

SECTION 4

LA JUSTICIABILITE DES DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX AU TRAVAIL

JULIEN BURDA

Les bouleversements nés de la libéralisation des échanges internationaux font de la protection des droits des travailleurs un enjeu essentiel. La concurrence internationale qui s'est développée ces dernières années, conséquence directe de ce processus de libéralisation, a en effet des répercussions importantes sur les relations sociales.

Dans les pays développés, le modèle de régulation socio-économique élaboré au début du XX^e siècle privilégiant une forme unique de rapport de travail et garantissant la sécurité du travailleur, un temps de travail homogène et des négociations collectives relativement autonomes⁵⁶³, se trouve aujourd'hui remis en question. L'État, dont la souveraineté est relativisée par l'émergence d'autres acteurs internationaux, a progressivement abandonné le modèle keynésien pour devenir également un État « anti-inflationniste », maîtrisant ses dépenses et maintenant les conditions de concurrence. Les entreprises doivent désormais s'adapter rapidement à une compétition mondiale et exigent plus de flexibilité de la part des salariés⁵⁶⁴. Les syndicats se trouvent enfin confrontés à l'accroissement d'un chômage de masse, et doivent nécessairement repenser et réorienter leurs actions en vue de la création ou de la sauvegarde de l'emploi, mais aussi de la lutte contre la pauvreté⁵⁶⁵.

Les travailleurs sont les premiers à subir les conséquences sociales de ces bouleversements. De nouvelles relations de travail apparaissent et se matérialisent dans des contrats de travail à durée déterminée, temporaire, à temps partiel, ou même journalier⁵⁶⁶. Néfastes pour les travailleurs⁵⁶⁷, surtout les plus inexpérimentés ou sous-qualifiés⁵⁶⁸, elles conduisent à un accroissement

⁵⁶³ Alain SUPLOT, *Au-delà de l'emploi : Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999, p. 7-8.

⁵⁶⁴ Marie-Ange MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 47.

⁵⁶⁵ Thierry PECH, « Crise du syndicalisme », *Alternatives Economiques*, n° 267, Mars 2008, p. 69.

⁵⁶⁶ Brigitte LESTRADE, « Le travail à temps partiel en France et en Allemagne : deux modèles contrastés », *Innovations : Cahiers d'économie de l'innovation*, vol. 20, n° 2, 2004, p. 62 ; Raymond TORRES, *Towards a Socially Sustainable World Economy: an Analysis of the Social Pillars of Globalization*, Genève, BIT, 2001, p. 35.

⁵⁶⁷ Patrick BOLLE, « Le travail à temps partiel: liberté ou piège? », *Revue Internationale du Travail, Perspectives*, vol. 136, n° 4, 1997, p. 628.

⁵⁶⁸ May TAM, *Part-Time Employment: A Bridge or A Trap ?*, Aldershot, Avebury, 1997, p. 243.

général de la précarité et à l'apparition de « travailleurs pauvres »⁵⁶⁹. Ces bouleversements sociaux touchent également les pays en développement et les pays émergents. La concurrence internationale et l'objectif de réduction maximale des coûts les incitent à tout faire pour attirer les investisseurs étrangers, au détriment des conditions sociales. Alors que certains modes de production institutionnalisent ainsi la précarité et le non-respect des droits des travailleurs⁵⁷⁰, se développe, en parallèle le « secteur informel » où les travailleurs exercent leur activité en dehors du cadre légal, sans contrat de travail et de protection sociale⁵⁷¹.

Ces différents éléments conduisent à un constat déplorable : la libéralisation des échanges a concouru au bouleversement des relations sociales et fragilise les droits sociaux à l'échelle planétaire⁵⁷², de façon – semble-t-il – irréversible⁵⁷³. Or, cette irréversibilité impose un changement d'approche. Il ne s'agit plus d'aborder la question de la mondialisation « sous l'angle "pour ou contre", mais sous celui des conditions dans lesquelles [elle] doit se réaliser »⁵⁷⁴, c'est-à-dire d'envisager les moyens qui permettraient, d'un point de vue social, d'assurer le renforcement des droits des travailleurs dans ce nouveau contexte⁵⁷⁵. Leur justiciabilité pourrait en être la voie.

Ceci suppose dans un premier temps d'identifier un socle commun de droits des travailleurs qui méritent d'être protégés en priorité dans ce contexte, afin de voir si les instruments internationaux qui les consacrent actuellement en assurent la justiciabilité. Toutefois, dans le contexte de libéralisation des échanges, l'insertion de clauses sociales comme le recours à l'unilatéralisme sont parfois préconisés pour renforcer leur effectivité.

I. Les droits fondamentaux des travailleurs et l'OIT

La question de la justiciabilité des droits fondamentaux des travailleurs a été longtemps obscurcie par l'absence de consensus international sur une

⁵⁶⁹ Julien DAMON, « Travailleurs pauvres : de quoi parle-t-on ? », *Droit Social*, 2009, pp. 292-299 ; *Les travailleurs à bas salaire et les travailleurs pauvres*, (OERI), septembre 2002, disponible à l'adresse : <http://www.eiro.eurofound.ie/2002/08/study/index.html>.

⁵⁷⁰ Theo NICHOLS et Surhan CAM, *Labour in a Global World: Case Studies from the White Goods Industry in Africa, South America, East Asia and Europe (The Future of Work)*, Londres, Palgrave Mcmillan, 2005, pp. 235-236.

⁵⁷¹ Jacques CHARMES, « Une revue critique des concepts, définitions et recherches sur le secteur informel », David TURNHAM, Bernard SALOME, Antoine SCHWARZ (éd.), *Nouvelles approches du secteur informel*, Paris, OCDE, 1990, pp. 11-51.

⁵⁷² Malte LÜBKER, « Mondialisation et perceptions des inégalités sociales », *Revue Internationale du Travail*, vol. 143, n° 1-2, 2004, p. 97.

⁵⁷³ Jean-Charles HERRENSCHMIDT, « L'irréversibilité de la mondialisation », Catherine KESSEDJIAN et Eric LOQUIN (dir.), *La mondialisation du droit*, Travaux du Centre de recherche sur le Droit des marchés et des investissements internationaux, Paris, Litec, vol. 19, 2000, pp. 389-400.

⁵⁷⁴ Marie-Ange MOREAU, précit., p. 43.

⁵⁷⁵ Bernhard G. GUNTER et Rolf VAN DER HOEVEN, « La dimension sociale de la mondialisation : analyse bibliographique », *Revue internationale du Travail*, vol. 143, n° 1-2, 2004, p. 8.

définition des droits fondamentaux des travailleurs. Leur reconnaissance dans l'ordre international a en effet été lente et délicate, les États⁵⁷⁶, les organisations internationales⁵⁷⁷, la doctrine⁵⁷⁸ ou même certains traités⁵⁷⁹ ayant, à tour de rôle, adopté des démarches propres et des terminologies différentes⁵⁸⁰ (A), ce qui a eu des impacts sur leur justiciabilité (B).

