuer à œuvrer en faveur du travail décent.

MOTS-CLÉS :

Organisation internationale du travail (OIT), droit international du travail, système de contrôle de normes transnationales.

* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal, et chercheuse, membre du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT). L'auteure tient à remercier vivement monsieur Éric Gravel pour ses analyses éclairées sur certains thèmes abordés dans cet article.

ABSTRACT

Nearly 100 years after its establishment, the International Labour Organisation (ILO)'s mandate of promoting social justice through decent work for all seems to remain today as relevant as ever. However, the ILO is currently facing unprecedented challenges, in particular with regard to a certain preference for the adoption of soft law instruments by the ILO's constituents over the past 20 years, a nearly unmanageable workload for its supervisory system in charge of monitoring the application of international labour standards as well as an institutional crisis that unfolded in 2012 but for which the substantive questions seem to be still largely unresolved. It is against this tense and complex background that the ILO is currently trying to reposition itself, in particular in the context of a global reflection on the future of work. This article attempts to shed light on the immediate challenges faced by the ILO, those illustrating the difficulties of the traditional ILO tripartite constituents to reach consensus on standards-related issues, as well as the mid- and long-term challenges, including those linked to the interpretation of labour standards and the fact that these standards are being used by an increasing variety of actors. The key question will be to reflect on whether the institution in its next centenary can remain a place of dialogue, where views can be exchanged and decisions taken and in which its stakeholders can continue to pursue their mission of decent work for all.

KEY-WORDS:

International Labour Organisation (ILO), international labour law, supervisory system of transnational standards.

SOMMAIRE

Introduction. Regard sur le passé afin de mieux cerner le présent.	393
I. L'action traditionnelle de l'Organisation internationale du travail (OIT) face à de nouveaux défis : mollesse normative oblige et surchauffe du système de contrôle.	399
A. Des préférences particulièrement marquées dans le choix des instruments normatifs depuis la fin de la guerre froide.	400
1. Thèmes porteurs récents.	400
2. Nouvelles techniques de régulation.	407
3. Des normes pertinentes et à jour.	411
B. Des défis sans précédent pour le système de contrôle.	413
II. L'éclatement de la crise institutionnelle autour du droit de grève au début du XXI ^e siècle : tensions internes passagères ou réelle menace pour le droit international du travail?	421

A.	Temps perturbé au cœur de l'Organisation internationale du travail (OIT) depuis juin 2012	422
1.	<i>Quid du problème de fond?</i>	430
B.	Une conception de l'interprétation soulevant de nombreuses questions pour le droit international du travail dans le monde	432
1.	Que faire lors de problèmes d'interprétation?	436
Conclusion:	Le tripartisme à remodeler, l'avenir du travail à inventer	438
1.	L'avenir du travail en question	440



INTRODUCTION. REGARD SUR LE PASSÉ AFIN DE MIEUX CERNER LE PRÉSENT

Institution internationale à caractère universel, l'Organisation internationale du travail (ci-après OIT ou Organisation) tire ses origines de la réalité à laquelle devaient faire face les pays occidentaux au moment de la révolution industrielle. Conscients du fait « qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations, ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger »¹, les États signataires du *Traité de Versailles* ont décidé de créer l'OIT au lendemain de la Première Guerre mondiale.

Les fondateurs ont reconnu, dès 1919, que l'économie mondiale avait besoin de règles précises afin que le progrès économique soit synonyme de prospérité et de paix durable pour tous. Le mandat de l'Organisation comportait une dimension de justice sociale, en lien avec les conditions de travail déplorables des ouvriers salariés dont le nombre ne cessait de croître depuis le XIX^e siècle².

1. Préambule de la *Constitution de l'OIT* de 1919, autrefois la Partie XIII du *Traité de Versailles* du 28 juin 1919. Pour de l'information au sujet de l'OIT, son histoire, ses activités, son traité constitutif, ses normes et son système de contrôle, consulter la page Web de l'Organisation: <www.ilo.org>.

2. La délimitation de ce qu'est le travail, sur laquelle repose encore l'OIT, a été forgée à cette époque sur le modèle économique de la production industrielle, selon lequel l'idéal type était l'ouvrier masculin, travaillant à temps plein dans une usine, tout au long de sa courte vie, et pourvoyeur principal des membres de sa famille. Parallèlement à ce stéréotype du salarié, le travail domestique non rémunéré, effectué majoritairement par les femmes au sein de la sphère privée et au bénéfice de la famille, se caractérise par le fait qu'il n'est pas considéré comme du travail ni comptabilisé comme une « activité économique ». Sur les femmes et l'OIT,

Les normes³ adoptées initialement par l'OIT visaient donc, pour l'essentiel, le travail industriel dans les pays du Nord. Les questions évoquées dans le préambule de la *Constitution de l'OIT* (ci-après *Constitution de l'OIT*) : durée du travail, emploi, chômage, salaires, liberté syndicale, etc., ou la surreprésentation au sein de son conseil d'administration (CA) de « membres ayant la puissance industrielle la plus considérable »⁴ ont marqué durablement cette orientation originelle de l'OIT vers le travail salarié dans le secteur industriel.

Reconnaissant le caractère potentiellement préjudiciable de la compétition économique internationale pour la protection des travailleurs, l'objectif visé par les fondateurs, lors de l'établissement de l'OIT, était de concevoir une législation internationale s'imposant à tous les États membres afin qu'ils évitent de se livrer à une course au *dumping* social pour avantager leurs entreprises nationales par rapport à leurs concurrentes étrangères.

Pour les pays alliés, vainqueurs de la Première Guerre mondiale, la création de l'OIT correspondait à une tentative d'apaisement de la grogne des sociétés civiles européennes. La menace de renversement des régimes politiques par les classes laborieuses insatisfaites de leurs conditions de vie planait sur les têtes dirigeantes. Les gouvernements anticipaient, de surcroît, la puissance de la vague de mécontentement avec la démobilisation prochaine de millions de jeunes hommes traumatisés par les combats et malheureusement appelés à grossir les rangs déjà bien garnis des insatisfaits.

voir Eileen Boris, Dorothea Hoehtker et Susan Zimmermann, *Women's ILO. Transnational Networks, Global Standards, and Gender Equity, 1919 to Present*, Studies in Global Social History, vol 32, International Labour Organization, Brill, 2018.

3. Jean-Michel Bonvin qualifie, de manière évocatrice, l'OIT d'agence productive de normes dans : *L'Organisation internationale du travail. Étude sur une agence productive de normes*, coll. « Sociologies », Paris, PUF, 1998. Pour un aperçu historique de l'action normative de l'OIT : Isabelle Duplessis, « Un abrégé de l'histoire des normes de l'OIT et de leur application » dans Pierre Verge, dir, *Droit international du travail : perspectives canadiennes*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 59 [Duplessis, « Un abrégé de l'histoire »].

4. Article 7(3) de la *Constitution de l'OIT* de 1919 : le CA est l'organe exécutif de l'OIT et se réunit trois fois par an. Il prend notamment les décisions concernant la politique du secrétariat, le Bureau international du travail (BIT), fixe l'ordre du jour de l'organe plénier, la Conférence internationale du travail (CIT), adopte le programme et le budget de l'Organisation. Il est composé de 56 personnes, dont 28 représentants des gouvernements, 14 des employeurs et 14 des travailleurs. En 2018, les États membres du CA détenant des sièges non électifs en leur qualité d'États ayant l'importance industrielle la plus considérable étaient : l'Allemagne, le Brésil, la Chine, les États-Unis, la France, l'Inde, l'Italie, le Japon, le Royaume-Uni et la Fédération de Russie.

La construction d'un rapport de force favorable aux travailleurs, lui-même à l'origine de l'OIT, est étroitement liée à la révolution bolchevique de 1917⁵. Les événements en Russie avaient frappé l'imagination d'une masse critique d'acteurs de la société civile, travailleurs et employeurs, en Europe et ailleurs, incitant les gouvernements concernés, par la crainte de débordements révolutionnaires similaires, à négocier avec les éléments réformistes des mouvements ouvriers et à leur octroyer une participation dans les institutions politiques bourgeoises⁶.

La volonté de s'allier les travailleurs en leur offrant une représentation institutionnelle au sein d'une organisation internationale explique non seulement l'origine de l'OIT, mais aussi son mode de fonctionnement tout au long du XX^e siècle. Pour remplir sa mission fondatrice, cette organisation sera dotée d'une structure tripartite inusitée, par ailleurs toujours unique au sein de la constellation contemporaine des organisations internationales, où chaque délégation étatique est composée de deux représentants gouvernementaux, un travailleur et un employeur⁷.

En rétrospective, l'ADN tripartite a permis à l'OIT de naviguer dans les eaux troubles du XX^e siècle, notamment la dépression économique des années 30 et la dérive des régimes totalitaires de l'entre-deux-guerres, pour ensuite survivre aux hostilités de la Deuxième Guerre mondiale et à la dissolution de la Société des Nations en 1946, première organisation universelle chargée du maintien de la paix et de la sécurité internationales. L'OIT sera la seule institution dont l'existence sera prolongée et deviendra rapidement une agence spécialisée du système des Nations Unies. Son mandat avait, de surcroît, été élargi, en 1944,

5. La création de l'OIT peut être envisagée à l'instar d'un vaccin contre la rage marxiste-léniniste ou d'une ruse occidentale à l'encontre des partisans des idéologies socialiste ou anarchiste. L'OIT a été qualifiée de « police d'assurance » ou de « réponse de Versailles » à la révolution bolchevique: Robert W Cox, « ILO: A Limited Monarchy » dans Robert W Cox et Harold K Jacobson, dir, *The Anatomy of Influence: Decision Making in International Organisation*, New Haven (Conn), Yale University Press, 1973, 102; Guy Standing, « The ILO: An Agency for Globalization? » (2008) 39:3 *Development and Change* 355.

6. Robert W Cox, « Labor and Hegemony » (1977) 31:3 *International Organization* 385; Alan Hyde, « The International Labor Organization in the Stag Hunt for Global Labor Rights » (2009) 3 *Law & Ethics of Human Rights* 154.

7. Laurence R Helfer décrit cet arrangement de constitutionnalisation du tripartisme à l'échelle internationale: « Understanding Change in International Organizations: Globalization and Innovation in the ILO » (2006) 59 *Vand L Rev* 649; Tonia Novitz et Phil Syrpis, « Assessing Legitimate Structure for the Making of Transnational Labour Law: The Durability of Corporatism » (2006) 35:4 *Indus LJ* 343.

avec l'adoption de la *Déclaration de Philadelphie* par la Conférence internationale du travail (CIT)⁸.

Conscients des atrocités génocidaires ayant été perpétrées et de la pratique du travail forcé dans les camps de concentration, les droits des travailleurs seront, dans la deuxième moitié du XX^e siècle, de plus en plus interprétés sous l'angle des droits de la personne par l'OIT et les Nations Unies. Cette perspective rehausse symboliquement les droits des travailleurs dont le respect ne relève plus seulement de l'obligation juridique, mais aussi de l'exigence morale et de la dignité humaine⁹.

Si, en 1919, la mission de l'OIT fournissait une réponse aux problèmes auxquels étaient confrontés les pays industrialisés, elle a évolué, lors de la période des Indépendances, en raison de l'augmentation sans précédent du nombre de ses États membres au développement économique inégal et aux différences culturelles prononcées. La décolonisation des années 60–70, puis l'avènement du néolibéralisme et du processus de déréglementation de l'État providence, inspirés du consensus de Washington dans les années 80, mettront à rude épreuve le principe de l'universalité sur lequel l'Organisation est fondée.

Le principe d'universalité a été fortement ébranlé dans un monde bipolaire aux visions socio-économiques tranchées, mais n'empêchera pas l'OIT de dénouer les impasses idéologiques et de traverser, en apparence intacte, le siècle de la guerre froide. La chute du mur de Berlin en 1989 a toutefois changé la donne et a eu des répercussions sur la construction du rapport de force entre les travailleurs et les employeurs, au point de remettre en question la raison d'être de l'OIT.

8. OIT, *La Déclaration de Philadelphie concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail*, Conférence générale de l'OIT, 26^e sess, Philadelphie, 10 mai 1944, annexée en 1946 à la *Constitution de l'OIT* de 1919 et en fait partie intégrante; voir en ligne: <www.ilo.org>, art I [*Déclaration de Philadelphie*]. Elle consacre les principes directeurs suivants:

- (a) le travail n'est pas une marchandise;
- (b) la liberté d'expression et d'association est une condition indispensable d'un progrès soutenu;
- (c) la pauvreté, où qu'elle existe, constitue un danger pour la prospérité de tous;
- (d) la lutte contre le besoin doit être menée avec une inlassable énergie au sein de chaque nation et par un effort international continu et concerté dans lequel les représentants des travailleurs et des employeurs, coopérant sur un pied d'égalité avec ceux des gouvernements, participent à de libres discussions et à des décisions de caractère démocratique en vue de promouvoir le bien commun.

9. Judy Fudge, «The New Discourse of Labor Rights: From Social to Fundamental Rights?» (2007–2008) 29:1 *CompLab L & Pol'y J* 29.

Avec la disparition des deux blocs et l'intensification de la mondialisation économique, certains considèrent désormais son existence obsolète et inutile.

En effet, la tension typique du monde bipolaire au XX^e siècle a stabilisé un rapport de force relativement équilibré entre les travailleurs et les employeurs, les incitant mutuellement à la négociation. En ce sens, elle peut avoir contribué au dynamisme institutionnel de l'OIT, alors que la fin de la guerre froide coïncide plutôt avec un ralentissement de la production normative¹⁰.

Devant les transformations de l'échiquier mondial et afin de répondre, notamment, aux critiques sur l'engorgement de son système de contrôle, l'OIT épousera, dans les années 90, une stratégie visant la rationalisation du corpus des normes internationales du travail (NIT), élaboré depuis 1919. Au lieu des règles techniques protégeant les droits des travailleurs, sans susciter, en dehors des cercles corporatifs, d'élans passionnés pour leur défense, les modes souples de régulation sociale auront désormais la cote auprès des mandants¹¹. L'ascendance de la notion des droits fondamentaux des travailleurs, en droit international du travail, s'inscrit aussi dans ce contexte et s'avérera bientôt irrésistible autant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'OIT¹². Elle conduira la CIT à adopter la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail* et son suivi en 1998.

Parallèlement à ce tournant vers les modes souples de régulation, l'OIT mettra de l'avant l'assistance technique aux États membres pour mieux remplir sa mission fondatrice, en l'articulant, en 1999, autour de l'Agenda pour un travail décent¹³. Des programmes d'assistance technique seront élaborés en fonction de quatre objectifs stratégiques¹⁴.

10. Francis Maupain, *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contraindre?*, Institut international d'études sociales, Genève, BIT, 2012 [Maupain, *L'OIT à l'épreuve*].

11. Janice R Bellace, « Human Rights at Work: The Need for Definitional Coherence in the Global Governance System » (2014) 30:2 Int'l J Comp Lab L & Ind Rel 175.

12. Claire La Hovary, *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international*, Paris, Presses universitaires de France, 2009.

13. BIT, *Un travail décent*, Rapport du directeur général Juan Somavia à la CIT, 87^e sess, Genève, 1999; Jean-Michel Servais, « Politique de travail décent et mondialisation : réflexions sur une approche juridique renouvelée » (2004) 143:1-2 Revue internationale du travail 203; Manfred Weiss, « International Labour Standards: A Complex Public-Private Policy Mix » (2013) 29:1 Int'l J CompLab L & Ind Rel 7.

14. La stratégie de développement recentre les activités de l'OIT autour de quatre objectifs en vue d'une plus grande cohérence institutionnelle : 1) promouvoir et mettre en œuvre les normes et les principes et droits fondamentaux au travail; 2) accroître les possibilités pour les

Au début du XXI^e siècle, la plupart des pays fondateurs de l'OIT ont basculé dans l'ère postindustrielle¹⁵, alors que plusieurs ne peuvent encore prétendre au titre d'économie industrialisée. L'idéologie néolibérale aidant, une réticence envers les normes juridiques protégeant les droits de la personne, œuvres des organisations multilatérales, est perceptible au sein des relations internationales contemporaines.

Le long parcours de l'OIT, qui débute en 1919, démontre sans doute la pérennité des valeurs défendues par cette organisation, mais signifie également qu'elle porte en elle les traces d'un monde qui n'existe plus. Malgré les diverses réformes dont il a fait l'objet au cours des années, son système de normes internationales du travail reste marqué par les conditions historiques dans lesquelles il a vu le jour à l'issue de la Première Guerre mondiale.