A. L'identification des droits fondamentaux des travailleurs

La maturation des droits sociaux considérés comme fondamentaux a pris un tournant décisif dans les années 1990 lorsque l'OIT a entrepris une réflexion sur sa raison d'être dans un monde devenu unipolaire. Elle devait surmonter une « crise d'identité »⁵⁸¹ et redéfinir les priorités de son action⁵⁸². L'OIT avait été jusque-là incapable de créer un « level-playing field »⁵⁸³, c'est-à-dire d'identifier et surtout d'imposer des normes sociales universelles, susceptibles de donner une vraie dimension sociale au processus de mondialisation. C'est précisément dans cette perspective que l'OIT a incité ses membres à se concentrer plus particulièrement sur quatre thèmes impératifs couverts par des normes sociales, à savoir la liberté syndicale, la discrimination en matière d'emploi, l'abolition du travail forcé et l'âge minimum d'accès à l'emploi⁵⁸⁴.

Cette réflexion a conduit les membres à adopter, en 1998⁵⁸⁵, une Déclaration « *relative aux principes et droits fondamentaux au travail* »⁵⁸⁶. Instrument promotionnel et non contraignant, cette Déclaration souligne le

⁵⁷⁶ Virginia LEARY, « Labour », Christopher C. JOYNER (ed.), *The United Nations and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, pp. 225-226.

⁵⁷⁷ *Le commerce, l'emploi et les normes du travail: une étude sur les droits fondamentaux des travailleurs et l'échange international*, Paris, OCDE, 1996.

⁵⁷⁸ Bob HEPPLER, « New Approaches to International Labour Regulation », *Industrial Law Journal*, vol. 26, n° 4, 1997, pp. 353-366.

⁵⁷⁹ Pierre Michel EISEMANN, « La dimension sociale des accords de produits de base », Alain PELLET et Jean-Marc SOREL (éd.), *Droit international du développement social et culturel*, Paris, L'Hermès, 1997, pp. 211-217.

⁵⁸⁰ Francis MAUPAIN, « La protection internationale des travailleurs et la libéralisation du commerce mondial: un lien ou un frein ? », *Revue Générale de Droit International Public*, 1996, p. 61.

⁵⁸¹ Brian LANGILLE, « The ILO and the New Economy: Recent Developments », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 15, n° 3, 1999, pp. 231-233.

⁵⁸² Don SMYTH, « Achievements, New Directions from 1994 ILO Conference », *Monthly Labor Review*, vol. 117, n° 9, 1994, pp. 46-51.

⁵⁸³ William SIMPSON, « Standard Setting and Supervision : A System in Difficulty », 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, p. 50.

⁵⁸⁴ *Des valeurs à défendre, des changements à entreprendre – La justice sociale dans une économie qui se mondialise : un projet pour l'OIT*, GB.261/WP/SDL/1, 81^{ème} session, Genève, 1994, p. 53.

⁵⁸⁵ La Déclaration a été adoptée par 273 voix favorables, pour 43 abstentions. *Compte-rendu des travaux*, vol. I, Conférence internationale du Travail, 86^e session, Genève, 1998, CRP n° 22, pp. 49-52.

⁵⁸⁶ Sur cette Déclaration, v. Claire LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international*, Paris, P.U.F., 2009 ; Hilary KELLERSON, « La Déclaration de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux : un défi pour l'avenir ? », *Revue Internationale du Travail*, vol. 137, n° 2, 1998, pp. 243-248 ; Francis MAUPAIN, « Revitalization Not Retreat: the Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Worker's Rights », *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 3, 2005, pp. 439-465.

caractère fondamental des principes et droits fondamentaux qu'elle consacre. Elle présente une originalité certaine qui ressort de la combinaison opérée entre sa forme non contraignante et son contenu, à savoir l'identification des droits et principes fondamentaux au travail que les membres de l'OIT, en raison de leur qualité de membres, ont l'obligation de promouvoir⁵⁸⁷. La liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession sont ainsi considérés comme les droits de l'Homme au travail. Ces droits sont en outre véhiculés par huit conventions que l'OIT qualifie de « fondamentales »⁵⁸⁸.

Le caractère fondamental de ces droits ressort de leur nature constitutionnelle. Ils sont en effet consacrés, explicitement ou non, dans la Constitution de l'OIT en tant que piliers sur lesquels celle-ci repose. La Déclaration, en ce sens, n'a fait que rappeler les obligations constitutionnelles des États membres. Si bien qu'elle ne cherche qu'à promouvoir l'application universelle des principes et des droits inscrits dans la Constitution de l'Organisation, exprimés et développés par la suite dans les huit conventions fondamentales.

L'affirmation de leur universalité se « paie » nécessairement en termes de contenu et justifie, en définitive, la pauvreté relative de celui-ci. Ceci explique que les Membres de l'OIT qui n'ont pas encore ratifié ces conventions, « ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions »⁵⁸⁹. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de cette Déclaration qui, se fondant sur la nature constitutionnelle de ces droits, élabore un seuil social commun et évite l'aléa de la ratification des conventions internationales. Bien entendu, l'ordre international recèle de conventions qui consacrent et explicitent ces quatre droits fondamentaux et obligent les États à adopter des mesures pour les rendre effectifs. Dans la majorité des cas, ces instruments contiennent également des mécanismes de destinés à en assurer la mise en œuvre.

⁵⁸⁷ Francis MAUPAIN, « L'OIT, la justice sociale et la mondialisation », Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 278, 1999, p. 243.

⁵⁸⁸ Il s'agit de la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948 ; de la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 ; de la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930 ; de la convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957 ; de la convention (n° 138) sur l'âge minimum, 1973 ; de la convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 1999 ; de la convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951 et de la convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958. Sur le caractère fondamental de ces conventions : Jean-Michel SERVAIS, « International Labour Organisation », Roger BLANPAIN (ed.), *International Encyclopedia of Labour Laws*, Kluwer, 1996, pp. 56-57.

⁵⁸⁹ Point 2 de la Déclaration.

B. Les mécanismes traditionnels de mise en œuvre des droits sociaux fondamentaux

Les mécanismes instaurés pour assurer l'effectivité des droits fondamentaux des travailleurs dans l'ordre international prennent généralement la forme de mécanismes de suivi (1), de contrôle sur rapports (2) ou sur plaintes (3).

1) Les mécanismes de suivi

Les mécanismes de suivi ont pour objet d'évaluer les efforts déployés par un État en vue d'assurer l'effectivité des droits. La Déclaration de 1998 a par exemple instauré un « mécanisme de suivi promotionnel » spécifiquement dédié aux droits sociaux fondamentaux. Deux rapports annuels doivent être rédigés ; le premier à partir des rapports transmis chaque année par les États membres qui indiquent l'état de leur législation, de leur pratique et les raisons pour lesquelles ils n'ont pas encore ratifiés les conventions fondamentales. Le second rapport, « global », est rédigé tous les ans sur un des quatre droits sociaux fondamentaux et est destiné à offrir une image dynamique relative à chaque catégorie de principes et droits fondamentaux⁵⁹⁰.