C'est ce contraste entre, d'une part, la grande actualité, encore aujourd'hui, des principes fondateurs de l'OIT et, d'autre part, son système normatif dont certains aspects peuvent sembler désuets, qui explique l'intense réflexion engagée sur son activité normative depuis une vingtaine d'années, tant par des chercheurs que par l'Organisation elle-même.

Plus le besoin actuel de règles du jeu sur le plan social se fait pressant, plus grandes sont les attentes à l'égard de l'OIT et plus évidentes sont les limites du système de normes héritées du début du XX^e siècle. La dimension normative a été, est et restera vraisemblablement le centre de gravité de l'action de l'OIT, non seulement parce que c'est sa première mission constitutionnelle, mais aussi parce que la mondialisation et, plus particulièrement, la libéralisation des échanges

femmes et pour les hommes d'obtenir un emploi et un revenu décents; 3) accroître l'étendue et l'efficacité de la protection sociale pour tous; et 4) renforcer le tripartisme et le dialogue social. L'inclination de l'OIT pour le volet de la coopération technique plutôt que pour les activités normatives traditionnelles a été consacrée avec l'adoption par la CIT, en 2008, de la *Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*. Les quatre piliers de l'Agenda pour le travail décent de l'OIT sont devenus des éléments centraux du Programme de développement durable pour 2030, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2015.

15. De façon générale, on assiste à une montée du populisme dans plusieurs États occidentaux qui affichent, aux côtés des régimes gouvernementaux autoritaires et conservateurs, une résistance décomplexée aux droits de la personne, incluant les droits des travailleurs. Auparavant, la défense des droits de la personne ralliait une coalition internationale plus ou moins serrée, composée, notamment, des États-Unis, de pays occidentaux et latino-américains : Philip Alston, « The Populist Challenge to Human Rights » (2017) 9:1 Journal of Human Rights Practice 1.

minent les droits nationaux et accroissent mécaniquement la nécessité d'adopter des règles transnationales dans tous les domaines de l'activité humaine (environnemental, commercial, financier et évidemment social)¹⁶.

À l'aube de son centenaire, l'action normative traditionnelle de l'OIT doit-elle se poursuivre dans sa forme actuelle? Son système de contrôle peut-il évoluer au-delà des aménagements qui ont pu y être apportés jusqu'à ce jour, afin d'accroître l'effectivité et l'efficacité de ses normes et tenter d'avoir un effet encore plus significatif sur la vie des travailleuses et des travailleurs du monde entier? Face à des taux de ratification décevants, que faut-il penser du glissement vers des techniques souples de régulation? Que signifient les divergences entre les mandants de l'Organisation, qui ont mené à la crise institutionnelle de juin 2012 relativement à l'interprétation du droit de grève? Ces difficultés peuvent-elles être considérées comme résolues? Enfin, les réflexions récentes engagées au sein de l'OIT sur le tripartisme et l'avenir du travail sont-elles garantes d'un passage réussi vers le début de ce qui pourrait être son prochain centenaire? Le présent article propose des éléments de réflexion sur l'ensemble de ces questions.

I. L'ACTION TRADITIONNELLE DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT) FACE À DE NOUVEAUX DÉFIS : MOLLESSE NORMATIVE OBLIGE ET SURCHAUFFE DU SYSTÈME DE CONTRÔLE

L'action normative est incontestablement le plus puissant des moyens dont dispose l'OIT et reste un outil essentiel au service des objectifs énoncés dans le préambule de sa Constitution et dans la *Déclaration de Philadelphie* de 1944. Son rôle déterminant a d'ailleurs été réitéré comme un objectif stratégique de l'Organisation en 2008 dans la *Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*.

16. Voir l'analyse faite par Alain Supiot, *Esquisse – Le devenir des normes internationales du travail*, Réunion du Groupe d'experts indépendants sur l'action normative et le travail décent : perspectives en matière de sécurité sociale, Genève, BIT, 2003 à la p 4. Alain Supiot a réitéré cette analyse et ces conclusions à plusieurs reprises au cours des dernières années, lors de diverses interventions à l'OIT.

A. Des préférences particulièrement marquées dans le choix des instruments normatifs depuis la fin de la guerre froide

1. *Thèmes porteurs récents*

Un des aspects de l'action normative de l'OIT consiste en l'adoption de conventions internationales du travail, instruments qui, faut-il le rappeler, expriment un compromis entre différents groupes d'intérêts et dont la force obligatoire requiert un engagement volontaire des États qui les ratifient. À ce jour, 189 conventions ont été adoptées, la dernière datant de 2011¹⁷. Bien que l'OIT ait souvent été accusée de cumuler du chiffre au mépris d'un effet réel dans la pratique, il est possible d'observer, depuis une trentaine d'années, une baisse notable du nombre de ratifications des nouveaux instruments juridiques conventionnels adoptés par la CIT.

Depuis le milieu des années 80, les taux enregistrés de ratification des conventions paraissent plus que décevants, le taux moyen étant de 27 ratifications¹⁸. À l'exception de la *Convention du travail maritime* de 2006 (88 ratifications) et de la *Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants* de 1999 (ci-après *Convention n° 182*) (182 ratifications), qui peuvent être considérées comme les deux arbres cachant la forêt, ce taux tombe à 19,9 ratifications sur une possibilité de 187. Ainsi, depuis une trentaine d'années, les statistiques montrent qu'en moyenne, 168 des 187 États membres de l'OIT ne ratifient pas les instruments juridiques conventionnels. Dans ce contexte, comment tirer parti du succès de la *Convention du travail maritime* de 2006 — amendée en 2018 — et de la *Convention n° 182* en termes de ratification?

17. En octobre 2018, l'OIT réunissait 187 États membres et recensait 400 instruments normatifs adoptés par la CIT (189 conventions, 6 protocoles et 205 recommandations).

18. Voir, à cet égard, les statistiques déjà mises de l'avant par Breen Creighton en 2004 et selon lesquelles, si l'on fait abstraction de la *Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants* de 1999, le nombre moyen de ratifications par convention, depuis 25 ans, se situe à 16,05 sur une possibilité de 178 : Breen Creighton, « The Future of Labour Law: Is There a Role for International Labour Standards? » dans Catherine Bernard, Simon Deakin et Gillian S Morris, dir, *The Future of Labour Law*, Oxford (R-U), Hart, 2004, 253. Voir également Anne Trebilcock, « Putting the Record Straight About International Labour Standard Setting » (2009–2010) 31:3 *Comp Lab L & Pol'y J* 553. Plus généralement, sur l'avenir de l'action normative de l'OIT, voir Simon Deakin, « Learning or Diversity? Reflections on the Future of International Labour Standards » dans *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision*, Actes du colloque international sur le 80^e anniversaire de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT, Genève, 2007, 239.

Sur le fond, la première consolide des normes éparpillées à travers 38 conventions et 30 recommandations relatives au droit des gens de mer et à la plus vieille industrie planétaire. Sur la forme, elle mélange des techniques de régulation sociale dans un même instrument afin d'être universellement applicable, facile à comprendre et à actualiser. Une partie A regroupe des normes obligatoires alors qu'une partie B réfère à des principes directeurs et à la persuasion plutôt qu'à la contrainte¹⁹.

Quant au taux élevé de ratifications de la Convention n° 182, il s'explique surtout à la lumière de l'objectif chargé symboliquement de l'instrument juridique qu'est la protection des enfants contre des formes contemporaines d'esclavage et de travail forcé. La cause des enfants éveille une bienveillance généralisée au sein du système des Nations Unies dans son entier et, à la fin du XX^e siècle, a facilité l'adoption de règles interdisant les abus commis à leur encontre. Le thème des droits fondamentaux des enfants était donc susceptible, plus qu'aucun autre, de rallier l'ensemble des États membres de l'OIT, malgré leurs diversités historiques, économiques et culturelles.

La *Convention (n° 189) sur les travailleuses et les travailleurs domestiques* (ci-après *Convention n° 189*) est le dernier instrument juridique contraignant adopté par l'OIT en 2011²⁰. Contrairement à plusieurs autres, le nombre prometteur de ratifications, depuis son entrée en vigueur en 2013, laisse espérer une réelle mise en œuvre de cette convention dans le temps²¹. À l'instar de la *Convention du travail maritime* et de la *Convention n° 182*, la *Convention n° 189* peut-elle aussi être considérée comme un signe prometteur pour les activités normatives de l'OIT dans l'avenir?

19. Cleopatra Doumbia-Henry, «The Consolidated Maritime Labour Convention: A Marriage of the Traditional and the New» dans Jean-Claude Javillier et Bernard Gernigon, dir, *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, BIT, 2004, 319.

20. La littérature sur la *Convention n° 189* est abondante; voir, entre autres, Asha D'Souza, Bureau de l'égalité entre hommes et femmes, «Le travail domestique sur la voie du travail décent: rétrospective de l'action de l'OIT», *Document de travail* n° 2/2010, Genève, BIT, 2010; Adelle Blackett, «Introduction: Regulating Decent Work for Domestic Workers» (2011) 23:1 CJWL 1; Martha Alter Chen, «Recognizing Domestic Workers, Regulating Domestic Work: Conceptual, Measurement, and Regulatory Challenges» (2011) 23 CJWL 167; Einat Albin et Virginia Mantouvalou, «The ILO Convention on Domestic Workers: From the Shadows to the Light» (2012) 41:1 Indus LJ 67; Martin Oelz, «La convention et la recommandation de l'OIT sur les travailleurs domestiques: une ouverture pour la justice sociale» (2014) 153:1 *Revue internationale du travail* 159.

21. En octobre 2018, la *Convention* avait été ratifiée par 25 États membres.

Pour tenter de répondre à cette question, la stratégie de négociations en vue de l'adoption de la Convention n° 189 doit être soulignée. À l'instar de la Convention n° 182, la cause des travailleuses domestiques a été conceptualisée sous l'angle des droits de la personne et de la lutte contre une forme contemporaine d'esclavage²². Cette approche a assuré l'universalité de la problématique, la nécessité morale et l'urgence d'agir face aux revendications des travailleuses domestiques. Elle a favorisé, au sein de l'OIT, un consensus autour d'une meilleure protection des droits des travailleuses domestiques et de la promotion de leurs droits fondamentaux au travail²³.

Or, ce consensus, entre les mandants, autour d'une éventuelle convention sur le travail domestique n'était pas gagné d'avance lors des premières discussions entre mandants. À la session de la CIT en 2010, les représentants employeurs avaient reconnu ne pas être familiers avec ce secteur d'emploi et indiqué préférer l'adoption d'une recommandation. L'existence de plusieurs normes applicables d'ores et déjà aux travailleuses domestiques ne justifiait pas, selon eux, l'adoption d'une nouvelle convention.

À l'inverse, les représentants travailleurs considéraient que les normes internationales en vigueur n'apportaient pas une protection suffisante aux travailleuses domestiques. Une convention réparerait cet « oubli historique ». Leur position étant soutenue par une majorité de gouvernements, le Groupe des employeurs s'est rallié à l'ensemble des mandants à l'ouverture de la seconde discussion de la CIT en 2011.

Le processus ayant mené à l'adoption de la Convention n° 189 par la CIT a été caractérisé par la participation de plusieurs associations regroupant des travailleuses domestiques, souvent migrantes et provenant du Sud global²⁴. Cette ouverture de l'OIT aux organisations non gouvernementales (ONG) explique la tactique déployée lors des négociations, consistant à formuler le débat en termes de droits de

22. Virginia Mantouvalou, « Servitude and Forced Labour in the 21st Century: The Human Rights of Domestic Workers » (2006) 35:4 Indus LJ 395.

23. Articles 3 et 4 de la Convention n° 189.

24. Sauf pour les Autochtones lors des négociations entourant la *Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux* de 1989, jamais auparavant dans l'histoire de l'OIT, un processus normatif n'avait suscité un tel intérêt dans la société civile et à l'extérieur des mandants.

la personne et non plus suivant la grille traditionnelle de lutte des classes sociales²⁵.

Cette tactique est la résultante d'un rapport de force amoindri des organisations syndicales au XXI^e siècle et d'une perte globale de pouvoir politique des travailleurs qui se tournent vers une expertise juridique, au lieu d'une mobilisation collective, pour mieux faire entendre leurs revendications. Cette participation des ONG à l'élaboration des normes au sein de l'OIT n'a pas obtenu le soutien de tous, et des représentants employeurs ont évoqué la mutation des discussions tripartites traditionnelles en un processus « quatripartite » incertain.

Le projet d'adoption de la Convention n° 189 soulevait, en outre, un défi de taille, celui de la réglementation internationale du lieu où s'effectue le travail domestique, à savoir le domicile des employeurs. Ces derniers, ainsi qu'une partie des délégués gouvernementaux, se sont opposés, lors des négociations, à la conception selon laquelle la résidence familiale constitue un lieu de travail comme les autres, en affirmant que la vie privée des familles devait être préservée de toute intrusion, notamment celle des inspecteurs du travail²⁶.

La résistance initiale de certains mandants à l'encadrement juridique du travail domestique découle plus fondamentalement d'une « anxiété face à la commodification » des services ménagers et des soins aux personnes vulnérables, exécutés dans la sphère intime des employeurs²⁷. La marchandisation des pratiques de *care* (sollicitude envers autrui) génère de l'inquiétude, car elles sont censées être gratuites lorsqu'elles sont effectuées dans une maison, l'exécution de ces tâches obéissant à des sentiments nobles, désintéressés, comme l'amour et l'affection que portent les femmes aux membres de leur famille. Au final, la marchandisation des services ménagers et des soins à la personne soulève le spectre du démantèlement de l'institution familiale; la sphère privée étant contaminée par des intérêts économiques, elle ne peut plus incarner un lieu de paix, de repos et de tranquillité.

25. Helen Schwenken, « Transnational and Local Organizing Processes for an ILO Convention "Decent Work for Domestic Workers" » dans Ursula Apitzsch et Marianne Schmidbaur, dir, *Care and Migration: The Outsourcing of Human Reproductive Work to the Global Periphery*, Opladen/Farmington Hills, Barbara Budrich Publishers, 2010, 191.

26. L'article 17 de la Convention n° 189 aborde cette question épineuse.

27. Eileen Boris, « Decent Work in the Home: Affect and Rights Talk » (2017) 15:1 Santa Clara J Int'l L 79; Guy Mundlak et Hila Shamir, « Bringing Together or Drifting Apart? Targeting Carework as "Work Like No Other" » (2011) 23:1 CJWL 289.

Les mandants ont néanmoins réussi à s'entendre sur l'adoption d'une nouvelle convention en 2011, car la thématique du travail domestique s'était imposée pour devenir incontournable dans les débats internationaux. Elle exigeait une réponse spécifique de la part de l'OIT. En 2018, la croissance démographique, le vieillissement de la population, les transformations de la famille, le statut subalterne des femmes sur le marché du travail et les lacunes des politiques sociales font d'ailleurs toujours craindre une crise mondiale imminente de l'industrie du *care* si les États membres ne prennent pas des mesures de prévention²⁸.

Le travail domestique incombe encore trop souvent de façon disproportionnée aux femmes et jeunes filles, d'où le titre de la Convention n° 189 qui, pour la première fois de l'histoire de l'OIT, nomme spécifiquement les travailleuses²⁹. L'intérêt de l'OIT envers les femmes s'est accentué au début des années 2000 avec la problématique du travail précaire hautement féminisé. Depuis, cet engagement institutionnel à l'égard de l'autre moitié de la main-d'œuvre mondiale ne s'est pas démenti et dessine les voies de l'action future de l'OIT, si l'on tient compte, en particulier, de l'une des sept initiatives du centenaire portant sur les femmes au travail³⁰.

Pour rompre avec sept années d'accalmie conventionnelle et pour fêter son centenaire, l'OIT se préoccupe de la condition des femmes et ces préoccupations la pousseront vraisemblablement à adopter un nouvel instrument juridique sur la violence et le harcèlement au travail à la CIT de 2019. En 1944, la *Déclaration de Philadelphie* proclamait que « tous les êtres humains, quels que soit leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales »³¹. Plus de 70 ans plus tard, sur

28. OIT, BIT, *Prendre soin d'autrui : un travail et des emplois pour l'avenir du travail décent*, Rapport du Département des conditions de travail et de l'égalité, Genève, 2018.

29. Jusqu'alors, seules les conventions sur la maternité et celles interdisant le travail de nuit ou celui exécuté dans les mines visaient spécifiquement les femmes.

30. L'initiative du centenaire vise à examiner la condition des femmes dans le monde du travail et incite les employeurs et les gouvernements à prendre des mesures concrètes afin de réaliser l'égalité des chances et de traitement. Quatre grands domaines ont été retenus : 1) la discrimination et les stéréotypes qui font obstacle à l'accès au travail; 2) les bas salaires et l'inégalité des rémunérations; 3) le manque de reconnaissance, la répartition inégale et la sous-évaluation des prestations de soins; et 4) la violence et le harcèlement au travail.

31. *Déclaration de Philadelphie*, *supra* note 8, art II(a).

la base de cette affirmation, la problématique de la violence et du harcèlement au travail a été inscrite au programme des discussions de la CIT de 2018³².

Cette volonté d'entamer un cycle de négociations sur des normes internationales en la matière atteste la pertinence contemporaine de l'action de l'OIT, qui s'est saisie d'un débat planétaire brûlant d'actualité à la suite de l'affaire Harvey Weinstein et de la campagne #MeToo de dénonciations des violences sexuelles à l'automne 2017. Comme le spécifiait le directeur général de l'OIT, Guy Ryder, l'initiative d'une action de l'Organisation remonte avant l'éclatement du scandale dans l'industrie cinématographique hollywoodienne. Le conseil d'administration (ci-après CA) avait lancé le processus en 2015 et une réunion tripartite s'était tenue en 2016 dont le rapport a permis d'éclairer la première discussion de la CIT en juin 2018. La décision d'entamer des négociations sur l'adoption d'un instrument normatif a toutefois été accélérée par l'opinion publique mondiale sur la problématique de la violence dans de nombreux espaces de travail, et les États membres seront sûrement soumis à de fortes pressions pour ratifier la future convention.

Jusqu'à présent, il n'existait pas de définition internationalement reconnue de la violence et du harcèlement au travail. Aucun traité onusien protégeant les droits de la personne et interdisant la violence faite aux femmes en particulier, notamment le harcèlement sexuel, n'a été adopté³³. La question demeure, par conséquent, mal comprise en droit

32. À sa 107^e session, la CIT a adopté une résolution le 8 juin 2018 : « Résolution concernant l'inscription à l'ordre du jour de la prochaine session ordinaire de la Conférence d'une question intitulée "La violence et le harcèlement dans le monde du travail" pour une deuxième discussion en vue de l'adoption d'une convention complétée par une recommandation ». Voir aussi *Mettre fin à la violence et au harcèlement contre les femmes et les hommes dans le monde du travail*, Rapport V(1) soumis aux fins de discussion à la CIT, 107^e sess, Genève, BIT, 2018.

33. Seule la *Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (CEDEF) de 1979 aborde implicitement la violence faite aux femmes. Il faut s'en remettre au Comité de la CEDEF, qui a interprété cette violence comme une discrimination basée sur le sexe et adopté la *Recommandation générale n° 19 sur la violence contre les femmes* en 1992 définissant le harcèlement sexuel et appelant les États à prendre des mesures pour protéger les femmes contre ce phénomène. Dans la foulée des travaux du Comité de la CEDEF, l'Assemblée générale des Nations Unies a aussi adopté la *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes* en 1993, catégorisant à l'article 2(b) le harcèlement sexuel et l'intimidation au travail comme une forme de violence à l'égard des femmes. Enfin, soulignons l'adoption par le Comité de la CEDEF en 2017 de la *Recommandation générale n° 35 sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, mettant à jour la Recommandation générale n° 19 sur la violence à l'égard des femmes*.

international. À cet égard, dans un contexte mondial hautement favorable à une telle initiative normative, l'OIT fera œuvre utile³⁴.

Si le harcèlement sexuel ne fait encore l'objet d'aucune convention internationale particulière, certaines normes de l'OIT assimilent déjà le phénomène à une forme de discrimination basée sur le sexe, interdite par la *Convention (no 111) sur la discrimination (emploi et profession)* de 1958. La *Convention (no 169) relative aux peuples indigènes et tribaux* de 1989, à son article 3, et la *Convention (no 189) sur les travailleuses et travailleurs domestiques* de 2011, à son article 5, sont les seules NIT à interdire explicitement la violence ou le harcèlement au travail.

L'un des sujets de discussion à l'OIT sera la portée du futur instrument juridique. Le monde du travail s'étend-il au-delà du lieu du travail physique? En effet, plusieurs gouvernements estiment nécessaire de traiter de formes plus spécifiques de violence fondée sur le genre, telles que le harcèlement sexuel, dans la mesure où elles se manifestent dans le monde du travail ou ont une incidence sur celui-ci, ce à quoi des organisations d'employeurs et certains gouvernements sont réfractaires, estimant être dépossédés des moyens d'empêcher la violence dans des circonstances échappant à leur contrôle direct. La majorité des gouvernements et des organisations de travailleurs étaient aussi d'avis que les instruments proposés devraient faire référence à la violence familiale, car elle entraîne des effets sur le monde du travail.

Si la définition du lieu de travail suscite des préoccupations chez plusieurs employeurs et risque d'être âprement débattue lors des prochaines discussions tripartites, l'adoption de la Convention n° 189 a déjà tracé un chemin quant à la réglementation du lieu de travail situé au cœur de la sphère privée. De surcroît, à l'instar des conventions adoptées par l'OIT dans les dernières années, la violence et le harcèlement au travail relèvent d'une thématique susceptible plus qu'aucune autre d'établir un consensus, à savoir les droits fondamentaux des personnes.

34. Dès 1985, la CIT avait reconnu que le harcèlement sexuel sur le lieu de travail nuit au bien-être et au rendement des travailleurs, ainsi qu'à leurs perspectives d'emploi et d'avancement. Le coût est un stress accru, la perte de motivation et un risque majoré d'accidents du travail. La violence au travail entraîne aussi un coût pour les employeurs en générant de l'absentéisme, une rotation rapide du personnel et une baisse de productivité. L'OIT considère le harcèlement sexuel comme une violation des droits fondamentaux des travailleurs, en le qualifiant de problème de santé et de sécurité au travail, de discrimination et de formes de violence majoritairement dirigée contre les femmes.

2. Nouvelles techniques de régulation

Hormis ces quelques succès, relativement aux taux de ratifications décevants, constatés dans les 30 dernières années, la CIT a rompu avec la pratique reposant sur la stratégie normative du Groupe des travailleurs, qui consistait à adopter une convention par année³⁵. L'OIT privilégie dorénavant les techniques souples de régulation sociale. La question se pose : la prédilection pour les clauses de flexibilité insérées dans les conventions et pour l'adoption de recommandations et de déclarations relève-elle d'une stratégie normative délibérée pour l'avenir de l'OIT, dans le cadre de la gouvernance mondiale?

Les techniques souples de régulation sociale ne sont pas une création récente. Quand bien même l'OIT reflétait une certaine homogénéité dans la composition de ses États membres à l'origine, des clauses de flexibilité dans l'élaboration des normes seront reconnues dans la Constitution. Ainsi, les fondateurs de l'OIT ont-ils préconisé deux approches de régulation sociale du travail au lieu d'une seule, reconnaissant les avantages de la *hard law* comme de la *soft law* en tant que techniques juridiques susceptibles d'universaliser les normes internationales du travail³⁶.

La flexibilité peut relever de dispositions souples insérées dans un instrument conventionnel. L'article 19(3) de la *Constitution de 1919* prévoit la possibilité pour la CIT d'introduire de telles clauses lors de la rédaction des instruments afin d'accommoder les réalités des différents États membres et d'assurer leur universalité³⁷.

35. En 1997–1998, les négociations en vue d'adopter une convention sur le travail contractuel, en vertu duquel les travailleurs sont dans un lien de dépendance avec un employeur, sans être qualifiés pour autant de salariés, ont sonné le glas de cette pratique normative. Le Groupe des employeurs n'a pas soutenu le projet de convention, arguant d'une absence de flexibilité propre aux impératifs du marché. Les mandants ont finalement réussi à s'entendre sur ce thème lors de l'adoption, en 2016, de la *Recommandation (n° 198) sur la relation de travail*, malgré l'opposition des employeurs. Ce précédent a néanmoins laissé des traces au sein de l'OIT et est souvent brandi comme une menace pour forcer les négociations sur les normes.

36. Isabelle Duplessis, « Soft International Labour Law: The Preferred Method of Regulation in a Decentralized Society » dans Jean-Claude Javillier, dir, *Governance, International Law & Corporate Social Responsibility*, Genève, International Institute for Labour Studies of the ILO, 2008, 7.

37. L'article 19(3) de la Constitution prévoit qu'en :

formant une convention ou une recommandation d'une application générale, la Conférence devra avoir égard aux pays dans lesquels le climat, le développement incomplet de l'organisation industrielle ou d'autres circonstances particulières rendent les conditions de l'industrie essentiellement différentes, et elle aura à suggérer telles modifications qu'elle considérerait comme pouvant être nécessaires pour répondre aux conditions propres à ces pays.

L'article 19(1) de la *Constitution de l'OIT* accorde à la CIT la possibilité d'adopter des conventions ou des recommandations. La flexibilité relève, dans ce cas, de l'instrument choisi pour traiter d'une problématique liée au travail. Les conventions sont considérées comme de la *hard law*, car leur ratification ouvre la voie à un examen régulier de leur application par les mécanismes de contrôle de l'OIT. La CIT peut préférer le recours à la *soft law*, aux recommandations qui, elles, s'apparentent à des « mesures expérimentales » pour les États membres, en leur proposant des principes directeurs pour l'élaboration de politiques nationales dans un domaine où les faits économiques et sociaux ne se laissent pas capturer aisément à l'intérieur d'une signification juridique prédéterminée.

À la veille de son centenaire, l'OIT a adopté le nombre considérable de 205 recommandations et cet attrait pour les instruments souples de régulation, au lieu et à la place des conventions, ne risque pas de disparaître à l'avenir. Pourtant, les recommandations n'ont pas été conçues initialement comme des instruments de second rang par rapport aux conventions et rien ne laissait présager la pratique subséquente de l'OIT, consistant à hiérarchiser les deux instruments prévus dans le traité constitutif et à présenter les recommandations comme des appendices des conventions³⁸.

Depuis plus de 20 ans, force est de constater que la question du recours aux recommandations « autonomes » (non attachées à une convention) revient constamment dans les discussions des mandants de l'Organisation³⁹. Dès 1994, les commentaires de Michel Hansenne, directeur général de l'OIT de 1989 à 1999, avaient suscité des réactions variées, l'intérêt d'un recours accru aux recommandations autonomes étant surtout souligné par les membres employeurs.

À cette époque déjà, l'ensemble du Groupe des travailleurs avait exprimé un scepticisme certain, non du fait du manque de valeur

Sur les clauses de flexibilité, voir George P Politakis, « Deconstructing Flexibility in International Labour Conventions » dans Javillier et Gernigon, *supra* note 19, 463.

38. George P Politakis et Kroum Markov, « Les recommandations internationales du travail : instruments mal exploités ou maillon faible du système normatif ? » dans Javillier et Gernigon, *supra* note 19, 497.

39. La dernière recommandation autonome adoptée par la CIT est la *Recommandation (n° 205) sur l'emploi et le travail décent pour la paix et la résilience*, en 2017. La précédente, la *Recommandation (n° 204) sur la transition de l'économie informelle vers l'économie formelle* de 2015, était, par ailleurs, une idée lancée par le Groupe des employeurs au CA en 2012 : Claire La Hovary, « The Informal Economy and the ILO: A Legal Perspective » (2014) 30:4 *Int'l J Comp Lab L & Ind Rel* 391.

intrinsèque des recommandations, mais en raison de l'attitude observée à leur égard par les gouvernements et les organisations d'employeurs sur le plan national, lesquels leur attachent peu d'importance, car elles sont dépourvues d'obligations juridiques et ne sont soumises à aucun mécanisme régulier de contrôle⁴⁰.

Depuis la fin de la guerre froide, l'ascendance de la *soft law* et des techniques souples de régulation au sein de l'OIT se manifeste par un engouement pour les déclarations. Dans un intervalle de 20 ans, et bien que les déclarations soient plutôt rares parce qu'elles relèvent généralement d'une situation exceptionnelle, la CIT a adopté deux déclarations comme réponse aux défis de la mondialisation et des mutations dans le monde du travail⁴¹.

La *Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail* de 1998 (ci-après *Déclaration de 1998*) a été adoptée dans le contexte des débats sur les conséquences de la libéralisation des échanges économiques et de l'instauration d'une clause sociale dans le cadre des relations commerciales internationales⁴². Elle souligne l'obligation, pour l'ensemble des États membres de l'Organisation et du seul fait de leur appartenance à celle-ci, de respecter, promouvoir et réaliser

40. Certes, la prédilection pour les recommandations au lieu des conventions permet d'éviter l'ouverture des mécanismes de contrôle régulier de l'OIT, mais elle n'élimine pas complètement l'encadrement des normes insérées dans des recommandations puisqu'elles peuvent faire l'objet d'un examen ponctuel par le système de contrôle de l'OIT en vertu de l'article 19(6)d) de la Constitution.

41. Un survol des déclarations adoptées par l'OIT depuis sa création marque la différence avec le recours à ce type d'instruments souples de régulation après la guerre froide : 1) la *Déclaration de Philadelphie*, *supra* note 8; 2) la *Déclaration concernant la politique d'apartheid de la République sud-africaine*, 1964, CIT; 3) la *Déclaration sur l'égalité des chances et de traitement pour les travailleuses*, 1975, CIT, à l'occasion de l'Année internationale de la femme, consacrée par les Nations Unies; 4) la *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale* de 1977, adoptée à la 204^e sess du CA et amendée à sa 279^e sess en 2000. Certains gouvernements, comme le Mexique, le Venezuela, l'URSS et la Hongrie avaient demandé, à l'époque, que cette déclaration soit soumise à la CIT à des fins d'adoption, mais la proposition n'a pas été mise aux voix. Étant donné l'impossibilité d'obtenir le nombre requis de votes à la CIT, les employeurs et les travailleurs se sont tournés vers une adoption par le CA.

42. Malgré l'absence de certains États membres à la CIT, qui mettait en danger la tenue du vote, faute de quorum, la *Déclaration de 1998* a été adoptée finalement sans aucun vote négatif, mais avec 19 abstentions de la part des délégations gouvernementales des pays suivants : Bahreïn, Égypte, Indonésie, Koweït, Liban, Malaisie, Mauritanie, Mexique, Myanmar, Oman, Pakistan, Pérou, Qatar, Arabie saoudite, Singapour, Soudan, Syrie, Émirats arabes unis et Vietnam. Plusieurs textes ont été écrits sur la *Déclaration de 1998*. Voir, entre autres, Steve Charnovitz, « The International Labour Organization in Its Second Century » (2000) 4 Max Planck Yearbook of United Nations Law 147; Isabelle Duplessis, « La Déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail : une nouvelle forme de régulation efficace? » (2004) 59:1 RI/IR 52.

les principes concernant les droits fondamentaux des travailleurs, quand bien même ces États n'auraient pas ratifié, au préalable, les conventions fondamentales y référant. Malgré un succès populaire indéniable de la Déclaration de 1998 en dehors de l'OIT, auprès d'une diversité d'acteurs nationaux et internationaux, les critiques ont été nombreuses lors de son adoption, certaines déplorant le rétrécissement du corpus normatif élaboré par l'OIT depuis 1919 au profit d'une poignée de principes et de droits fondamentaux au travail⁴³.

La *Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable* de 2008 (ci-après *Déclaration de 2008*) a eu beaucoup moins de répercussions à l'extérieur de l'OIT que la précédente. Le moment n'était peut-être pas opportun pour un tel instrument, son adoption coïncidant avec une crise économique et financière d'envergure. Les négociations entourant le titre de la Déclaration de 2008 sont aussi éclairantes puisque le concept de travail décent n'y est pas mentionné, alors qu'elle prétend en être la plateforme juridique. Or, un titre doit idéalement capturer la substance d'un texte⁴⁴. Cette exclusion a reflété principalement la position des employeurs⁴⁵ pour qui le concept du travail décent doit être déterminé à l'échelon national et non sur le plan international, où il n'en existe aucune définition claire. Leur perspective, partagée par plusieurs délégations gouvernementales, est qu'il revient à chaque État membre d'explicitier le contenu du travail décent en fonction des circonstances et des besoins nationaux⁴⁶, mais une telle latitude laissée aux États membres correspond-elle encore à une obligation juridique, aussi souple soit-elle?