Ce mécanisme de suivi spécifiquement établi pour les droits sociaux fondamentaux permet de leur garantir « une certaine effectivité »⁵⁹¹, mais semble néanmoins limité dans sa portée. Il ne prévoit en effet qu'un suivi promotionnel et non de contrôle de leur mise en œuvre. Il n'est donc point question de parler ici de justiciabilité. Ce mécanisme s'inscrit néanmoins dans une logique propre qui repose sur le dialogue et la persuasion, sans aucune démarche contentieuse, afin de promouvoir, à terme, les droits sociaux fondamentaux.

2) Le contrôle sur rapports

La soumission de rapports destinés à vérifier le respect des obligations conventionnelles est, en quelque sorte, la technique de droit commun du contrôle de l'application des droits de l'Homme et des droits sociaux⁵⁹². Cette « protection par investigation »⁵⁹³, consiste, pour les États, à fournir des renseignements sur les mesures législatives, administratives ou judiciaires adoptées pour mettre en

⁵⁹⁰ Les derniers rapports ont ainsi été successivement intitulés : *La fin du travail des enfants: un objectif à notre portée* (2006), *Egalité au travail : relever les défis* (2007), *Liberté d'association: enseignements tirés de la pratique* (2008), et *Le coût de la coercition, rapport global sur le travail forcé* (2009).

⁵⁹¹ Laurence DUBIN, *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, Thèse Paris I, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 186.

⁵⁹² V. les articles 40 § 1 du Pacte international sur les droits civils et politiques, 16 à 22 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, 57 de la CEDH, 21 et 22 de la Charte sociale européenne, ou encore 62 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples.

⁵⁹³ Jacques MOURGEON, « Les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme », *Annuaire Français de Droit International*, 1977, p. 351.

œuvre les dispositions internationales en la matière. Ces rapports sont ensuite analysés par des organes indépendants, qu'ils soient de nature « administrative » ou « politique ».

Dans le cadre de l'OIT, chaque Membre a ainsi l'obligation de « présenter au Bureau international du Travail un rapport annuel sur les mesures adoptées pour mettre à exécution les conventions auxquelles il a adhéré ». Les huit conventions fondamentales sont bien entendu concernées. L'examen est assuré par une Commission d'experts qui, à l'issue de son examen, rédige un rapport annuel dans lequel elle présente ses conclusions, sous forme d'*observations*, publiées, ou de *requêtes directes*, non publiées mais directement transmises au Membre concerné. Il ne s'agit pas de le condamner fermement⁵⁹⁴, mais simplement de l'inciter, en des termes souvent pesés, à se conformer à ses obligations⁵⁹⁵. Ces *observations* ou *requêtes directes* ne sont d'ailleurs assorties d'aucune autre mesure destinée à faire plier le comportement du Membre visé.

Ce type de procédure présente des avantages de souplesse et de flexibilité indéniables mais demeure tributaire du bon vouloir des États. Ces derniers peuvent ralentir ou omettre la soumission de leurs rapports, sans que cela n'ait de réelles conséquences. L'issue de ces rapports réside également dans de simples condamnations verbales, dénuées de toute portée obligatoire pour les États qui ne respectent pas les droits sociaux fondamentaux, si bien que ce type de mécanisme n'est pas réellement en mesure d'assurer l'application effective et immédiate de ces droits sociaux.

3) Le contrôle sur plaintes

L'introduction de plaintes pour assurer le respect des droits des travailleurs est enfin un troisième mode de contrôle. Outre le Comité européen des droits sociaux⁵⁹⁶ et le futur Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU⁵⁹⁷, l'OIT offre une nouvelle fois un excellent exemple de ce type de mécanisme⁵⁹⁸. Outre les réclamations pouvant être introduites par une organisation professionnelle des travailleurs ou des employeurs à l'encontre d'un Membre qui n'aurait pas assuré l'exécution d'une convention à laquelle il a

⁵⁹⁴ Chloé CHARBONNEAU-JOBIN et Eric GRAVEL, *La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations : dynamique et impact*, publication du BIT, Genève, 2003, p. 8.

⁵⁹⁵ Virginia LEARY, « Lessons from the Experience of the International Labour Organisation », Philip ALSTON (ed.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 598.

⁵⁹⁶ Protocole d'amendement de Turin du 22 octobre 1991. Sur ce mécanisme de réclamations collectives : Robin R. CHURCHILL et Urfan KHALIQ, « The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights? », *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, 2004, p. 455-456.

⁵⁹⁷ V. Sophie GROSSEBON, *supra*.

⁵⁹⁸ Un Comité de la liberté syndicale est également habilité à examiner les plaintes émanant d'organisations d'employeurs et de travailleurs selon lesquelles des États Membres de l'OIT ne respectent pas les principes fondamentaux de la liberté syndicale.

adhéré⁵⁹⁹, la Constitution de l'OIT instaure un mécanisme de plaintes déposées par un Membre à l'encontre d'un autre Membre⁶⁰⁰. Une Commission d'enquête chargée d'évaluer la matérialité des faits et de formuler des recommandations au Membre mis en cause est alors instaurée⁶⁰¹. Si les recommandations formulées sont généralement suivies, la procédure prévoit toutefois l'éventualité contraire. L'article 33 de la Constitution permet alors au Conseil d'administration de « recommander à la Conférence telle mesure qui lui paraîtra opportune pour assurer l'exécution de ces recommandations ». Le champ des mesures pouvant être adoptées reste assez vaste, si bien que l'article 33 se présente comme l'« ultime force de frappe » du système contentieux de l'OIT en cas de violations graves et persistantes des droits sociaux fondamentaux par un État Membre⁶⁰². Cet article n'a été mis en œuvre qu'une seule fois dans l'histoire, à l'encontre de la Birmanie.

Le cas de la Birmanie reste d'ailleurs symptomatique des difficultés rencontrées pour assurer la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux⁶⁰³. La Birmanie avait en effet eu massivement recours au travail forcé pour la construction de complexes hôteliers et le développement d'infrastructures. A la suite d'un rapport d'enquête, le Conseil d'administration de l'OIT invoqua l'article 33 pour demander aux Membres de l'OIT et aux autres organisations internationales « de prendre les mesures appropriées afin que ces relations ne puissent être mises à profit par ledit Membre pour perpétuer ou développer le système de travail forcé ou obligatoire visé par la commission d'enquête et afin de contribuer dans toute la mesure possible à la mise en œuvre de ses recommandations »⁶⁰⁴. L'OIT a dû surmonter nombre de difficultés pour appliquer cette disposition, mais a toutefois pris ses responsabilités et démontré qu'elle n'était pas une organisation « sans dent »⁶⁰⁵. Une question reste cependant en suspens : l'OIT aurait-elle agité de la sorte pour la violation d'un droit social non fondamental ? Alors que l'interdiction du travail forcé était en cause dans le cas birman, il semble en effet peu probable que l'article 33 soit mis en œuvre pour des violations de conventions plus « techniques », qui feraient

⁵⁹⁹ Article 24 de la Constitution de l'OIT.

⁶⁰⁰ Article 26 de la Constitution de l'OIT.

⁶⁰¹ Nicolas VALTICOS, « Les Commissions d'enquête de l'Organisation Internationale du Travail », *Revue Générale de Droit International Public*, 1987, pp. 858-859.

⁶⁰² Francis MAUPAIN, « La valeur ajoutée de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail pour la cohérence et l'efficacité de l'action normative de l'OIT », Isabelle DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 36.

⁶⁰³ Francis MAUPAIN, « Is the ILO Effective in Upholding Worker's Rights ? : Reflections on the Myanmar Experience », Philip ALSTON (ed.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 85-142.

⁶⁰⁴ Résolution relative aux mesures recommandées par le Conseil d'administration au titre de l'article 33 de la Constitution de l'OIT au sujet du Myanmar, 88^e Session, Genève, 2000, disponible à l'adresse : <http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc88.htm>.

⁶⁰⁵ Brian LANGILLE, Robert HOWSE, avec Julien BURDA, « The World Trade Organization and Labour Rights: Man Bites Dog », Virginia LEARY et Daniel WARNER (éd.), *Social Issues, Globalisation and International Institutions*, The Hague, Koninklijke Brill NV, 2005, pp. 179-180.

l'objet, de manière d'ailleurs hypothétique, d'une plainte⁶⁰⁶. Il est donc délicat de tirer des conclusions à partir de ce cas, et de déterminer s'il peut constituer un véritable modèle d'intervention pour l'OIT.

En définitive, les mécanismes de suivi et de contrôle en matière de droits sociaux s'inscrivent dans une logique qui reste propre à chaque organisation ou traité qui les institue. Ils demeurent relativement insuffisants pour assurer la justiciabilité des droits fondamentaux des travailleurs, notamment face aux défis nés de la mondialisation. Ceci explique sans doute qu'une approche fondée sur « l'arme économique » est parfois préconisée, soit au moyen de clauses sociales insérées dans les accords commerciaux internationaux, soit au moyen de sanctions commerciales.

II. Les droits fondamentaux des travailleurs et le droit du commerce mondial

A. L'absence de clause sociale dans les accords de l'OMC

Une « clause sociale » se définit comme « une disposition insérée dans un accord commercial [international ou régional] faisant obligation aux États signataires de respecter les normes de travail fondamentales définies par l'OIT et susceptibles de leur être opposée en cas de violation »⁶⁰⁷. Elle permet à un État de suspendre l'application de l'accord commercial dès lors qu'un autre État ne respecte pas ses obligations en matière sociale. Cette clause est ainsi présentée comme un moyen permettant d'assurer l'effectivité des droits sociaux fondamentaux⁶⁰⁸. Après l'échec de la Charte de la Havane, dont le texte prévoyait une telle clause⁶⁰⁹, et le refus des États d'adopter dans le cadre du GATT une disposition équivalente⁶¹⁰, la clause sociale a également été rejetée dans le cadre de l'OMC⁶¹¹. Lors du cycle de négociations de l'Uruguay, certains pays ont une nouvelle fois formulé, en vain, une proposition de clause sociale⁶¹². Mais faute de consensus, la question a finalement été écartée. Alors que les pays

⁶⁰⁶ Francis MAUPAIN, art. précit., p. 119.

⁶⁰⁷ Clotilde GRANGIER et Jean-Marc SIROEN, « La clause sociale dans les traités commerciaux », Isabelle DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 182.

⁶⁰⁸ Bernard CASSEN, « La « clause sociale », un moyen de mondialiser la justice », « Dossier : Modestes propositions pour sortir de la crise... », *Le Monde Diplomatique*, février 1996, pp. 18-19.

⁶⁰⁹ Acte final et documents annexes de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et l'Emploi (Charte de la Havane), 21 novembre 1947 – 24 mars 1948, UN Doc. E/CONF/2/78 (1948); Elissa ALBEN, « GATT and the Fair Wage: An Historical Perspective on the Labor-Trade Link », *Columbia Law Review*, vol. 101, 2001, p. 1431.

⁶¹⁰ Harlan MANDEL, « In Pursuit of the Missing Link: International Worker Rights and International Trade », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 27, n° 2, 1989, pp. 443-482 ; Eric ROBERT, « Enjeux et ambiguïtés du concept de clause sociale ou les rapports entre les normes de travail et le commerce international », *Revue Belge de Droit International*, vol. 29, n° 1, 1996, p. 169.

⁶¹¹ Kofi ADDO, « The Correlation between Labour Standards and International Trade: Which Way Forward ? », *Journal of World Trade*, vol. 36, n° 2, 2002, pp. 285-303.

⁶¹² La nouvelle série de négociations multilatérales dans le cadre du GATT (J.O.C.E., C 255 du 13 octobre 1986, p. 69).

développés y sont favorables⁶¹³, il s'agirait, pour les pays en voie de développement, d'une nouvelle forme d'« impérialisme politique »⁶¹⁴ et de protectionnisme déguisé, et surtout d'un instrument remettant en question l'avantage comparatif du travail bon marché⁶¹⁵. La première Déclaration ministérielle à Singapour a ainsi affirmé que ce n'est pas l'OMC mais l'OIT qui constitue le forum adéquat pour *établir et s'occuper* des questions sociales⁶¹⁶. Cette Déclaration a scellé le sort de la clause sociale à l'OMC, et, par la même occasion, celle de la justiciabilité des droits des travailleurs dans ce cadre. Une telle clause paraît aujourd'hui improbable, d'autant plus que le cycle de négociations lancé à Doha est bloqué. Elle serait toutefois particulièrement efficace et mériterait d'être réhabilitée.

L'insertion d'une clause sociale n'irait pas à l'encontre des objectifs de l'OMC qui font mention du « *relèvement des niveaux de vie* », de la « *réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel* »⁶¹⁷. Ces objectifs, profondément sociaux⁶¹⁸, présupposent le respect des droits des travailleurs en tant que « *socle sur lequel peut venir se construire le développement des pays* »⁶¹⁹. Une telle clause contribuerait surtout à la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre international. Elle permettrait en effet aux Membres de l'OMC de suspendre l'application des accords – et par conséquent les bénéfices qui en résultent – à l'encontre d'un autre Membre coupable de violations de ces droits afin de l'inciter à les respecter. La clause permettrait par exemple de discriminer, par suspension de la clause de traitement national, les marchandises étrangères fabriquées par des enfants.

La contestation de cette suspension donnerait vraisemblablement naissance à un différend de nature « hybride », social et commercial, déféré à l'Organe de règlement des différends. En définitive, la clause lui donnerait le pouvoir de juger du respect des obligations sociales. La collaboration entre l'OIT et l'OMC s'avèrerait dès lors indispensable⁶²⁰. Certains ont plaidé pour un

⁶¹³ Jean-Michel SERVAIS, « La clause sociale dans les traités de commerce: prétention irréaliste ou instrument de progrès social? », *Revue Internationale du Travail*, vol. 128, n° 4, 1989, pp. 463-473.

⁶¹⁴ David LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du Commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1117.