43. La critique la plus sérieuse a été formulée par Philip Alston et James Heenan, «Shrinking the International Labor Code: An Unintended Consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work?» (2003–2004) 36 NYUJ Int'l L & Pol 221; Philip Alston, «“Core Labour Standards” and the Transformation of the International Labour Rights Regime» (2004) 15:3 EJIL 457.

44. Isabelle Duplessis et Renée-Claude Drouin, «La régulation internationale du travail de 1998 à 2008 : un eldorado normatif ou un désert interprétatif?» (2009) 14:2 Lex Electronica 1.

45. Dans leur refus d'inclure le concept de travail décent dans le titre de la Déclaration de 2008, le Groupe des employeurs était appuyé par certains pays asiatiques pour lesquels le concept de travail décent s'avérerait intraduisible en langue chinoise ou japonaise : Francis Maupain, «New Foundation or New Façade? The ILO and the 2008 Declaration on Social Justice for a Fair Globalisation» (2009) 20:3 EJIL 823 [Maupain, «New Foundation»].

46. Lucio Baccaro et Valentina Mele, «Pathology of Path Dependency? The ILO and the Challenge of New Governance» (2012) 65:2 Indus & Lab Rel Rev 195 : la Déclaration de 2008 demande aux États membres de mettre au point des indicateurs statistiques pour mesurer la progression du travail décent sur le plan national. Cette disposition aurait permis des comparaisons entre les différents États membres, mais elle est restée lettre morte.

Alors que des discussions ont eu lieu sur l'opportunité d'adopter une autre déclaration soulignant, cette fois-ci, le centenaire de l'Organisation en 2019, que faut-il conclure de cette stratégie normative qui s'est intensifiée depuis la fin de la guerre froide, consistant à privilégier la *soft law*? Le recours à un tel type d'instrument se révélera-t-il le bon choix pour l'Organisation afin de poursuivre ses objectifs de promotion de la justice sociale au XXI^e siècle?

Les déclarations constituent généralement des documents juridiques solennels, intemporels, porteurs d'aspirations et d'un grand poids moral. Le centenaire de l'OIT semble donc un moment opportun pour adopter un tel instrument juridique. Néanmoins, les déclarations doivent aussi être ancrées dans des objectifs clairs qui engagent durablement l'Organisation tout entière. Si elles n'imposent pas, en elles-mêmes, d'obligations juridiques contraignantes aux États membres, elles constituent idéalement un guide précieux dans l'élaboration de leurs politiques nationales. La rédaction d'une déclaration pour le centenaire ne sera pas dépourvue d'embûches, mais il s'agit peut-être du prix à payer par les mandants s'ils veulent dynamiser l'OIT et renforcer l'application des normes dans l'avenir.

3. Des normes pertinentes et à jour

En raison d'un corpus normatif considérable (près de 400 instruments en incluant les protocoles), parmi lequel bon nombre d'instruments peuvent être considérés comme obsolètes relativement aux besoins et réalités du monde du travail actuel, le CA du BIT a donné son accord à la création d'un mécanisme d'examen des normes (MEN) en 2011, qui est devenu opérationnel en 2015. L'établissement du MEN est une des initiatives du centenaire, visant à améliorer la pertinence des normes et à renforcer le consensus tripartite autour d'un système de contrôle faisant autorité.

Dans le cadre du MEN, un groupe de travail a pour mandat d'examiner les normes internationales du travail en vue de faire des recommandations sur leur statut, y compris les normes à jour, les normes devant être révisées et les normes dépassées, mais, également, de recenser des lacunes dans la couverture des normes actuelles et de jouer un rôle dynamique pour répertorier les thèmes qui pourraient faire l'objet de nouvelles normes.

Le groupe a tenu ses deux premières séances de travail en février et octobre 2016⁴⁷. Il a alors pris bonne note de l'entrée en vigueur de l'*Instrument pour l'amendement de la Constitution de l'OIT* de 1997 (ci-après *Instrument d'amendement de 1997* — instrument qui a mis, incidemment, près de 20 ans avant d'atteindre le taux de ratification nécessaire pour son entrée en vigueur!) permettant l'abrogation de conventions⁴⁸.

À la suite de l'entrée en vigueur, en 2015, de l'*Instrument d'amendement*, la CIT est désormais habilitée, à la majorité des deux tiers, à abroger une convention en vigueur « s'il apparaît que celle-ci a perdu son objet ou n'apporte plus de contribution utile à l'accomplissement des objectifs de l'Organisation ». L'abrogation prive définitivement de tout effet juridique une convention jusque-là en vigueur entre l'OIT et les membres, parties à celle-ci, et sera supprimée du corpus juridique des normes de l'OIT. Par conséquent, il ne sera plus demandé aux membres de présenter des rapports périodiques en vertu de l'article 22 de la Constitution de l'OIT, dans le cadre du mécanisme de contrôle conventionnel, et les conventions ne pourront plus faire l'objet des procédures de réclamation et de plainte⁴⁹.

Par ailleurs, les décisions du groupe de travail du MEN devant être prises par consensus, les travailleurs et les employeurs avaient fait part de certaines divergences au début du processus en ce qui concerne

47. Voir le document du CA du BIT, 328^e sess, octobre–novembre 2016, GB.328/INS/6; voir en ligne: <www.ilo.org/gb/GBSessions/GB328>.

48. OIT, CIT, *Instrument pour l'amendement de la Constitution de l'OIT*, 85^e sess, Genève, 19 juin 1997. Afin qu'il entre en vigueur conformément à l'article 36 de la Constitution de l'OIT, il devait être ratifié par les deux tiers des États membres, c'est-à-dire 122 sur 183 États, y compris 5 des 10 membres ayant l'importance industrielle la plus considérable. L'instrument a été victime du phénomène d'inertie étatique à l'égard de la procédure de ratification des traités, phénomène par ailleurs usuel en droit international des traités, selon lequel la ratification exige une action précise de la part de l'État. Pourtant, l'*Instrument d'amendement de 1997* poursuivait un objectif légitime et non controversé au sein de l'OIT, à savoir la rationalisation de l'ensemble des NIT. De plus, il n'ajoutait en rien aux obligations étatiques. Sur les difficultés juridiques liées à l'amendement des traités et pour contrer l'inertie étatique à l'égard du processus de ratification, l'expérience de l'Organisation maritime internationale est riche d'enseignement et s'appuie sur la notion de consentement tacite des États à l'égard de la procédure d'amendement. Les amendements aux dispositions techniques entrent en vigueur automatiquement à une date convenue par les États parties sauf pour les pays ayant exprimé leur dissidence. L'inertie étatique à l'égard de la ratification joue ainsi en faveur de l'entrée en vigueur de l'instrument conventionnel et non à son détriment: Michael Bowman, « Towards a Unified Treaty Body for Monitoring Compliance with UN Human Rights Conventions? Legal Mechanisms for Treaty Reform » (2007) 7:1 Human Rights L Rev 225.

49. Articles 24 et 26 de la *Constitution de l'OIT*.

différentes options de classification des normes, depuis lors aplanies. Mais l'examen des instruments normatifs se compliquera sans doute lorsque le MEN s'attaquera à des instruments au statut plus controversé, telle la *Convention (no 158) sur le licenciement* de 1982. Si ce travail de nettoyage normatif⁵⁰ est sûrement utile pour obtenir un corpus à jour, répondant aux attentes du monde du travail du XXI^e siècle, la dynamique positive de cette initiative tripartite ne doit toutefois pas servir d'écran pour masquer les divergences persistantes sur les questions de fond à l'origine de la crise institutionnelle de 2012, sur laquelle nous reviendrons ci-dessous.

La guerre froide terminée et l'expérience de la mondialisation ressentie durement, l'OIT a donc privilégié la *soft law* en tant que mode contemporain de régulation du travail, que celle-ci se présente sous la forme de clauses flexibles dans une convention ou par l'adoption d'instruments souples, comme les recommandations et les déclarations. Ce recours n'est pas nouveau, deux techniques de gouvernance ayant, en effet, été prévues dès la fondation de l'Organisation. Cependant, le changement de la position des employeurs relativement aux normes telles qu'interprétées par les mécanismes de contrôle depuis la décennie de 1990 et leur préoccupation à l'égard de l'utilisation de ces normes par des acteurs internationaux et transnationaux hors de l'OIT peuvent être la prémisse d'une période plus incertaine quant à l'application des normes internationales du travail à l'échelle mondiale.

B. Des défis sans précédent pour le système de contrôle

Devant l'effritement du volontarisme étatique, il semble bien que l'époque de l'accumulation régulière des ratifications soit révolue. Comme le suggèrent les chiffres ci-dessus, la réceptivité à la ratification est en déclin pour des raisons qui semblent relever non seulement de l'idéologie ou du nombre limité de sujets fédérateurs proposés en vue de l'adoption de nouvelles normes, mais encore davantage à cause de

50. Ce nettoyage a déjà bien débuté à la CIT de juin 2018, avec l'abrogation de six conventions — *Convention (n° 21) sur l'inspection des émigrants* de 1926, *Convention (n° 50) sur le recrutement des travailleurs indigènes* de 1936, *Convention (n° 64) sur les contrats de travail (travailleurs indigènes)* de 1939, *Convention (n° 65) sur les sanctions pénales (travailleurs indigènes)* de 1939, *Convention (n° 86) sur les contrats de travail (travailleurs indigènes)* de 1947 et *Convention (n° 104) sur l'abolition des sanctions pénales (travailleurs indigènes)* de 1955 — et le retrait de trois recommandations — *Recommandation (n° 7) sur la durée du travail (pêche)* de 1920, *Recommandation (n° 61) sur les travailleurs migrants* de 1939 et *Recommandation (n° 61) sur les travailleurs migrants (collaboration entre États)* de 1939.

considérations pratiques liées aux limites de la capacité d'absorption des gouvernements, tant des pays en développement que des pays développés. Ils sont, en effet, de plus en plus réticents à assumer la charge de travail liée au système de contrôle qui consiste, pour l'essentiel, à l'envoi de rapports étatiques périodiques.

Les bases du système de contrôle élaboré par l'OIT ont été jetées dans le traité constitutif de 1919, pour être ensuite, au cours des décennies, complétées et diversifiées. Le but du système de contrôle est de s'assurer que l'État s'acquitte correctement d'obligations qui ne lui ont pas été imposées unilatéralement, mais qu'il a acceptées parce qu'elles correspondent à des objectifs qu'il souhaite atteindre et qui l'ont conduit à devenir membre de l'Organisation. Idéalement, l'État devrait se montrer cohérent quant aux engagements qu'il a pris et être conscient et même convaincu d'y trouver son compte.

Si l'essence même de tout contrôle international est constituée par la réunion de renseignements sur les mesures prises par les gouvernements en exécution de leurs obligations, c'est l'article 22 de la *Constitution de l'OIT* de 1919 qui a établi l'obligation pour ces derniers de fournir des rapports périodiques sur l'application des conventions ratifiées. Dès 1926, le besoin s'est fait sentir d'organiser l'examen de ces rapports et l'OIT a dû trouver un moyen d'évaluer l'application des normes du travail par les États membres de l'Organisation de l'époque.

Ainsi, lors de sa huitième session, la CIT a adopté une résolution prévoyant la création d'une commission chargée de procéder à l'examen des rapports soumis, marquant ainsi la naissance d'un organe appelé à devenir l'un des plus importants et influents de l'OIT : la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (ci-après CEACR). Cette commission, composée d'éminents juristes provenant de différentes régions géographiques, représentant plusieurs systèmes juridiques et émanant de cultures diverses, fut mise sur pied afin de garantir une évaluation à la fois impartiale et technique du degré d'application des normes internationales du travail. Elle est devenue, au fil du temps, l'organe privilégié du contrôle régulier de l'application des normes, ses travaux constituant la pierre angulaire du système de contrôle de l'OIT.

La même année, en 1926, la création d'un deuxième organe de contrôle régulier, la Commission tripartite de l'application des normes de la Conférence (ci-après CAS) avait également pour but de résoudre le problème de l'accroissement de la charge de travail de la CIT, en

raison de l'augmentation du nombre de résumés des rapports des gouvernements préparés et présentés par le directeur général de l'Organisation.

À la CEACR, une commission technique indépendante, composée de spécialistes de droit du travail, fut donné le mandat d'examiner les rapports transmis par les gouvernements afin d'en préparer des résumés et de formuler des observations et des demandes d'information complémentaire sur certains points particuliers. À la CAS, une commission tripartite de caractère politique et « quasi parlementaire », constituée spécialement chaque année pour la durée de la CIT, fut confiée la mission d'examiner le rapport de la première afin d'engager un dialogue avec les gouvernements intéressés en vue de résoudre les difficultés auxquelles ils pouvaient se heurter dans l'application des conventions et de présenter elle-même un rapport à la CIT. Les sessions de la CEACR sont privées et ne réunissent que les seuls experts, alors que celles de la CAS sont publiques.

Dès l'origine, les deux organes du système de contrôle de l'OIT furent donc conçus comme des institutions complémentaires : la CEACR ayant effectué en amont le travail technique consistant à analyser la législation et la pratique nationales et à suggérer aux États membres l'adoption de mesures pour corriger les divergences qui avaient pu être constatées, la CAS devait, sur la base de ces travaux, recueillir les renseignements additionnels éventuellement fournis par les gouvernements et, par le dialogue, les encourager à prendre des mesures dans le sens suggéré par les experts⁵¹.

Plutôt qu'une relation hiérarchique, selon laquelle la CAS chapeauterait la CEACR, le procès-verbal du CA de 1926 révèle que ce dernier envisageait plutôt ces deux organes sans relation établie, aux mandats distincts. Cette configuration soulevait l'éventualité qu'ils aient une appréciation divergente du dossier d'un gouvernement et que ces deux points de vue différents soient soumis à la CIT. Si cette hypothèse peut sembler étrange, voire perturbante, aux personnes coutumières d'un système judiciaire pyramidal comportant plusieurs niveaux de

51. Plusieurs ouvrages fournissent une description assez précise du travail de ces deux organes de contrôle. Voir, notamment, OIT, BIT, *La Commission de l'application des normes de la Conférence internationale du travail. Dynamique et impact : des décennies de dialogue et de persuasion*, Genève, 2011; OIT, BIT, Éric Gravel et Chloé Charbonneau-Jobin, *La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations : dynamique et impact*, Genève, 2003; OIT, BIT, *Les règles du jeu : une brève introduction aux normes internationales du travail*, 3^e éd, Genève, 2014.

recours, elle ne pose pas de problème insurmontable au sein de l'OIT dont les mécanismes de contrôle ne sont pas l'équivalent d'un appareil judiciaire. La CIT s'apparente plus à un forum politique délibérant qui, en 1926, a conçu un dispositif lui permettant de prendre en compte les contributions provenant de plusieurs sources, l'une reflétant la nature tripartite et politique de l'Organisation, l'autre, son aspect formel et juridique.

Par ailleurs, le texte de la Constitution de l'OIT ne donne qu'une idée très partielle de la réalité des mécanismes de contrôle. Une pratique constitutionnelle très riche s'est, en effet, développée pour faire face aux besoins de la mise en œuvre des normes de l'OIT dans un contexte en constante évolution. Pourtant, le système est confronté aujourd'hui à une énorme pression et doit relever des défis inédits. Il s'agit d'abord de difficultés d'ordre quantitatif qui, d'une certaine façon, sont la rançon du succès. Ces difficultés placent le système ou, du moins, certains de ses éléments les plus essentiels dans une situation particulièrement préoccupante⁵².

Le premier défi posé au système de contrôle, qui concerne les mandants, les organes de contrôle et le BIT, est une charge de travail en augmentation constante. Dans le cas particulier de la CEACR, faut-il rappeler qu'en 1927, à sa première session, la commission avait examiné 180 rapports provenant de 26 États membres. À cette date, la CIT avait adopté 23 conventions et 28 recommandations, et le nombre de ratifications s'élevait à 229. En 2018, en comparaison, avec 187 États membres et 8 123 ratifications enregistrées, c'est près de 2 600 rapports qui ont été demandés et un peu plus de 2 000 reçus (environ 65 %)⁵³. Comment remplir cette charge de travail décuplée tout en préservant l'efficacité du système de contrôle, alors que les capacités du BIT et des organes de contrôle et, en particulier, celles de la CEACR, n'ont pas suivi une progression parallèle? Dans le contexte actuel, il semble vain d'espérer une amélioration significative de ces capacités.