⁶¹⁵ Gilsbert VAN LIEMT, « Normes minimales du travail et commerce international: une clause sociale serait-elle opérante? », *Revue Internationale du Travail*, vol. 128, n° 4, 1989, p. 477.

⁶¹⁶ Déclaration ministérielle de Singapour adoptée le 13 décembre 1996, WT/MIN(96)/DEC.

⁶¹⁷ Préambule de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce

⁶¹⁸ David LUFF, « An Overview of the International Law of Sustainable Development and a Confrontation between WTO Rules and Sustainable Development », *Revue Belge de Droit International*, vol. 29, n° 1, 1996, pp. 101-102.

⁶¹⁹ Vincent AUSSILOUX, « Les normes internationales du travail dans les négociations multilatérales : un point de vue économique », Filali OSMAN (dir.), *L'Organisation mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ? The World Trade Organisation: Towards a World Trade Law ?*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 115.

⁶²⁰ Daniel S. EHRENBERG, « From Intervention to Action : An ILO-GATT/WTO Enforcement Regime for International Labor Rights », Lance A. COMPA et Stephen F. DIAMONDS (éd.), *Human Rights, Labor Rights and International Trade*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996, pp. 163-180.

système de renvoi préjudiciel à l'OIT lorsque des questions sociales seraient soulevées dans le cadre de la procédure de règlement des différends à l'OMC. D'autres ont proposé l'établissement d'un mécanisme de plaintes, commun aux deux organisations. Un panel commun serait ainsi chargé d'analyser la réalité des violations des obligations sociales avant d'élaborer un rapport rassemblant ses constatations et ses recommandations. Cette procédure serait similaire dans son fonctionnement à celle instaurée dans le cadre de l'OMC pour les différends commerciaux « classiques ». Les recommandations de ce panel devraient par la suite être adoptées par les deux organisations, avant de faire l'objet d'une mise en œuvre, et le non-respect des recommandations se verrait sanctionné par la possibilité d'imposer des mesures unilatérales, notamment des restrictions ou des interdictions des importations en provenance de cet État⁶²¹.

Les modèles proposés vont donc bien au-delà de la simple insertion d'une clause sociale dans les accords de l'OMC, mais envisagent une profonde coopération entre les deux organisations. Pour l'heure, une telle coopération, comme l'insertion de cette clause, semblent malheureusement lointaines. Et, en l'absence de cette clause, l'hypothèse d'actions unilatérales destinées à promouvoir ces droits mérite d'être envisagée.

B. L'efficacité limitée de l'unilatéralisme commercial

L'imposition de mesures unilatérales est parfois préconisée afin d'exercer une certaine pression à l'encontre d'un État étranger ne respectant pas ses obligations en matière sociale. La principale difficulté réside, outre l'absence de clause sociale, dans le droit de l'OMC lui-même qui interdit, par principe, tout recours à l'unilatéralisme, qu'il s'agisse de contraindre (1) ou au contraire d'inciter (2) un Membre à respecter ses obligations sociales.

1) L'efficacité contestée de la contrainte commerciale unilatérale

De manière générale, plusieurs formes de mesures de contrainte unilatérale peuvent être envisagées, qu'il s'agisse d'interdire ou de limiter les importations de marchandises étrangères, ou simplement d'entraver leur commercialisation. Dans un souci de simplification, trois types de mesures unilatérales méritent d'être envisagées afin d'évaluer la « perméabilité » du droit de l'OMC aux questions sociales. La première mesure concerne la certification obligatoire, préalable à la commercialisation, destinée à vérifier que les marchandises étrangères importées n'ont pas été fabriquées en violation des droits fondamentaux des travailleurs. La deuxième vise le cas où toutes les marchandises fabriquées en violation des droits sociaux fondamentaux seraient interdites sur le territoire national. Enfin, la troisième mesure vise les marchandises dont l'entrée sur le territoire national est entravée (par un

⁶²¹ Daniel S. EHRENBERG, « The Labor Link : Applying the International Trading System to Enforce Violations of Forced and Child Labor », *Yale Journal of International Law*, vol. 20, 1995, pp. 361-417.

rehaussement des droits de douane par exemple). La première mesure constitue un obstacle à la commercialisation des marchandises étrangères sur le territoire national et relève à ce titre de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord « OTC »). À l'inverse, les deux autres mesures unilatérales portent sur l'accès au marché national, et relèvent, en ce sens du GATT.

a. Les droits sociaux fondamentaux et les dispositions de l'Accord OTC

Parmi les différentes restrictions au commerce international, les barrières techniques visent à freiner la commercialisation de marchandises étrangères en imposant le respect de certaines spécifications⁶²². L'objet de l'Accord OTC est précisément de garantir que les barrières techniques imposées ne constituent pas une restriction déguisée au commerce international, tout en admettant que celles-ci puissent être justifiées dès lors qu'elles poursuivent certains « *objectifs légitimes* » de sécurité, de santé ou de qualité. Cet accord présente une pertinence indéniable pour les droits sociaux fondamentaux. Serait-il possible d'assurer une certaine effectivité aux droits fondamentaux des travailleurs en imposant une « certification sociale » aux marchandises étrangères, préalable à leur commercialisation?

La validité d'une telle certification au regard de l'accord OTC demeure débattue, puisqu'il s'agit, en définitive d'imposer un obstacle à la commercialisation de marchandises étrangères en raison des conditions (sociales) dans lesquelles elles ont été fabriquées. C'est ainsi la question des « procédés et méthodes de production » (« PMP ») qui doit être discutée⁶²³. Lorsque les PMP sont sans répercussion sur le produit fabriqué, le bien considéré est physiquement identique à un autre, indépendamment de son mode de production⁶²⁴. Le respect des droits fondamentaux des travailleurs dans la production de telle ou telle marchandise relève des PMP non incorporés, puisque ce respect est sans incidences sur les caractéristiques finales du produit fabriqué. La place des PMP non incorporés dans le cadre de l'Accord OTC est débattue et n'a pas été totalement clarifiée⁶²⁵. Elle aurait pu l'être au sujet d'une loi belge de 2002, destinée à promouvoir la production socialement

⁶²² Franck VIOLET, « La norme technique, une entrave au commerce international », Filali OSMAN (dir.), *L'Organisation mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ? The World Trade Organisation: Towards a World Trade Law ?*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 197.

⁶²³ On distingue deux formes de PMP, à savoir les « PMP incorporés » dont on trouve une trace dans le résultat final car la manière dont il est produit a laissé son empreinte sur le produit (par exemple l'utilisation de pesticides), et les « PMP non incorporés », sans répercussions sur le produit final (filets utilisés pour la pêche aux crevettes).

⁶²⁴ Carlos LOPEZ-HURTADO, « Social Labeling and WTO Law », *Journal of International Economic Law*, vol. 5, n° 3, 2002, pp. 719-746.

⁶²⁵ Elliot B. STAFFIN, « Trade Barrier or Trade Boon ? A Critical Evaluation of Environmental Labelling and Its Role in the "Greening" of World Trade », *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 25, 1996, p. 237 ; Thomas J. SCHOENBAUM, « International Trade and Protection of the Environment : The Continuing Search for Reconciliation », *American Journal of International Law*, vol. 91, 1997, p. 295.

responsable⁶²⁶. Cette loi autorisait les entreprises à apposer un label social sur les produits importés si ceux-ci répondaient à des critères et des normes sociales reconnus notamment par l'OIT. Certes, ce label social était officiellement non obligatoire, reposant sur des PMP non incorporés dans le produit final⁶²⁷, mais pouvait constituer, *de facto*, une condition incontournable pour accéder au marché belge. Cette loi n'a malheureusement pas donné lieu à un litige à l'OMC.

Il reste toutefois que, pour être valide au regard de l'Accord OTC, un mécanisme de certification ne doit avoir ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. Ils doivent être élaborés pour « réaliser un objectif légitime » consistant, « entre autres [en] la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement »⁶²⁸. L'emploi des termes *entre autres* laisse envisager une portée assez large de cette disposition, au point d'intégrer le respect des droits sociaux fondamentaux en raison de leur caractère universel et des valeurs essentielles qu'ils véhiculent. La protection des droits sociaux fondamentaux pourrait donc constituer un « autre » objectif légitime. L'Accord OTC présume d'ailleurs qu'un tel objectif est légitime dès lors que la certification est adoptée sur le fondement de « normes internationales pertinentes », c'est-à-dire des normes élaborées, dans un objectif d'harmonisation, par des organismes internationaux, ce qui incluse légitimement les normes sociales internationales, notamment les huit conventions fondamentales de l'OIT⁶²⁹. Dès lors, une mesure de certification sociale fondée sur ces huit conventions fondamentales pourrait être présumée poursuivre un objectif légitime au sens de l'Accord OTC.

b. Les droits sociaux fondamentaux et les dispositions de l'Accord général

Les deux autres mesures de contrainte unilatérale envisagées précédemment concernent l'interdiction totale des marchandises fabriquées en violation des droits sociaux fondamentaux pour la première ; l'entrave à leur entrée sur le territoire national au moyen d'un rehaussement des droits de douane pour la seconde. Ces deux mesures qui interdisent ou limitent l'entrée des marchandises sur le territoire national, contreviennent aux dispositions relatives à l'accès au marché. Elles pourraient toutefois être rachetées sur le fondement des exceptions générales.

- Droits sociaux fondamentaux et dispositions relatives à l'accès au marché

⁶²⁶ Loi belge du 27 février 2002 visant à promouvoir la production socialement responsable, Le Moniteur belge, 26 mars 2002, 2^e édition, n° 12428.

⁶²⁷ Arne VANDAELE, *International Labour Rights and the Social Clause: Friends or Foes ?*, Londres, Cameron May, 2005, pp. 563-574.

⁶²⁸ Article 2.2 de l'Accord OTC.

⁶²⁹ V. la page « Caractéristiques des normes internationales du travail » sur le site de l'OIT, à l'adresse : <http://www.ilo.org/public/french/standards/norm/whatare/character/index.htm>.

La première mesure portant interdiction totale des marchandises étrangères viole incontestablement l'article XI prohibant les restrictions quantitatives, la seconde enfreint le principe de la consolidation des droits de douane et le principe de non-discrimination incarnée par les clauses de traitement national et de la nation la plus favorisée. Ces deux « piliers » du GATT imposent en effet que des « produits similaires » soient traités de manière non discriminatoire. Une fois encore, l'examen des PMP est au cœur du concept de similarité. Deux marchandises sont-elles similaires quand bien même l'une d'elles aurait été fabriquée en violation des droits sociaux ? Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel qui se sont penchés sur cette question ont abordé la similarité comme un concept essentiellement commercial⁶³⁰, puisqu'il s'agit « essentiellement [d']une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits⁶³¹ ». La jurisprudence a finalement rejeté les PMP *dans* la détermination de la similarité⁶³², tant et si bien qu'il n'est pas possible d'invoquer les conditions sociales dans lesquelles une marchandise a été fabriquée pour la discriminer⁶³³.

La justiciabilité des droits sociaux fondamentaux ne pourrait dès lors être recherchée qu'à travers les exceptions prévues par l'article XX du GATT.

- Droits sociaux fondamentaux et exceptions générales du GATT

Depuis l'affaire des *Crevettes*, l'Organe d'appel a en effet « *détruit le mythe de l'illicéité des PMP* »⁶³⁴ en estimant qu'une mesure discriminatoire fondée sur les PMP qui viole les dispositions relatives à l'accès au marché, peut, malgré tout, être examinée sous l'angle des exceptions générales et être « rachetée » si différentes conditions sont remplies. Ces exceptions générales, listées à l'article XX, sont destinées à assurer la protection d'intérêts supérieurs tels que la moralité publique, la santé et la vie des personnes et des animaux ou encore l'environnement. Les « mesures nécessaires à la protection de la moralité publique » de l'alinéa a) paraissent les plus pertinentes dans la perspective des droits sociaux, en particulier lorsque les travailleurs sont soumis à conditions de travail déplorables comme le travail forcé ou travail des enfants dans ses pires formes.

⁶³⁰ Robert HUDEC, « Like Product: The Differences in Meaning in GATT Articles I and III », Thomas COTTIER et Petros MAVROIDIS (éd.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-discrimination in World Trade Law*, Chicago, University of Michigan Press, 2000, p. 104.

⁶³¹ Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel, 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, § 99.

⁶³² Affaire États-Unis – Restrictions aux importations de thon mexicain, (Mexique contre États-Unis), rapport du Groupe spécial (non adopté), 3 septembre 1991, DS21/R, 39S/155, 30 I.L.M. (1991), p. 1594.

⁶³³ Il paraît également difficile de se retrancher derrière les règles relatives à la défense commerciale. Julien BURDA, *Le droit international économique et les droits sociaux fondamentaux : pour une dimension sociale de la libéralisation des échanges*, Thèse Paris II, Paris, 2009, pp. 299-302.

⁶³⁴ Steve CHARNOVITZ, « The Law of Environmental PPMs in the WTO: Debunking the Myth of Illegality », *Yale Journal of International Law*, vol. 27, 2002, p. 110.

La moralité publique est un concept évolutif qui varie dans le temps et dans l'espace, en fonction d'une série de facteurs, y compris les valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes. Le concept de « moralité publique » désigne en effet « les normes de bonne ou mauvaise conduite appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom », et laisse aux Membres « une certaine latitude pour [le] définir et [l']appliquer pour eux-mêmes »⁶³⁵, sous le contrôle des organes en charge du règlement des différends de l'OMC⁶³⁶. Les droits fondamentaux des travailleurs s'inscrivent indéniablement dans cette définition⁶³⁷. Ils constituent aujourd'hui des « standards moraux »⁶³⁸, et dépassent en ce sens le strict cadre étatique ; ils expriment surtout, comme cela ressort de la Déclaration de l'OIT de 1998⁶³⁹, les « valeurs partagées » par la communauté internationale dans son ensemble⁶⁴⁰. En ce sens, il paraît légitime qu'un Membre de l'OMC puisse adopter des mesures destinées à en promouvoir le respect, même sur le territoire d'un autre État. L'Organe d'appel a d'ailleurs confirmé qu'un Membre pouvait avoir un « intérêt légitime » à adopter une mesure discriminatoire, d'effet extraterritorial, dès lors que l'objectif consiste à protéger une valeur partagée⁶⁴¹.