Une des premières mesures prises pour alléger la charge de travail et qui constitue l'un des rares changements de pratique sur lequel il a été possible de se mettre d'accord depuis la fin de la guerre froide a

52. William R Simpson, dir, «Standard-Setting and Supervision: A System in Difficulty» dans Javillier et Gernigon, *supra* note 19, 47.

53. Chiffres fournis par la Chancellerie du Département des normes internationales du travail du BIT.

été l'espacement des rapports exigés des gouvernements en vertu de l'article 22 de la Constitution. Au début, les rapports devaient être soumis chaque année. Toutefois, dès les années 50, sous l'effet, notamment, d'une augmentation des ratifications, le CA du BIT a progressivement espacé l'envoi des rapports. La difficulté pratique, pour les États membres comme pour l'OIT, d'assumer ce fardeau a conduit à une périodicité de plus en plus longue selon les conventions.

Aujourd'hui, des rapports sont demandés tous les trois ans en ce qui a trait aux conventions fondamentales⁵⁴ et celles relatives à la gouvernance (prioritaires)⁵⁵, et tous les six ans pour les conventions dites techniques, mais ces aménagements peuvent difficilement être poussés plus loin sans compromettre la crédibilité d'ensemble du système ainsi que la qualité du service fourni. En effet, les allégements qui ont été aménagés concernant la périodicité ont permis de sauvegarder le système sans s'interroger sur son bien-fondé ni sur la possibilité d'employer autrement les ressources importantes que l'Organisation y consacre⁵⁶.

En outre, il faut tenir compte du fait que la lourdeur et la complexité de la tâche relative à la soumission des rapports périodiques conduisent, dans certains cas, les autorités compétentes des États membres concernés à envoyer des rapports incomplets ou de qualité insuffisante. À cet égard, il est intéressant de noter qu'au début des années 80, environ 90 % des rapports requis des gouvernements en vertu de l'article 22 de la Constitution étaient effectivement reçus. Aujourd'hui, la CEACR ne reçoit que de 60 à 70 % de ces rapports. De ce pourcentage, et malgré des efforts récents notables, elle n'arrive à traiter qu'environ 60 % des rapports reçus et doit différer le reste à l'année suivante pour des raisons aussi diverses que l'envoi tardif des

54. Convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930 et Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957; Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948; Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949; Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951; Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958; Convention (n° 138) sur l'âge minimum, 1973; Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 1999.

55. Convention (n° 81) sur l'inspection du travail, 1947; Convention (n° 122) sur la politique de l'emploi, 1964; Convention (n° 129) sur l'inspection du travail (agriculture), 1969; Convention (n° 144) sur les consultations tripartites relatives aux normes internationales du travail, 1976.

56. Voir, à cet égard, les critiques émises il y a déjà plus d'une décennie par Supiot, *supra* note 16; voir également les propos de Creighton: « *the traditional system is in a state of crisis of such magnitude as to raise serious questions about its future role and relevance* », *supra* note 18 à la p 253.

rapports par les gouvernements, la nécessité de traduire certaines communications et législations qui sont envoyées en langue originale, la réception de renseignements incomplets ou une surcharge de travail. Il est également important de souligner que près de 70 % des rapports effectivement reçus par le BIT chaque année arrivent tardivement, bien au-delà du délai fixé aux gouvernements pour l'envoi de leurs rapports annuels, ce qui complique considérablement la tâche de la CEACR. À la lumière de l'augmentation constante du nombre de ratifications et de rapports requis, la CEACR, qui se veut la base du système de contrôle de l'OIT, risque de ne plus être à même d'absorber et de traiter la majorité des rapports qu'elle devrait examiner d'ici quelques années⁵⁷.

En conséquence, à moins d'une augmentation substantielle des capacités de la CEACR et de son secrétariat, ce qui est fort peu probable dans une période où l'Organisation est appelée à rationaliser toujours davantage ses ressources humaines et financières, ou d'une révision complète de ses méthodes de travail, y compris la façon même d'aborder les rapports des gouvernements en vertu de l'article 22 de la Constitution, le formalisme du système de contrôle risque de ne pouvoir assurer sa pérennité.

D'ailleurs, l'augmentation des ressources pour gérer la masse croissante de rapports ne représente qu'un aspect du problème. Il existe d'autres contraintes qui tiennent aux limites de la capacité et du temps disponible des organes compétents, CAS ou CEACR, et que davantage de ressources ne permettraient pas de surmonter. Ainsi, l'augmentation des ressources ne saurait permettre de faire l'économie d'une réflexion et d'une rationalisation d'ensemble. En outre, comme l'avait déjà souligné un ancien conseiller juridique de l'Organisation il y a quelques années, la disproportion manifeste entre la masse des rapports que la CEACR doit traiter et le temps très limité dont elle dispose démasque forcément le rôle majeur que joue en amont le BIT. De manière générale, la CEACR aurait sans doute tout à gagner à s'affranchir des questions de détails sur lesquelles portent souvent certains

57. Voir Éric Gravel, « Appropriation des normes internationales du travail par de nouveaux acteurs et action normative traditionnelle de l'OIT : substitution ou complémentarité? » dans Jean-Claude Javillier, dir, *Gouvernance, droit international et responsabilité sociale des entreprises*, Genève, BIT, 2008; Éric Gravel, « Les mécanismes de contrôle de l'OIT : bilan de leur efficacité et perspective d'avenir » dans Javillier et Gernigon, *supra* note 19, 3.

de ses commentaires pour se concentrer utilement sur les questions juridiques qu'elle seule a la compétence technique de régler⁵⁸.

En ce qui concerne les autres rouages et organes du système de contrôle, les chiffres et tendances actuels peuvent mener à une analyse et à des conclusions similaires. S'agissant du Comité de la liberté syndicale (CLS), fort de sa notoriété auprès des partenaires sociaux et d'une meilleure connaissance de ses rouages, ainsi que des efforts de promotion et des nombreux programmes de formation dispensés par l'Organisation en matière de liberté syndicale, le nombre de plaintes déposées devant le Comité a augmenté de façon tout aussi significative au cours des dernières années. Malgré des modifications de ses méthodes de travail, permettant, entre autres, un meilleur tri des plaintes, le nombre de cas en instance devant le Comité est passé de 120 en 2001 à 183 en 2018. Alors qu'il y a quelques années, le Comité traitait, en moyenne, un peu plus d'une vingtaine de cas par réunion (réunions qui ont lieu trois fois par année durant deux jours), il doit en traiter régulièrement près de 35 aujourd'hui.

Du côté de l'utilisation de la procédure prévue à l'article 23 de la Constitution, qui permet aux organisations de travailleurs et d'employeurs de faire parvenir leurs observations sur l'état de la législation et de la pratique concernant les conventions ratifiées et de commenter les rapports envoyés par les gouvernements de leurs pays respectifs, le nombre des communications a également explosé depuis quelques années, passant de quelque 150 commentaires reçus par année, au début des années 2000, à plus de 1 300 en 2018. Cette procédure s'avère, par ailleurs, fondamentale pour la vitalité du tripartisme de l'OIT, dont le système de contrôle repose sur la synergie entre les organisations locales de travailleurs et d'employeurs sur le terrain et l'institution internationale basée à Genève.

Le recours à la procédure de réclamation prévu par l'article 24 de la Constitution a lui aussi fait l'objet d'une augmentation exponentielle depuis la fin de la guerre froide et atteste la popularité du système de contrôle de l'OIT. Si seulement 15 réclamations avaient été présentées de 1919 à 1981 (soit sur une période de 60 ans), depuis 15 ans, 68 réclamations ont été présentées par des organisations de travailleurs, dont 37 uniquement au cours des 6 dernières années.

58. Voir Francis Maupain, « Une Rolls Royce en mal de révision? L'efficacité du système de supervision de l'OIT à l'approche de son centenaire » (2010) 114:3 RGDIP 465.

Par ailleurs, des défis d'ordre qualitatif se posent également pour l'OIT. Le monde n'est plus ce qu'il était dans les années 20 et, surtout, il n'est plus celui de la guerre froide. Le mur de Berlin a entraîné, dans sa chute, l'alliance objective forgée, pendant des années, de l'ensemble des forces démocratiques — y compris de celle des organisations d'employeurs et de travailleurs — pour la défense de l'indépendance et l'intégrité du système de contrôle relativement à la contestation des pays du bloc de l'Est.

C'est ainsi que les employeurs n'ont pas attendu longtemps après la chute du mur pour formuler, dès le début des années 90, certaines critiques envers la CEACR concernant ses « débordements » allégués en matière d'interprétation des conventions.

Du côté des États, le changement de contexte semble également se traduire par l'abaissement d'un certain seuil de tolérance par rapport à ce qui était admis dans un contexte bipolaire et qui n'est sans doute pas sans rapport avec ce que certains observateurs ont qualifié de phénomène plus général de fatigue normative en droit international⁵⁹. La volonté des gouvernements de ralentir la production normative répondait à des considérations pragmatiques, à savoir la nécessité de contenir la prolifération des traités et procédures dans l'ensemble du système onusien des droits de la personne, dont la charge globale (même si elle est limitée à des obligations résiduelles de faire rapport) a fini par être considérée comme trop lourde comparativement aux ressources dont disposent les différents États membres.

Pourtant, selon certains acteurs clés du système de contrôle de l'OIT, la situation ne serait pas si préoccupante. En effet, dans un rapport conjoint soumis au CA en mars 2016, le président de la CEACR et celui du CLS ont estimé que :

Le système de contrôle s'est adapté au fil du temps à l'évolution de la société et des enjeux sociétaux. Il est aujourd'hui l'un des plus anciens et des plus perfectionnés qui existent sur la scène internationale. L'analyse de ce système et sa comparaison avec d'autres mécanismes onusiens de surveillance des droits de l'homme [n'ont] révélé aucun défaut particulier⁶⁰.

59. Voir, entre autres, Maupain, *L'OIT à l'épreuve*, *supra* note 10.

60. Voir BIT, CA, *Rapport conjoint des présidents de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations et du Comité de la liberté syndicale*, 326^e sess, Genève, 10–24 mars 2016, Doc GB.326/LILS/3/1 à la p vii.

En conclusion de leur rapport, les auteurs ont même affirmé que « le système de contrôle de l'OIT fonctionne adéquatement et remplit généralement bien son objectif — assurer le respect des normes internationales du travail dans des contextes nationaux et des systèmes juridiques différents »⁶¹.

Il est vrai que, malgré les difficultés évoquées ci-dessus, le système de contrôle supporte toujours avantageusement la comparaison avec d'autres mécanismes de contrôle universels des Nations Unies⁶². En particulier, la ténacité du BIT et l'ouverture des débats propre au tripartisme ont permis d'enregistrer des résultats probants dans des situations d'atteinte à des droits fondamentaux qui, sur les plans politique et pratique, pouvaient paraître des plus préoccupantes, notamment en ce qui concerne le Myanmar, la Colombie, le Belarus, le Qatar et le Zimbabwe, pour ne citer que quelques cas récents.

II. L'ÉCLATEMENT DE LA CRISE INSTITUTIONNELLE AUTOUR DU DROIT DE GRÈVE AU DÉBUT DU XXI^e SIÈCLE : TENSIONS INTERNES PASSAGÈRES OU RÉELLE MENACE POUR LE DROIT INTERNATIONAL DU TRAVAIL?

La résilience du système de contrôle de l'OIT est liée à la capacité dont il a fait preuve très tôt à traiter les problèmes de sa mise en place avec une combinaison unique de pragmatisme et d'innovation. Or, depuis le début du XXI^e siècle, le principal défi lancé à l'OIT provient non seulement de la conjoncture extérieure, mais aussi de conflits internes, avec la remise en question du système de contrôle et, singulièrement, de l'autorité interprétative de la CEACR.

61. *Ibid* à la p 49 au para 146.

62. Le système de contrôle de l'OIT a d'ailleurs été qualifié comme étant l'un des plus développés parmi les organisations internationales, par exemple en 2006, lors des discussions en vue d'instaurer une procédure d'examen périodique universel (EPU) au sein du nouveau Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. L'ironie de l'histoire est que l'avantage comparatif de l'OIT par rapport aux Nations Unies tenait précisément, selon plusieurs observateurs, au volet d'expertise juridique indépendante menée par la CEACR au sein du système de contrôle, celle qui fait maintenant l'objet de critiques sévères par le Groupe des employeurs.

A. Temps perturbé au cœur de l'Organisation internationale du travail (OIT) depuis juin 2012

Le rôle de la CEACR en matière d'interprétation de la liberté syndicale et du droit de grève est devenu la cible de critiques pressantes de la part des employeurs depuis la chute du mur de Berlin. Dès 1990, la CEACR y a répondu en rappelant que tant et aussi longtemps qu'ils n'auront pas tiré les conséquences de leur argumentation mettant en doute son autorité en portant la question devant la juridiction compétente, c'est-à-dire la Cour internationale de justice (CIJ), conformément à l'article 37(1) de la *Constitution de l'OIT*, les mesures qu'elle exprime au sujet de la signification des dispositions d'une convention « sont réputées valables et communément admises »⁶³.

À la 101^e session de la CIT en juin 2012, ces critiques sont devenues virulentes et le Groupe des employeurs a décidé de bloquer le travail de la CAS. Lors des débats, il a formulé plusieurs objections à certaines observations faites par la CEACR au sujet du droit de grève dans son Étude d'ensemble de 2012 sur les conventions fondamentales (ci-après Étude d'ensemble)⁶⁴. Des préoccupations ont été exprimées quant au rôle de la CEACR dans l'interprétation des conventions et à son interaction avec les autres procédures et mécanismes de contrôle, principalement la CAS et le CLS.

Cette impasse a provoqué la réouverture du débat sur le système de contrôle dans son ensemble et le fonctionnement de la CEACR en particulier. « La bataille n'est pas nouvelle », a confirmé un membre titulaire du CA du BIT pour le Groupe des employeurs et responsable du patronat (MEDEF) en France; « [c]e qui est nouveau, c'est que les employeurs aient décidé de ne plus jouer le jeu »⁶⁵. Ils ont refusé le *modus operandi* qui consiste à être « d'accord pour être en désaccord »

63. OIT, *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, Conférence internationale du travail, 78^e sess, 1991, voir en ligne: <[www.ilo.org/public/libdoc/ilo/p/09662/09662\(1991-78-4A\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/p/09662/09662(1991-78-4A).pdf)>; article 37(1) de la *Constitution de l'OIT*: « Toutes questions ou difficultés relatives à l'interprétation de la présente Constitution et des conventions ultérieurement conclues par les membres, en vertu de ladite Constitution, seront soumises à l'appréciation de la Cour internationale de justice ».

64. L'Étude d'ensemble est un des rapports de la CEACR soumis à la CIT. Elle analyse les incidences des conventions, qu'elles soient ratifiées ou non par les États membres, mais portant sur un même sujet.

65. Citation tirée du journal *Le Monde*, 18 juin 2012.

(en anglais : *agreement to disagree*)⁶⁶, notamment en ce qui concerne l'interprétation de la *Convention (no 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical* de 1948 (ci-après *Convention n° 87*)⁶⁷. Selon le Groupe des employeurs, la CEACR a élaboré des modalités détaillées concernant l'exercice du droit de grève, alors que les dispositions de la *Convention n° 87* sont silencieuses à ce sujet, et sans qu'elle en ait le pouvoir interprétatif.

Le conflit était latent depuis le début des années 90, mais l'Étude d'ensemble de la CEACR, soumise à la CIT en 2012, a été l'étincelle qui a mis le feu aux poudres⁶⁸. Au début de la réunion de la CAS, le vice-président du Groupe des employeurs a exprimé le mécontentement de son groupe à l'égard de certains commentaires de la CEACR sur le droit de grève comme découlant de la *Convention n° 87*. Les employeurs souhaitaient l'inclusion d'une clarification explicitant que l'Étude d'ensemble est bien une partie du système de contrôle et le résultat de l'analyse de la CEACR, mais non une interprétation officielle des mandants tripartites de l'OIT. Les employeurs souhaitaient que cet « avertissement » soit dorénavant inséré dans les publications de l'OIT relatives aux rapports de la CEACR.

Cette condition était inacceptable pour les travailleurs. Selon plusieurs, l'insertion d'une « mise en garde aux utilisateurs » risquait de miner l'autorité de la CEACR à l'extérieur de l'OIT. Rompant avec la pratique habituelle d'être « d'accord pour être en désaccord », les

66. Lee Swepston, « Crisis in the ILO Supervisory System: Dispute Over the Right to Strike » (2013) 29:2 Int'l J Comp Lab L & Ind Rel 199.

67. Pour une revue des principes entourant le droit de grève, voir Bernard Gernigon, Alberto Otero et Horacio Guido, « ILO Principles Concerning the Right to Strike » (1998) 137:4 Int'l Lab Rev 441.

68. CIT, BIT (CAECR), *Étude d'ensemble sur les conventions fondamentales concernant les droits au travail à la lumière de la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, 2008*, Rapport III (Partie 1B), 101^e sess, 2012, Genève. L'Étude traitait, pour la première fois, des huit conventions fondamentales et, dans sa Partie II, de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève. Auparavant, six études d'ensemble de la CEACR avaient été consacrées exclusivement à la liberté syndicale et à la négociation collective en 1956, 1957, 1959, 1973, 1983 et 1994. Les commentaires de la CEACR sur le droit de grève et la *Convention n° 87* de 2012 étaient repris pour l'essentiel de la dernière étude d'ensemble rédigée sur le sujet en 1994 et qui avait fait l'objet d'une discussion à la CAS, où le Groupe des employeurs avait exprimé leur désaccord quant à l'interprétation de la CEACR. Le débat à la CAS traitant du droit de grève avait alors été riche d'enseignement pour l'avenir puisque les employeurs s'étaient distanciés de leurs interventions sur la précédente Étude d'ensemble de 1983. Pour la première fois, ils ont contesté l'idée que le droit de grève puisse être interprété comme dérivant de la *Convention n° 87*, celle-ci ne le mentionnant pas expressément. Lire plus généralement les réflexions de Francis Maupain, « The ILO Regular Supervisory System: A Model in Crisis? » (2013) 10 Int'l Organizations L Rev 117.

employeurs ne se sont pas contentés d'enregistrer, en 2012, une objection, pour ensuite, néanmoins, participer à l'examen des cas relevant de la Convention n° 87. Le blocage a eu pour conséquence que la CAS n'a pas été en mesure d'adopter sa liste annuelle de quelque 25 cas individuels⁶⁹ discutés publiquement, situation, par ailleurs, inédite depuis l'entrée en fonction de cet organe du système de contrôle en 1927. Cet événement marque l'éclatement d'une crise institutionnelle dont les principales questions de fond ne semblent toujours pas avoir été résolues.

Quelques mois après le blocage de juin 2012, à l'occasion de la session de la CEACR de novembre et à la suite d'échanges avec les membres de la CEACR, le porte-parole des employeurs de la CAS a reconnu qu'un certain degré d'interprétation de la part des experts est inévitable lorsque les dispositions d'une convention ne sont pas claires. Il a toutefois insisté sur le principal problème qui se présente lorsque cette règle d'interprétation évolue pour aboutir à l'élaboration de politiques, domaine relevant exclusivement des mandants tripartites de l'OIT⁷⁰.

En réponse à ces critiques, la CEACR a rappelé que, depuis 1947 et pendant plus de 50 ans, elle s'était exprimée périodiquement sur son mandat et ses méthodes de travail. Elle a rappelé, à cet égard, trois éléments particulièrement importants : i) elle a souligné, de manière répétée, son statut d'organe indépendant, impartial et objectif, dont les membres sont désignés à titre personnel par le CA, organe tripartite, précisément en raison de ce statut d'impartialité et d'indépendance; ii) elle a souvent fait valoir que, si son mandat ne l'autorise pas à donner des interprétations définitives des conventions (cette compétence relevant de la CIJ), pour pouvoir s'acquitter de sa mission consistant à évaluer l'application et la mise en œuvre des conventions, elle a eu à analyser et à exprimer son avis sur la portée juridique et le sens de certaines de leurs dispositions; iii) à compter, tout au moins des années 50, elle a exprimé son avis sur le sens de certains

69. Au début de chaque CIT, les Groupes des employeurs et des travailleurs s'entendent sur une liste d'environ 25 États. Ces cas sont sélectionnés en fonction du caractère important des violations ou du défaut persistant de l'État à respecter la convention ratifiée. Les gouvernements mis en cause doivent alors se prêter à une discussion publique à la CAS sur la base des commentaires de la CEACR. En 2012, seuls deux cas faisaient référence à la liberté syndicale, mais ce nombre a été suffisant pour empêcher la constitution de la liste et l'examen au fond de tous les dossiers par la CAS.

70. Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Conférence internationale du travail, 102^e sess, 2013 à la p 10.

instruments de l'OIT dans des termes qui relevaient inévitablement d'un langage interprétatif⁷¹.

En réponse aux avis exprimés par le porte-parole des employeurs de la CAS, la CEACR a pris acte des soucis exprimés par ces derniers qui craignaient que les observations de cette commission ne soient perçues par le monde extérieur comme une sorte de jurisprudence de « droit mou » sur les normes du travail. La CEACR a toutefois observé que le monde extérieur à l'OIT n'est pas son audience désignée ou recherchée; au contraire, ses opinions et conclusions, à caractère non contraignant, s'adressent aux gouvernements, aux partenaires sociaux et à la CAS, conformément au rôle bien établi qu'elle occupe dans le système de contrôle de l'OIT. Tout en étant consciente que les orientations qu'elle propose sont accueillies avec sérieux dans certains milieux, qu'il s'agisse de tribunaux nationaux ou d'instances internationales, la CEACR a estimé qu'il s'agit là d'un juste hommage à son indépendance et à son impartialité en tant que source, ainsi qu'à la valeur de persuasion qui s'attache à ses analyses et conclusions, *a priori* non contraignantes. Elle a rappelé que celles-ci ne pourraient acquérir d'autorité dans un sens contraignant que si un tribunal international, un tribunal national ou un organe établi indépendant en décidaient ainsi.

S'agissant plus précisément de la question du droit de grève, si les employeurs ont semblé faire une distinction entre une application interprétative de la Convention n° 87 et ce qu'ils ressentaient davantage comme s'apparentant à une prise de position politique, la CEACR a indiqué que dès l'instant où elle a décidé en 1959 que la Convention incluait le droit de grève, il était devenu nécessaire de déterminer les modalités d'exercice ainsi que les restrictions de ce droit qui sont acceptables plutôt que de le laisser comme un droit absolu. C'est ce qu'a fait la CEACR, en procédant au cas par cas d'année en année, examinant le droit et la pratique, ayant à l'esprit les renseignements qui lui étaient communiqués et prenant en compte les situations nationales, tout en cherchant à assurer un traitement égalitaire et une application universelle.

Enfin, la CEACR a souligné que, à la différence des partenaires sociaux qui, souvent, défendent des positions contradictoires les obligeant à négocier, elle ne défend pas des intérêts au sens strict et, même si des divergences peuvent surgir entre les experts lors de

71. *Ibid* à la p 11.

l'examen de l'application de conventions par les États, ils ne négocient pas entre eux pour formuler leurs commentaires. Ils recherchent dans la plus grande objectivité la vérité juridique⁷².

L'égalité de traitement et l'uniformité sont les garants de la prédictibilité dans l'application. La démarche suivie par la CEACR dans son analyse substantielle des conventions semble mettre en exergue sa préoccupation d'égalité de traitement des États et d'uniformité dans l'application pratique, renforçant ainsi le degré de certitude nécessaire au bon fonctionnement du système de l'OIT.

Grâce, notamment, aux bons offices du gouvernement suisse, les représentants employeurs et travailleurs ont réussi à s'entendre en 2013 sur une liste de 24 cas individuels à soumettre à la CAS aux fins de discussion publique, permettant ainsi à cet organe d'éviter le blocage de 2012⁷³. Toutefois, l'entente entre les partenaires sociaux de l'OIT n'était valable que pour les cas qui ne soulèvent pas de problèmes en matière de liberté syndicale et de droit de grève. Les employeurs ont, par conséquent, refusé de discuter des cas portant sur ces deux sujets.

Les employeurs ont aussi contesté le paragraphe de l'Étude d'ensemble de 2013 portant sur les relations de travail dans la fonction publique et la négociation collective, dans lequel la CEACR offre sa propre « mise en garde aux utilisateurs » sur son rôle au sein du système de contrôle de l'OIT. Le langage utilisé était conciliant, mais le message de la CEACR n'en demeurait pas moins inacceptable pour le Groupe des employeurs, car il réitérait pour l'essentiel son argumentaire depuis les années 90.

Après une accalmie relative en 2013, le fonctionnement de la CAS a de nouveau été perturbé et ses travaux, bloqués en 2014, cette fois à l'instigation des travailleurs qui estimaient que la position défendue par les employeurs sur les cas traitant de la liberté syndicale ne permettait plus des débats sereins au sein de la CAS. En réponse à cette controverse, la CEACR s'est vue contrainte, dans son rapport de 2014 et dans ses rapports subséquents, de définir et de préciser son mandat comme suit :

La CEACR est un organe indépendant établi par la Conférence internationale du travail; ses membres sont nommés par le CA.

72. *Ibid* à la p 12.

73. OIT, Claudia L Hofmann et Norbert Schuster, *It Ain't Over 'Til It's Over: The Right to Strike and the Mandate of the ILO Committee of Experts Revisited*, doc no 40, Genève, février 2016.

Elle est constituée de juristes ayant pour mission d'examiner l'application des conventions et recommandations de l'OIT dans les États membres de cette organisation. La commission d'experts procède à une analyse impartiale et technique de la façon dont les conventions ratifiées sont appliquées dans la législation et la pratique par les États membres, en gardant à l'esprit les diverses réalités nationales et les différents systèmes juridiques. Ce faisant, elle examine la portée juridique, le contenu et la signification des dispositions des conventions. Ses avis et recommandations ont un caractère non contraignant, leur objet étant de guider l'action des autorités nationales. Ils tirent leur valeur persuasive de la légitimité et de la rationalité du travail de la commission qui est basé sur son impartialité, son expérience et son expertise. Le rôle technique de la commission et son autorité morale sont largement reconnus, en particulier du fait qu'elle poursuit sa tâche de contrôle depuis plus de quatre-vingt-cinq ans et en raison de sa composition, de son indépendance et de ses méthodes de travail qui se fondent sur un dialogue continu avec les gouvernements et prennent en compte les informations fournies par les organisations d'employeurs et de travailleurs. Cela se reflète dans l'intégration des avis et recommandations de la commission dans les législations nationales, dans des instruments internationaux et dans les décisions des tribunaux⁷⁴.

En rappelant que son mandat consiste à examiner la portée juridique, le contenu et la signification des dispositions des conventions, la CEACR a, en partie, atténué la longue controverse entourant le fonctionnement du système de contrôle. Si la CEACR a noté que le CA du BIT avait accueilli favorablement l'exposé de son mandat, qui a reçu le soutien des mandants tripartites, force est de constater que les employeurs ont néanmoins réussi à faire bouger les lignes depuis 2012, puisque, depuis cette crise, les cas traitant de la grève dans le cadre de l'examen du non-respect de la Convention n° 87 ne font désormais plus l'objet de conclusions unanimes et consensuelles au sein de la CAS.

À la suite de ces divergences marquées entre la CEACR et le Groupe des employeurs, et en réponse à la crise institutionnelle mettant en

74. Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Conférence internationale du travail, 103^e sess, 2014 à la p 9, en ligne : <www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_norm/relconf/documents/meetingdocument/wcms_448722.pdf>.

danger le fonctionnement du système de contrôle de l'Organisation, le CA du BIT a adopté, en novembre 2014, une résolution demandant à la CIJ de rendre d'urgence un avis consultatif sur les questions suivantes :

- 1) Le droit de grève des travailleurs et de leurs organisations est-il protégé par la Convention (n° 87) [...] ;
- 2) La [CEACR] était-elle compétente pour :
 - a) déterminer que le droit de grève découle de la Convention (n° 87) [...] et
 - b) préciser, lors de l'examen de l'application de la convention, certains aspects du champ d'application du droit de grève, des limites de celui-ci et des conditions dans lesquelles il peut être exercé de façon licite⁷⁵?

Le directeur général du BIT n'a pu que constater l'absence de consensus lors des discussions du CA de novembre 2014 sur le mandat de la CEACR. La possibilité d'établir un tribunal maison, conformément à l'article 37(2) de la *Constitution de l'OIT*⁷⁶ afin de déterminer si le droit de grève est bel et bien protégé par la Convention n° 87, a été abandonnée. Pour certains mandants, un tel précédent aurait complexifié davantage le système de contrôle de l'OIT et dupliqué la procédure de la CIJ. Quant à la saisine de cette dernière pour obtenir un avis juridique, conformément à l'article 37(1) de la *Constitution de l'OIT*, solution proposée par la résolution de novembre 2014, elle a officiellement été rejetée par le CA à sa session de mars 2015⁷⁷.

Entre-temps, en février 2015, les mandants tripartites s'étaient réunis à Genève pour des consultations informelles. Le résultat peut laisser

75. Voir le document du CA du BIT, 322^e sess, Genève, 30 octobre–13 novembre 2014, Doc GB.322/INS/5 aux para 49(1) et (2).

76. Article 37(2) de la *Constitution de l'OIT*:

Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, le [CA] pourra formuler et soumettre à la Conférence pour [sic] approbation des règles pour l'institution d'un tribunal en vue du prompt règlement de toute question ou difficulté relatives à l'interprétation d'une convention, qui pourront être portées devant le tribunal par le [CA] ou conformément aux termes de ladite convention. Tous arrêts ou avis consultatifs de la [CIJ] lieront tout tribunal institué en vertu du présent paragraphe. Toute sentence prononcée par un tribunal sera communiquée aux membres de l'Organisation et toute observation de ceux-ci sera présentée à la Conférence.

77. L'OIT n'a jamais saisi la CIJ dans le cadre de l'article 37(1) de la *Constitution de l'OIT*. La Cour permanente de justice internationale (CPJI), organe judiciaire prédécesseur de la CIJ à l'époque de la SDN, a été la seule à interpréter officiellement, en 1932, une convention de l'OIT : *Interprétation de la convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes*, Avis consultatif n° 50 du 15 novembre 1932 de la CPIJ, Série A/B, 1932 à la p 365.

perplexe. Le Groupe des travailleurs et celui des employeurs, dans une déclaration commune, ont semblé évacuer la question en une phrase : « Les mandants de [l'OIT] reconnaissent aux travailleurs et aux employeurs le droit de mener des actions revendicatrices pour défendre leurs intérêts professionnels légitimes »⁷⁸. De son côté, le Groupe gouvernemental a été à peine un peu plus explicite dans sa déclaration :

Le Groupe gouvernemental [...] reconnaît que le droit de grève est lié à la liberté syndicale, qui est un principe fondamental et un droit fondamental au travail de l'OIT. Il reconnaît en outre expressément que, sans protection de ce droit de grève, la liberté syndicale et, en particulier, le droit d'organiser des activités pour promouvoir et protéger les intérêts des travailleurs ne peuvent être pleinement garantis⁷⁹.

Ainsi, au lieu de répondre à une question claire, posée en novembre 2014, à la session du CA, les mandants de l'OIT ont semblé préférer l'esquive et jouer l'apaisement institutionnel en février 2015, en faisant des déclarations minimalistes qui n'apparaissent pourtant pas régler les problèmes de fond. Depuis cette date, le CA poursuit son examen des questions normatives dans un contexte plus global avec, notamment, pour objectif de « consolider le consensus tripartite à propos d'un système de contrôle faisant autorité »⁸⁰.

78. Organisation internationale du travail, Cas individuel (CAS), Conférence internationale du travail, 105^e sess, Genève, 2016, en ligne : <www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3284594>.

79. *Ibid.*

80. Pourtant, dès 2013, le directeur général du BIT, dans son rapport à la CIT, reconnaissait la gravité de la situation en ces termes :

Premièrement, la confiance a fait défaut. Les positions divergentes qui procèdent de la défense des intérêts particuliers des mandants sont tout à fait compatibles avec le renforcement de la politique normative, elles sont même nécessaires. Il faut toutefois que cette dynamique soit positive, si l'on veut promouvoir la fonction normative. Or c'est un tout autre climat qui s'installe lorsque les parties en présence ont l'impression que leurs interlocuteurs cherchent en fait à servir un intérêt partisan aux dépens de l'entreprise commune. Il est important de reconnaître que la controverse provoquée par la crise de juin 2012 soulève des questions essentielles pour la politique normative et, partant, pour l'Organisation elle-même. Celle-ci ne peut donc pas se permettre de la laisser longtemps sans solution. Un système normatif qui ne peut pas compter sur le soutien et l'engagement sans faille des mandants tripartites verra indéniablement son autorité et sa crédibilité compromises. Paradoxalement, l'une des raisons avancées pour expliquer la survenue de cette polémique à ce moment de l'histoire de l'OIT est précisément le fait que les résultats produits par le système de contrôle sont des éléments de référence de plus en plus importants dans de nombreuses instances en dehors de l'Organisation.