L'article XX a) laisse ainsi apparaître une éventuelle « perméabilité » du droit de l'OMC aux droits sociaux fondamentaux. Différentes conditions, strictes, sont toutefois posées, puisque la nécessité des restrictions imposées afin de protéger la valeur en cause doit être démontrée. Il s'agit en effet d'établir son importance, la pertinence de la mesure pour atteindre l'objectif de protection poursuivi, et enfin son incidence sur le commerce⁶⁴². Le Membre doit ensuite prouver sa bonne foi en démontrant que la mesure n'est pas appliquée de façon à

⁶³⁵ Affaire États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris (affaire Services de jeux et paris, rapport du Groupe spécial, 10 novembre 2004, WT/DS285/R, § 4.461 et § 6.465 ; et rapport de l'Organe d'appel, 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, § 296.

⁶³⁶ Anne-Marie de BROUWER, « GATT Article XX's Environmental Exceptions Explored: Is There Room for National Policies ? », Anton VEDDER (ed.), *The WTO and concerns regarding animals and nature*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2003, p. 23.

⁶³⁷ Steve CHARNOVITZ, « The Moral Exception in Trade Policy », *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, 1998, pp. 689-745 ; Robert HOWSE, « The World Trade Organization and the Protection of Worker's rights », *Journal of Small and Emerging Business Law*, vol. 3, n° 1, 1999, pp. 131-172.

⁶³⁸ Virginia LEARY, « Worker's Rights and International Trade : the Social Clause (GATT, ILO; NAFTA; US Law », Jagdish N. BHAGWATI et Robert HUDEC (éd.), *Fair trade and Harmonization: Legal Analysis* (vol. 2), Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1996, p. 221.

⁶³⁹ Benjamin James STEVENSON, « Pursuing an End to Foreign Child Labor through U.S. Trade Law: WTO Challenges and Doctrinal Solutions », *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 7, 2002, p. 160.

⁶⁴⁰ Francis MAUPAIN, art. 2005, précit., p. 38.

⁶⁴¹ Gabrielle MARCEAU, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 4, 2002, p. 809.

⁶⁴² Affaire Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, rapport de l'Organe d'appel, 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R. § 162.

constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée au commerce international⁶⁴³.

L'article XX n'autorise donc pas tout recours à l'unilatéralisme, mais permet, ponctuellement, que certaines valeurs justifient la suspension des avantages de la libéralisation des échanges. En ce sens, le recours à des mesures unilatérales pourrait constituer un moyen pour assurer la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux ; il conduirait ainsi à reconnaître la supériorité des droits fondamentaux des travailleurs sur les considérations commerciales. Au demeurant, aucun Membre n'a, pour l'heure, osé « franchir le Rubicon » et recourir à l'unilatéralisme pour imposer le respect des normes sociales internationales. Les Membres sont sans nul doute conscients des risques politiques et systémiques que cela engendrerait. Les Membres se montrent en effet extrêmement prudents et même réticents face à un risque d'instrumentalisation de l'Organisation dans une direction qui n'était pas celle voulue à son origine. Certaines affaires ont certes soulevé des questions en matière d'environnement ou de santé publique, et ont ainsi renforcé l'illusion selon laquelle les « juges OMC » avaient une compétence générale. Or, à défaut d'une modification substantielle – semble-t-il impossible actuellement – des accords de l'OMC, il paraît inopportun de vouloir détourner l'OMC et son mécanisme de règlement des différends pour « forcer » la justiciabilité des droits des travailleurs à l'OMC. C'est en ce sens qu'une alternative reposant sur une dérogation au principe de la clause de la nation paraît attrayante.

2) L'efficacité relative des préférences commerciales socialement conditionnées

A la suite de la clause d'habilitation adoptée en 1979⁶⁴⁴, divers pays développés instaurèrent des « systèmes généralisés de préférences » afin de faciliter l'intégration des pays en voie de développement dans le commerce international. Ces préférences – essentiellement des avantages tarifaires supplémentaires – ne sont en général accordées que si le bénéficiaire remplit certaines conditions. Bien que les pays développés jouissent d'une certaine latitude pour préciser les modalités d'octroi⁶⁴⁵, le respect des conventions fondamentales de l'OIT a été érigé de manière récurrente comme condition indispensable pour bénéficier de ces préférences supplémentaires. Cette « conditionnalité sociale » offre ainsi des perspectives intéressantes pour assurer l'effectivité des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre international.

⁶⁴³ Affaire États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, rapport de l'Organe d'appel, 22 octobre 2001, WT/DS58/AB/RW§ 150.

⁶⁴⁴ Décision concernant le traitement différencié et plus favorable, la réciprocité et la participation plus complète des pays en voie de développement, 28 novembre 1979, L/4903.

⁶⁴⁵ Joël RIDEAU, « La mise en œuvre du droit international économique – Rapport introductif », Colloque de la Société française pour le Droit International – Colloque de Nice sur Les Nations Unies et le droit international économique, Paris, Pedone, 1986, p. 284.

Le dernier schéma de préférences élaboré par l'Union européenne conditionne par exemple son « régime spécial d'encouragement en faveur du développement durable et de la bonne gouvernance » à l'application effective, entre autres, des huit conventions fondamentales de l'OIT⁶⁴⁶. L'éligibilité est donc conditionnée positivement et est soumise à une obligation générale de ratification et de mise en œuvre effective de ces conventions⁶⁴⁷. À cette fin, la Commission européenne effectue un examen approfondi, prenant en considération les constatations qui ont pu être faites par les organisations et les agences internationales compétentes, avant d'accepter ou de rejeter la candidature du pays en développement.

Les préférences accordées peuvent par ailleurs être retirées lorsque les conditions requises ne sont plus respectées. Le Comité des préférences généralisées peut ainsi lancer une enquête et inviter le Conseil à retirer le bénéfice des préférences. Sous l'empire du schéma de 1994, le bénéfice des préférences a été retiré une seule fois à la Birmanie à la suite du recours au travail forcé⁶⁴⁸. Plus récemment, la Commission a lancé une enquête sur des violations des droits sociaux commises au Bélarus⁶⁴⁹. Cette action avait été lancée à l'initiative de l'International Confederation of Free Trade Unions (ICFTU), l'European Trade Union Confederation (ETUC) et la World Confederation of Labour (WCL) qui estimaient que le Belarus était coupable de violations graves et systématiques de la liberté syndicale telle que définie par les conventions n°87 et 98 de l'OIT⁶⁵⁰. L'ancien schéma communautaire permettait en effet à toute personne faisant état d'un intérêt de présenter des requêtes afin que des consultations soient ouvertes⁶⁵¹. Cette possibilité n'a malheureusement pas été reconduite, alors même qu'elle renforçait la justiciabilité des droits des travailleurs.

Au surplus, la pratique récente du schéma de préférence démontre que des dissonances demeurent malheureusement possibles entre l'Union européenne et l'OIT. En effet, le Pakistan, soupçonné d'avoir recours au travail

⁶⁴⁶ Règlement (CE) n° 732/2008 du Conseil du 22 juillet 2008 appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2011, J.O.C.E., L 211/1, 6 août 2008, pp. 1-39.

⁶⁴⁷ Michel DISPERSYN, « Un nouveau cadre pour la dimension sociale dans le Système de Préférences généralisé de la communauté », Isabelle DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 153-181.

⁶⁴⁸ Règlement (CE) n° 552/97 du Conseil du 24 mars 1997 retirant provisoirement le bénéfice des préférences tarifaires généralisées à l'Union du Myanmar, J.O.C.E., L 85/8 du 27 mars 1997, pp. 8-9.

⁶⁴⁹ Avis d'ouverture d'une enquête sur la violation de la liberté syndicale au Belarus en vue du retrait temporaire du bénéfice du système des préférences tarifaires généralisées (SPG), J.O.C.E., C 40/4, 14 février 2004, p. 4.

⁶⁵⁰ Cette enquête a abouti au retrait des préférences pour le Belarus en 2006. Règlement (CE) n° 1933/2006 du Conseil du 21 décembre 2006 portant retrait temporaire de l'accès de la République du Belarus aux préférences tarifaires généralisées, J.O.C.E., L 405 du 30 décembre 2006, pp. 31-36.

⁶⁵¹ Règlement (CE) n° 2501/2001 du Conseil du 10 décembre 2001 portant application d'un schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1er janvier 2002 au 31 décembre 2004, J.O.C.E., L 346/60 du 31 décembre 2001, pp. 1-60.

des enfants, a été l'objet une enquête par Comité des préférences généralisées. L'OIT s'était également saisie du problème, mais avait choisi de mettre en œuvre le Programme international pour l'éradication du travail des enfants (International Programme for the Eradication of Child Labour – IPEC). Devant l'incompatibilité d'un retrait des bénéficiaires du système généralisé de préférences avec la démarche non coercitive adoptée par l'OIT, la Commission européenne décida finalement de ne pas suspendre le Pakistan⁶⁵². Cette décision, prise alors même qu'il existait des indices forts de recours au travail des enfants, illustre les discordances qui résultent de la diversité des instances capables d'agir et la nécessité de coordonner leurs actions afin d'en assurer l'efficacité⁶⁵³.

En dépit de ces dissonances, l'octroi de préférences commerciales conditionnées est, malgré son caractère dérogoire à la clause de la nation la plus favorisée, licite au regard de l'OMC. Dans l'affaire Communautés Européennes – *Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement* (affaire SGP)⁶⁵⁴, l'Organe d'appel admis qu'il était possible d'établir des différences de traitement entre pays en voie de développement sur le fondement de la clause d'habilitation. La seule condition demeure toutefois d'octroyer des préférences tarifaires identiques à tous les bénéficiaires se trouvant dans une situation semblable⁶⁵⁵. La difficulté est alors d'apprécier l'identité de situation de deux pays en développement. Cette appréciation doit s'effectuer, d'après l'Organe d'appel, sur la base de « critères objectifs ». En matière sociale, ces critères objectifs reposent sur l'examen de l'application des conventions fondamentales listées dans les schémas de préférences⁶⁵⁶. Or, la référence explicite à ces huit conventions permet sans nul doute de renforcer cette objectivité dans la mesure où l'identité des situations peut s'apprécier à partir des constatations effectuées par l'OIT elle-même.

L'octroi de préférences tarifaires conditionnées au respect des droits sociaux fondamentaux se présente donc comme une alternative aux mesures unilatérales de contrainte. Il est vrai que la portée de cette conditionnalité demeure limitée car les avantages ne sont que tarifaires. Or les différents *rounds* de négociations ont précisément pour objet de réduire, de manière successive, les droits de douane. Les systèmes généralisés de préférences sont donc inéluctablement victimes de cette érosion progressive. Mais la

⁶⁵² Andrew CLAPHAM et Maria MARTIGNONI, « Are We There Yet? In Search of A Coherence EU Strategy on Labor Rights and External Trade », Virginia LEARY et Daniel WARNER (éd.), *Social Issues, Globalisation and International Institutions*, The Hague, Koninklijke Brill NV, 2005, pp. 283-284.

⁶⁵³ Marie-Ange MOREAU, art. précit., p. 211.

⁶⁵⁴ Communautés Européennes – *Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, rapport de l'Organe d'appel, 7 avril 2004, WT/DS246/AB/R, § 154.

⁶⁵⁵ Gene M. GROSSMAN and Alan O. SYKES, « A Preference for Development: the Law and Economics of GSP », *World Trade Review*, vol. 4, n° 1, 2005, pp. 41-67.

⁶⁵⁶ Marie-Pierre LANFRANCHI, « Les droits sociaux fondamentaux dans le droit applicable au commerce international », in Jean-Yves CHEROT et Tobias VAN REENEN (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pp. 71-72.

conditionnalité sociale participe surtout, à sa façon, à la réflexion sur la nécessité de renforcer la justiciabilité des droits fondamentaux dans le contexte de la libéralisation des échanges.

Conclusion

En guise de conclusion, il importe de souligner la faiblesse des mécanismes internationaux permettant d'assurer la justiciabilité des droits fondamentaux. Les mécanismes de suivi, de contrôle sur rapport ou sur plaintes s'inscrivent dans des logiques qui restent malheureusement propres à chaque organisation ou traité, et qui, au demeurant, ne semblent pas adaptés au contexte de mondialisation.

Dans ce mauvais contexte pour les droits des travailleurs, une timide lueur d'espoir mérite toutefois d'être relevée. La crise mondiale qui a débuté il y a maintenant deux ans a sans doute mis en exergue les limites de la mondialisation – notamment dans sa dimension financière – qui a été jusqu'ici mal ou non maîtrisée. Peut-être fera-t-elle prendre conscience qu'il est plus que jamais nécessaire de donner une dimension sociale à ce processus, et, par conséquent, d'instaurer des mécanismes permettant de la réaliser ? Cette amélioration passera nécessairement par un renforcement de la collaboration entre l'OIT et l'OMC, quasi inexistante actuellement. Certains dirigeants l'ont d'ailleurs récemment appelé de leurs vœux⁶⁵⁷. La prise en compte des droits des travailleurs dans ce nouveau contexte est une impérieuse nécessité ; il en va de la stabilité de nombre de pays, et surtout, comme à l'époque ayant justifié l'établissement de l'OIT, de la paix sociale.

Pour citer cet article

Julien Burda, « La justiciabilité des droits sociaux fondamentaux au travail »,

La Revue des Droits de l'Homme, juin 2012

<http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/la-justiciabilite3a9-des-droits-sociaux-fondamentaux-au-travail.pdf>

⁶⁵⁷ V. le discours prononcé par le Président français Nicolas SARKOZY lors de la 98^e session de la Conférence internationale du travail à Genève, le 15 juin 2009.