1. Quid du problème de fond?

La paix semblait presque rétablie à la CIT de juin 2015. Les mandants s'étaient entendus sur une liste de cas individuels pour discussions devant la CAS. Des 24 cas, 9 traitaient de l'application de la Convention n° 87, mais non de l'exercice du droit de grève. Le débat sur son application sur le plan national a été conceptualisé sous l'angle plus large de la violation des droits de la personne dans les pays mis en cause. Les références spécifiques au droit de grève ont été omises, les employeurs réitérant leur position et rappelant qu'aucune conclusion à cet égard n'avait été tirée.

Un scénario similaire s'est reproduit à la CIT l'année suivante. Bien que l'on puisse comprendre la volonté de l'OIT, sur le plan politique, de vouloir aller de l'avant et de minimiser les controverses normatives entre mandants, si l'on se reporte aux débats de la CAS de juin 2016, force est de constater que les problèmes ayant mené à la crise institutionnelle de 2012 n'avaient toujours pas disparu. En effet, lors de l'examen du cas des Philippines concernant l'application de la Convention n° 87, les membres employeurs ont rappelé avec force qu'ils ne partageaient pas les vues de la CEACR concernant le droit de grève. Pour eux, comme il n'existe aucune norme de l'OIT en matière de grève, la portée et les conditions de son exercice devraient être réglementées au niveau national.

En outre, les employeurs ont exprimé, à la même occasion, leur préoccupation en ce qui a trait à la compétence de la CEACR à formuler des conclusions sur des questions qui ne sont pas relatives au travail en vertu de la convention. Pour les employeurs, il est important que la CEACR examine de manière équilibrée les renseignements reçus. Ils lui ont reproché d'avoir pris note, « avec une profonde préoccupation »⁸¹, de renseignements alléguant des violations graves des droits syndicaux. Ils estimaient qu'il était nécessaire que « la [CEACR] assure un examen équilibré des affaires en se gardant de souligner ou de décrire tout aspect particulier des allégations ou de la réponse du gouvernement [philippin], cette question relevant de la [CAS] »⁸². Enfin, les employeurs ont terminé l'examen du cas en recommandant à la CAS

« Vers le centenaire de l'OIT. Réalités, renouveau et engagement tripartite », Rapport du directeur général à la Conférence internationale du travail, 102^e sess, 2013, Rapport 1(A) à la p 22.

81. Commission de l'application des normes de la Conférence, *Extraits du compte rendu des travaux*, Partie II, Conférence internationale du travail, 105^e sess, Genève, 2016 à la p 70.

82. *Ibid.*

« d'encourager la [CEACR] à se limiter à faire rapport de manière factuelle sur les préoccupations des partenaires sociaux et aux réponses du gouvernement et de laisser à la [CAS] le soin de traiter plus particulièrement tout aspect qu'elle jugera approprié »⁸³.

En suivant cet argumentaire, certains observateurs ont estimé que les fondements mêmes de la complémentarité des organes réguliers du système de contrôle n'auraient plus guère de sens. Faut-il rappeler que l'un des atouts incontestables du système de contrôle de l'OIT est qu'il associe, de manière judicieuse, deux éléments. Le premier est un contrôle technique effectué par un organe indépendant de composition et de réputation internationales : la CEACR. Ce contrôle s'exerce par l'entremise des observations individuelles qu'elle formule convention par convention et pays par pays dans le rapport qu'elle soumet chaque année à la CIT. Le deuxième est un contrôle « politique » ou de type « parlementaire » qui s'exerce au vu de ce rapport par la CAS, organe dont la composition tripartite et universelle confère une autorité inégalée pour faire pression sur les pays défaillants.

Par ailleurs, dans la même lignée, l'intervention du membre employeur du Honduras à la CAS de juin 2018 a réitéré la position adoptée par les employeurs depuis le déclenchement de la crise en 2012 :

Il est préoccupant de constater que l'observation de la commission d'experts se réfère à des questions législatives liées au droit de grève. À cet égard, il faut réaffirmer la position des employeurs selon laquelle ce droit n'est pas visé par la convention et qu'aucune base ne permet donc d'examiner cette question devant la commission. Par conséquent, les conclusions concernant ce cas ne devraient pas faire référence au droit de grève, et le gouvernement n'est pas tenu de suivre les recommandations de la commission d'experts concernant ce point en particulier. De même, il est important de souligner la déclaration faite conjointement par les travailleurs et les employeurs le 23 février 2015, et celle des gouvernements faite à la même date, selon laquelle « le cadre et les conditions d'exercice de ce droit sont réglementés au niveau national ». À cet égard, toute demande faite par la commission d'experts au gouvernement de mettre sa législation et sa pratique en conformité avec ses propres règles relatives au « droit de grève » est non seulement

83. *Ibid.*

non contraignante, mais aussi en dehors du champ d'application du contrôle de l'application des normes⁸⁴.

Ainsi, à la lumière des discussions au sein de la CAS en 2016 et 2018, les divergences de fond entre les mandants de l'Organisation sur ces aspects du système de contrôle semblent toujours persister.

B. Une conception de l'interprétation soulevant de nombreuses questions pour le droit international du travail dans le monde

Depuis la fin de la guerre froide, la tendance générale, dans les pays occidentaux fondateurs de l'OIT, est à la réduction des dépenses gouvernementales et à la privatisation des services publics. Ce contexte d'austérité économique a pu entraîner des restrictions relativement aux actions syndicales et des limitations du droit de grève dans les secteurs d'intérêt public⁸⁵. Or, la mondialisation, à la fin du XX^e siècle, a placé le mouvement syndical, tant à l'échelle internationale que nationale, sur la défensive, l'obligeant à modifier ses actions. Au lieu de faire appel à la mobilisation collective politique, les organisations de travailleurs se tournent de plus en plus vers le pouvoir judiciaire pour renforcer un rapport de force qui leur est défavorable dans les sociétés civiles nationales. Sur le plan international, les procédures de l'OIT leur offrent un rôle qui leur est souvent nié ailleurs.

Parallèlement à cette perte de pouvoir du mouvement syndical dans les pays à l'économie postindustrielle, le Groupe des employeurs à l'OIT atteste une vitalité inégalée. La conjoncture actuelle s'avère sans doute favorable à l'introduction d'une vision qui prône une certaine déréglementation du droit international du travail. Les concessions faites aux travailleurs pendant la guerre froide, afin de contenir l'expansion des régimes communistes, ne sont plus nécessaires, selon les employeurs. Leur alliance avec les travailleurs des pays occidentaux, laquelle avait contribué à une position unifiée lors des débats à la CAS sur la liberté syndicale et le droit de grève, s'est refroidie après la chute du mur de Berlin en 1989.

84. Commission de l'application des normes, *Extrait du compte rendu provisoire*, Partie II, Doc 9B (Rev), Conférence internationale du travail, 107^e sess, Genève, 2018 à la p 67.

85. Tonia Novitz, « The Restricted Freedom to Strike: Far-Reaching ILO Jurisprudence on the Public Sector and Essential Services » (2017) 38:3 Comp Lab L & Pol'y J 353.

Ironiquement, cette alliance entre les travailleurs et les employeurs avait conduit, pendant la guerre froide, à la défense de l'autorité de la CEACR en ces matières face aux États socialistes membres de l'OIT qui la remettaient en cause dans les années suivant la création des Nations Unies. Par exemple, en 1948, des représentants gouvernementaux de ces États socialistes avaient concentré leurs observations sur la question de la souveraineté politique et souhaitaient que le droit de grève soit soumis au droit national. Ces arguments, pour saper l'autorité interprétative de la CEACR, ont été repris par le Groupe des employeurs lors des débats sur l'Étude d'ensemble de 1994 concernant la liberté syndicale⁸⁶.

À la CAS de 2012, les employeurs ont eux-mêmes cerné les raisons du retrait de leurs billes du jeu : les observations de la CEACR avaient une influence sur le comportement d'une multitude d'acteurs et étaient perçues, par le monde extérieur, à tort selon eux, comme une forme de *soft jurisprudence* ou de quasi-jurisprudence du système de contrôle de l'OIT⁸⁷. Autrement dit, certaines interprétations des dispositions des conventions par la CEACR semblaient faire autorité à l'extérieur et échappaient au contrôle des mandants, notamment depuis l'adoption de la *Déclaration de 1998 sur les principes et droits fondamentaux au travail*.

Le fait que l'OIT est devenue, dans les années 2000 et, plus particulièrement depuis la crise de 2008, une partenaire d'institutions économiques internationales, comme la Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI) ou l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), a commencé à soulever des préoccupations auprès de certains acteurs du tripartisme. Aussi, à l'époque, l'OIT avait-elle été invitée à la table du G20. « Avant nos discussions restaient confinées à Genève », avait reconnu Brent Wilson, membre du Groupe des employeurs du CA. « Aujourd'hui, toutes les agences extérieures se réfèrent aux conventions de l'OIT »⁸⁸.

86. Claire La Hovary, « Showdown at the ILO? A Historical Perspective on the Employers' Group's 2012 Challenge to the Right to Strike » (2013) 22:4 Indus LJ 338.

87. Claire La Hovary, « The ILO's Supervisory Bodies' "soft law jurisprudence" » dans Adelle Blackett et Anne Trebilcock, dir, *Research Handbook on Transnational Labour Law*, Londres (R-U), Edward Elgar, 2015, 316; Claire La Hovary, « A Challenging Ménage à Trois? Tripartism in the International Labour Organization » (2015) 12 Int'l Organizations L Rev 204.

88. *Supra* note 65.

Les employeurs ont, par ailleurs, reconnu que les conventions fondamentales de l'OIT étaient déjà intégrées dans le *Pacte mondial*, initiative lancée en 2000 par le Secrétaire général des Nations Unies incitant les entreprises du monde entier à adopter une attitude socialement responsable, ainsi que dans les *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, approuvés en 2011 par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies⁸⁹.

L'externalisation des normes de l'OIT dans le système des Nations Unies tout entier se vérifie, en outre, dans le travail des organes onusiens de contrôle des conventions protégeant les droits de la personne, lesquels se réfèrent aux droits fondamentaux au travail, tels qu'interprétés par l'OIT, notamment, par la CEACR⁹⁰. À cet égard, le travail des ONG n'est pas étranger au succès des normes internationales du travail dans les différents forums onusiens. Elles y font régulièrement appel dans leurs représentations et défense des droits de la personne auprès des organes de contrôle.

Sous la pression de l'opinion publique, plusieurs traités bilatéraux et multilatéraux visant la libéralisation des échanges économiques commerciaux entre les États comportent désormais une dimension sociale. Des clauses réitèrent les principes et droits fondamentaux de la Déclaration de 1998, d'autres réfèrent à des dispositions de conventions de l'OIT, relatives à la fixation des salaires minima, la durée de travail, la santé et sécurité au travail ou la protection des travailleurs migrants.

L'intégration des normes se constate aussi dans des initiatives privées typiques de la responsabilité sociale des entreprises, comme les codes de conduite des entreprises transnationales ou les accords-cadres passés avec les fédérations syndicales internationales⁹¹.

Sur le plan national, des instances judiciaires et administratives ont aussi eu fréquemment recours aux instruments de l'OIT et aux

89. La section II.A.12 des Principes directeurs précise que les entreprises doivent respecter les droits de l'homme internationalement reconnus, y compris « les principes concernant les droits fondamentaux dans les huit conventions maîtresses de l'OIT tels qu'énoncés dans la *Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux du travail* ».

90. Erika de Wet, « Governance Through Promotion and Persuasion: The 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work » (2008) 9 German LJ 1429.

91. Duplessis et Drouin, *supra* note 44.

recommandations de ses organes de contrôle à partir des années 2000. Des tribunaux nationaux⁹² et régionaux⁹³ ont participé au processus d'intégration des normes de l'OIT, telles qu'interprétées, notamment, par la CEACR, dans le droit national d'États membres, le pouvoir judiciaire se transformant en une courroie de transmission pour une application plus efficace du droit international du travail sur le terrain. Cependant, de l'avis de la CEACR elle-même, celle-ci ne prétend pas incarner une cour de justice typique d'un système de common law hiérarchisé, édifiant, au fil des précédents, une jurisprudence obligatoire *erga omnes* sur le plan international. Si des acteurs extérieurs à l'OIT ont attribué cette qualification à son travail, cela atteste plutôt, selon elle, l'importance, la cohérence et le caractère persuasif de ses recommandations. Indépendamment du fait que les recommandations de la CEACR soient ou non obligatoires, elles ont des effets juridiques indéniables et influencent les acteurs. Elles peuvent se transformer progressivement en normes de *hard law*, en participant, par exemple, à la formation de la coutume, ou encore agir à titre de guide d'interprétation pour les instances chargées de leur application. Bref, la catégorisation des recommandations de la CEACR en *soft law* ne préjuge en rien de leur force persuasive ni de leur respect sur le terrain.

92. Pour ne mentionner qu'un seul exemple d'intégration judiciaire nationale, dans l'affaire *Saskatchewan Federation of Labour c Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 RCS 245, la Cour suprême du Canada a reconnu le droit de grève comme étant un aspect essentiel du processus de négociation collective, laquelle est protégée constitutionnellement par la *Charte canadienne des droits et libertés*, art 2(d), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11. Les juges majoritaires mentionnent la ratification par le Canada de la Convention n° 87 en 1972, tout en spécifiant qu'elle ne renvoie pas expressément au droit de grève, mais s'appuient néanmoins sur l'interprétation qu'en ont faite les organes de contrôle de l'OIT. Parlant des recommandations du Comité de la liberté syndicale (CLS) en particulier, les juges de la Cour suprême du Canada reconnaissent qu'elles n'ont pas d'effet obligatoire, mais une force persuasive considérable, étant largement citées et reprises à l'échelle mondiale par les cours de justice, les tribunaux administratifs et les autres décideurs. Les juges Rothstein et Wagner, dissidents en partie, font écho à la crise institutionnelle de 2012 en affirmant que les organes de l'OIT eux-mêmes ne s'entendent pas quant à savoir si les instruments internationaux en matière de droit du travail protègent ou non le droit de grève. Selon eux, l'état actuel du droit international est incertain et n'offre pas de repères permettant à la Cour de trancher.

93. Mentionnons les nombreuses références aux normes de l'OIT relatives à la liberté syndicale et au droit de grève de la part des instances régionales protégeant les droits de la personne, en particulier la Cour européenne des droits de l'homme: Tonia Novitz, «Connecting Freedom of Association and the Right to Strike: European Dialogue With the ILO and its Potential Impact» (2009–2010) 15 CLELJ 465.

1. Que faire lors de problèmes d'interprétation?

Tout comme les employeurs, les membres travailleurs du CA ont rejeté, en 2015, la possibilité de saisir la CIJ, conformément à l'article 37(1) de la *Constitution de l'OIT*, afin de produire une sortie de crise⁹⁴. Affaiblis dans le rapport de force de l'après-guerre froide, malgré une argumentation juridique valable, ils ne souhaitent sans doute pas prendre le risque d'essuyer une décision défavorable de la CIJ quant au pouvoir interprétatif de la CEACR et au droit de grève.

Le recours à l'article 37(1) de la *Constitution de l'OIT* n'ayant jamais été mis en œuvre, les mandants le considéraient comme étant compliqué et son résultat, incertain. Pour des considérations qui leur sont propres, les membres travailleurs et employeurs ont préféré suspendre leur différend au lieu de le vider devant une tierce partie, la CIJ.

À l'argument suivant lequel il vaut mieux garder le règlement du conflit en matière interprétative à l'intérieur de l'OIT, l'article 37(2) de la *Constitution de l'OIT*, qui permet la création d'un tribunal maison afin d'interpréter officiellement la Convention n° 87, semblait une excellente solution de rechange pour éclairer le débat juridique et mettre fin à la crise institutionnelle datant de 2012. Ce projet a malheureusement été abandonné par les mandants.

Pourtant, les avantages d'une telle solution étaient incontestables. Elle améliorerait le caractère prévisible des normes de l'OIT et renforcerait la sécurité du système juridique international. Contrairement à un recours devant la CIJ, qui est réservé aux États et aux organisations internationales, le tribunal maison, instauré en vertu de l'article 37(2), serait ouvert aux représentations des organisations de travailleurs ou d'employeurs. La spécificité tripartite de l'OIT serait, à cet égard, pleinement respectée. Enfin, dans un monde où les normes internationales du travail sont reprises partout par une diversité et une multitude d'acteurs, un tel mécanisme rehausserait l'autorité de l'OIT et la clarté du système juridique dans son ensemble.

Les deux recours judiciaires, prévus à l'article 37, n'ont jamais été utilisés depuis 1946 et rien ne laisse penser qu'ils le seront à court ou long terme. D'autres mesures ont, par conséquent, été élaborées au

94. Claire La Hovary, « Article 37 of the ILO Constitution: An Unattainable Solution to Issue of Interpretation » (2017) 38:3 Comp Lab L & Pol'y J 337.

sein de l'OIT. En effet, bien qu'ils n'aient pas été investis de ce pouvoir explicitement, le BIT et les mécanismes de contrôle sont devenus, dans la pratique, les entités interprétant les instruments de l'OIT. Ils n'offrent pas d'interprétation officielle, mais proposent des « définitions *ad hoc* » qui encadrent les relations internationales.

L'application des normes exige leur interprétation et ces démarches sont indissociablement imbriquées. Le pouvoir interprétatif revient nécessairement à toutes les instances concernées par les normes. À l'instar des organes onusiens et régionaux de contrôle conventionnel, la CEACR possède, de manière inhérente, le pouvoir de les interpréter à la lumière de la pratique des États parties.

À la veille de son centenaire, l'OIT est confrontée, à l'interne, à une conception du droit international du travail pouvant susciter des inquiétudes et qui s'est cristallisée autour de la question du droit de grève. Pourtant, maintenir la complémentarité des organes de contrôle régulier apparaît fondamental. C'est aux experts à procéder à une analyse juridique neutre et objective, alors que les délégués prennent des décisions politiques et exercent de la pression sur les États membres qui violent leurs obligations. Personne ne peut faire l'économie de l'interprétation juridique dans l'analyse de la compatibilité du droit ou de la pratique nationale avec les normes de l'OIT. Le processus est nécessaire afin d'éviter des recommandations incohérentes de la part des mécanismes de contrôle, dépendantes du soutien et des ressources dont bénéficie l'État mis en cause. L'évaluation ne doit pas seulement résulter d'une négociation politique entre groupes opposés et devrait, en partie, reposer sur une expertise juridique indépendante.

Le droit favorise la permanence et la prévisibilité des solutions à un problème donné. Ce faisant, il pacifie les relations internationales et la gouvernance mondiale. Or, un certain affaiblissement du droit semble se manifester de deux façons au sein de l'OIT : la première, par une préférence nette pour les instruments normatifs souples, la deuxième, par une contestation de l'autorité des mécanismes de contrôle quant à l'interprétation des normes et aux tentatives pour limiter la diffusion d'une « jurisprudence » à l'extérieur de l'Organisation. Il s'agit d'une perspective préoccupante pour l'avenir de l'OIT qui est, faut-il le répéter, une agence productrice de normes.

CONCLUSION: LE TRIPARTISME À REMODELER, L'AVENIR DU TRAVAIL À INVENTER

À l'aube du centenaire de l'OIT, les mandants sont conscients que la structure et les méthodes de travail tripartites de l'Organisation sont la cible de critiques récurrentes. En voici quelques-unes des plus fréquentes : ce mode de fonctionnement convenait peut-être dans le passé, mais il n'est plus adapté aux réalités du monde du travail d'aujourd'hui; certaines organisations d'employeurs et de travailleurs comptent de moins en moins de membres, les privant ainsi de la légitimité voulue; de vastes pans de la population active restent en dehors du rayon d'action des organisations reconnues, qui ne peuvent donc pas s'en faire les porte-parole. Le déficit représentationnel des organisations de travailleurs et d'employeurs risque, à terme, d'entacher le vitalisme du tripartisme de l'OIT.

Le Groupe des employeurs est contraint à une attitude parfois rigide dans les instances tripartites sur des questions sensibles pour l'OIT, comme la liberté syndicale, la négociation collective ou, plus largement, la réglementation du travail. Les employeurs sur le terrain sont souvent réfractaires à ces questions, alors qu'elles touchent à la raison d'être de l'Organisation. En outre, la catégorie «employeurs-entrepreneurs», qui a longtemps prévalu au sein de l'OIT, ne correspond plus à la réalité à l'heure du capitalisme financier en vertu duquel le pouvoir relève de gestionnaires agissant pour le compte des intérêts des actionnaires⁹⁵. Elle ne saisit pas non plus entièrement la réalité des entreprises multinationales et leur puissance dans le monde contemporain.

Le Groupe des travailleurs souffre également d'un déficit représentationnel à l'OIT. La situation des travailleurs de l'économie informelle en est une illustration concrète. Néanmoins, le Groupe des travailleurs possède un intérêt institutionnel en commun avec celui des employeurs : il souhaite maintenir l'exclusivité de sa position au sein des différentes instances tripartites de l'Organisation afin de mieux contrôler l'ordre du jour de la réglementation internationale du travail. Les organisations de travailleurs ne sont pas disposées à s'engager dans une réforme institutionnelle sérieuse de peur d'en sortir affaiblies. En d'autres termes, la réforme des mécanismes de contrôle ne peut avoir des chances de réussir que si elle n'apparaît pas comme un jeu à somme nulle et si

95. Maupain, «New Foundation», *supra* note 45.

chaque partie prenante peut se persuader que le processus d'adaptation comporte pour tous et, en particulier, pour les travailleurs, un gain considérable en termes d'efficacité.

Les tentatives pour ouvrir les forums de l'OIT aux ONG et à une plus grande représentation des différentes formes de travail dans le monde ont été vaines, du fait des mandants. Avec une éventuelle participation des ONG, qui proviennent majoritairement du monde occidental et postindustriel, plusieurs craignaient une rupture d'équilibre de la CIT sur le plan de la représentativité géographique. Des gouvernements s'opposaient à cette idée, car l'augmentation du nombre de participants diminuait leur rôle déjà partagé dans un arrangement tripartite. Les employeurs et les travailleurs ont aussi exprimé leur malaise quant à une participation plus importante des ONG qui conduirait l'OIT vers une forme inconnue de « quadripartisme »⁹⁶.

Un des reproches les plus fréquents est que le dialogue tripartite nuit à la nécessaire rapidité des décisions et les affaiblit. Lorsque l'évolution d'une situation, voire une crise, appelle des mesures difficiles et de grande ampleur, le type de compromis qui résulte du dialogue tripartite peut sembler trop timide ou prudent. Puis, dans la position qu'ils adoptent, les partenaires sociaux peuvent être accusés de défendre leurs propres intérêts au détriment du bien commun. Ces critiques ont gagné du terrain depuis la baisse des effectifs de certaines organisations de travailleurs et d'employeurs et en gagneront encore si cette tendance se maintient. Si, par manque de représentativité, la légitimité des partenaires sociaux est sérieusement remise en question, le rôle du tripartisme, comme clé de voûte de la gouvernance, le sera inévitablement⁹⁷.

C'est évidemment à l'Organisation et à ses mandants qu'il appartient de démontrer leur propre utilité et leur importance. La représentativité des mandants peut être considérée, à juste titre, comme étant une responsabilité qui leur est propre, mais leur attitude les uns vis-à-vis des autres est aussi un élément clé, voire décisif. La force et la légitimité du tripartisme et de ses acteurs dépendent de la reconnaissance des droits et rôles de chacun dans un esprit de respect mutuel⁹⁸.

96. Guy Standing, « Global Governance: The Democratic Mirage? » (2004) 35:5 Development and Change 1065.

97. *L'initiative du centenaire sur l'avenir du travail*, Rapport du directeur général du BIT à la CIT, 104^e sess, 2015 à la p 17.

98. *Ibid* à la p 20.

Si les mandants tardent trop à s'attaquer à ces questions et, notamment, à celles liées à l'évolution des activités normatives, la pression risque de monter pour aller chercher hors de l'OIT les réponses, qu'on ne serait pas capable de trouver sur une base volontaire et dans le cadre du tripartisme actuel, à un besoin de régulation sociale adaptée et crédible que la mondialisation appelle. Il faut se demander de manière plus honnête si la majorité des mandants a vraiment intérêt au renforcement de l'efficacité du système de contrôle.

1. L'avenir du travail en question

Il est indéniable que le monde du travail traverse un processus de changement majeur. Qu'il s'agisse de démographie, de technologies, de changement climatique ou du caractère évolutif de la production et de l'emploi, plusieurs forces sont à l'œuvre à l'échelle planétaire. Pour faire face à ces nouveaux défis, le directeur général du BIT a lancé, en 2013, une « Initiative sur l'avenir du travail ». L'Organisation a, en effet, senti le besoin de mieux comprendre les transformations du monde du travail et d'y répondre plus efficacement en vue de continuer à remplir son mandat pour la justice sociale.

En 2016, tous les États membres de l'Organisation ont donc été invités à engager des dialogues nationaux sur l'avenir du travail autour de quatre « conversations du centenaire », sur les thèmes suivants : travail et société ; des emplois décents pour tous ; l'organisation du travail et de la production ; la gouvernance du travail. Dans cette optique, une commission mondiale de haut niveau sur l'avenir du travail a été instituée en 2017. Elle devra examiner les résultats des dialogues nationaux et d'autres activités qu'elle jugera nécessaires. La commission devrait, en principe, publier un rapport et des recommandations au début 2019, suivis par l'adoption, si cela s'avère possible et opportun d'un point de vue politique et institutionnel, d'une déclaration du centenaire, lors de la CIT 2019.

Cette réflexion sur l'avenir du travail, dans laquelle s'inscrit l'initiative du centenaire sur les normes, doit proposer des ébauches de solutions concernant l'activité normative traditionnelle de l'OIT et les problèmes auxquels fait face le système de contrôle de l'Organisation. À cet égard, comme certains observateurs l'ont déjà souligné, le paradoxe du système de contrôle est peut-être qu'aujourd'hui, ces procédures sont trop bien connues, et grande est la tentation, pour des plaideurs avisés, de les utiliser à seule fin de modifier un rapport de force sur le plan

interne, en jouant sur l'embarras que peut créer une exposition devant l'opinion internationale.

Or, n'est-ce pas là le but du droit? À la différence des normes morales ou éthiques dont les délibérations se déroulent dans le for intérieur de l'agent, les normes juridiques sont publiques, publiées, « données à voir » pour l'ensemble des acteurs afin qu'ils les appliquent dans leurs interactions. Les règles juridiques sont des outils fondamentaux de référence et indiquent les marges du possible à l'intérieur desquelles doivent se tenir les conduites humaines qu'elles visent⁹⁹.

Les règles de conduite ont une finalité instrumentale comparable, à cette différence près qu'elles constituent des supports — des outils de référence — servant à guider l'action des Hommes dans la création d'eux-mêmes, dans la confection (pour ainsi dire, dans la découpe) de leur propre histoire, dans la fabrication de leur agir, de leurs faits et gestes : elles leur indiquent ce qu'ils peuvent, ne peuvent pas ou doivent faire (permissions, interdictions, obligations). Il entre dans leur vocation que l'utilisateur à qui ces règles sont destinées ajuste ses agissements sur elles, sur les marges de possibilités qu'elles fixent; elles font office, pour lui, de marges de manœuvre ou de latitudes dans les limites desquelles doivent se tenir ses actes.

Cependant, bien que cette réflexion prospective sur l'avenir du travail se révèle stimulante et sûrement nécessaire, elle ne doit pas occulter le fait que, pour un très grand nombre de travailleuses et travailleurs dans le monde, le travail de demain sera tout à fait semblable à celui d'aujourd'hui et même, dans certains cas, à celui d'hier. Si des enclaves privilégiées du monde développé vont sûrement être touchées par ce que de nombreux spécialistes appellent la révolution 4.0¹⁰⁰, ce ne sera sans doute pas le cas de la majorité de la population active. Il faut se méfier du raisonnement simpliste selon lequel les robots et l'intelligence artificielle vont remplacer l'humain à court terme. Ce sont plus les tâches que les métiers qui seront touchées, ce qui nécessitera un accompagnement social et des systèmes de formation permanente beaucoup plus performants que ceux d'aujourd'hui.

99. Paul Amselek, « Mes cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général » (2014) 48:3 RJTUM 851.

100. Pourtant, beaucoup d'observateurs estiment qu'il est erroné de parler de quatrième révolution industrielle et que l'humanité serait plutôt au cœur de la troisième. En effet, certains estiment que, pour parler sérieusement d'une révolution industrielle, il faut que trois éléments fondamentaux soient réunis : d'abord une ou plusieurs sources d'énergie nouvelles; des modes de communication inédits; enfin, une réorganisation complète de l'économie.

À la suite des destructions d'emplois qui seront sans doute inévitables, car ils sont liés à des modes de vie anciens, les emplois nouveaux seront différents de ceux qui auront été démantelés et poseront inévitablement un problème de transition sociale, laquelle n'en est qu'à ses balbutiements.

Dès lors, tout en poursuivant cette réflexion sur le moyen et long terme, l'OIT ne doit pas omettre d'en mener une autre à court terme et tout aussi importante, qui concerne l'avenir de l'Organisation elle-même. Pour assurer sa pérennité au cours des prochaines décennies, elle doit se pencher sérieusement sur les défis posés à son action normative traditionnelle, sur les limites atteintes par son système de contrôle, sa légitimité et la représentativité de ses acteurs tripartites, sur le rôle de la recherche au sein de l'Organisation et sur celui de la coopération technique offerte à ses mandants, pour ne mentionner que les plus pressants.

Loin de disqualifier l'action normative de l'OIT, le phénomène de mondialisation, notamment sur les questions sociales et du travail, la rend plus que jamais nécessaire. L'OIT semble la seule instance internationale qui puisse légitimement se saisir de ce besoin, prendre la mesure exacte des transformations actuelles et faire évoluer en conséquence son système normatif.

À l'aube de son centenaire, peut-on prédire à l'OIT un rôle et une légitimité au sein de la gouvernance mondiale, similaires à ceux qui lui ont valu l'obtention, en 1969, du prix Nobel de la paix pour souligner l'anniversaire de son cinquantenaire? La devise, inscrite sur le document glissé sous la pierre de l'une des premières demeures de l'OIT à Genève, au début du XX^e siècle, mentionne : « Si tu veux la paix, cultive la justice ». Or, est-il possible de cultiver la justice sans passer par les chemins du droit¹⁰¹?

L'analyse des événements récents, liés à l'action normative de l'OIT et à son système de contrôle, et, notamment, la polarisation de certaines positions ne sont probablement que le juste reflet du durcissement des rapports employeurs/employés dans le monde du travail d'aujourd'hui. Le phénomène de la mondialisation et ses critères de performance à outrance ont, en effet, profondément changé la donne. L'OIT n'est plus nécessairement une enceinte privilégiée où, comme à

101. Duplessis, « Un abrégé de l'histoire », *supra* note 3.

l'époque d'Albert Thomas¹⁰², les « bons patrons » responsables trouvaient des solutions justes et négociées ainsi que des compromis acceptables pour préserver la paix du travail et la justice sociale. Par ailleurs, les travailleurs, paralysés à l'idée de toute réforme significative du système normatif qui pourrait remettre en cause leurs acquis, préfèrent souvent le *statu quo* à une évolution qui devient néanmoins de plus en plus nécessaire.

Malgré les difficultés croissantes pour arriver à des consensus sur les questions normatives du travail, l'OIT doit rester ce lieu de dialogue et de discussion où les parties peuvent bénéficier d'un espace pour s'exprimer et se retrouver afin d'œuvrer en faveur du travail décent. À cet égard, le rôle du BIT et de son 10^e directeur général, Guy Ryder, s'avère essentiel pour opérer un rapprochement entre les mandants autour de la mission de l'OIT. Si l'humanité en 1919 avait une lourde responsabilité devant l'histoire, celle d'assurer la paix universelle sur la base de la justice sociale, celle de 2019 est confrontée à la même responsabilité.

102. Le titre principal chapeautant nos réflexions, « Raison d'être et perspectives d'avenir de l'OIT à l'aube de son centenaire », veut d'ailleurs faire écho à celui de l'article rédigé en 1921 par le directeur général de l'OIT : Albert Thomas, « The International Labour Organisation: Its Origins, Development and Future » (1921) 1 Int'l Lab Rev 5.