

Note: Cette traduction a été établie par le Greffe à des fins internes et n'a aucun caractère officiel

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

**DROIT DE GRÈVE AU REGARD DE LA CONVENTION N° 87 DE L'OIT
(REQUÊTE POUR AVIS CONSULTATIF)**

**EXPOSÉ ÉCRIT DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE
D'AFRIQUE DU SUD**

15 mai 2024

[Traduction du Greffe]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
I. INTRODUCTION	1
II. BREF RAPPEL DE L'HISTORIQUE DE LA CONTROVERSE.....	1
III. INTÉRÊTS DE L'AFRIQUE DU SUD DANS LA CONTROVERSE.....	3
IV. PRINCIPE DE LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION	4
V. COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE	5
VI. CONVENTION N° 87	6
VII. DROIT DE GRÈVE.....	7
VIII. CONVENTION DE VIENNE ET INTERPRÉTATION DES TRAITÉS	8
IX. CONCLUSION	13

I. INTRODUCTION

1. Le 10 novembre 2023, le Conseil d'administration de l'Organisation internationale du Travail (OIT), a décidé, à sa 349^e session, de demander à la Cour internationale de Justice (ci-après, la « Cour »), sur le fondement du paragraphe 1 de l'article 37 de la Constitution de l'OIT, de rendre d'urgence un avis consultatif sur la question suivante : « Le droit de grève des travailleurs et de leurs organisations est-il protégé par la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948 ? ».

2. Cette demande d'avis consultatif trouve son origine dans le fait que l'Organisation internationale des employeurs (OIE), le groupe des mandants employeurs de l'OIT, conteste l'interprétation que la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CEACR) de l'OIT a donnée aux articles 3 et 10 de la convention n° 87 comme prévoyant un droit de grève circonscrit.

3. En 2012, cette controverse a eu pour effet d'empêcher la Commission de l'application des normes d'examiner, pour les trancher, les cas individuels concernés par les observations de la CEACR sur le droit de grève, les représentants des employeurs ayant refusé d'examiner ces cas au motif que la convention n° 87 ne prévoyait pas le droit de grève. Cette inertie persistante a gravement perturbé le fonctionnement du système normatif de l'OIT, et aucun consensus n'a pu être dégagé en dépit des tentatives faites depuis plusieurs années pour régler la controverse.

4. Le 12 juillet 2023, la vice-présidente travailleuse du Conseil d'administration de l'OIT a officiellement recommandé que la controverse soit portée devant la Cour et que la recommandation soit inscrite à l'ordre du jour du Conseil d'administration en novembre 2023 pour examen et décision¹.

5. Dans une lettre en date du 14 juillet 2023 adressée au directeur général du BIT, le ministre sud-africain de l'emploi et du travail, agissant au nom du Gouvernement de la République sud-africaine, a déclaré soutenir sans réserve la recommandation de porter la controverse devant la Cour, soulignant que la Constitution sud-africaine et la loi sud-africaine de 1995 relative aux relations professionnelles (ci-après, la « LRA ») consacraient la liberté syndicale et le droit de grève².

6. En réponse à l'ordonnance portant organisation de la procédure que la Cour a rendue le 16 novembre 2023, le Gouvernement sud-africain confirme que l'Afrique du Sud, en tant que partie à la convention n° 87 qu'elle a ratifiée le 19 février 1996, est habilitée à ester devant la Cour. En conséquence, il soumet le présent exposé écrit conformément à ladite ordonnance.

II. BREF RAPPEL DE L'HISTORIQUE DE LA CONTROVERSE

7. Bien que certains gouvernements aient donné isolément leur opinion sur certaines interprétations de la convention n° 87 faites par la CEACR, aucune n'a été renvoyée devant la Cour afin que cette dernière se prononce sur la question.

¹ Dossier BIT, vol. 1, document n° 5.

² *Ibid.*, document n° 8.

8. Lors des débats de la Commission de l'application des normes en 1990, les membres employeurs ont soulevé la question de l'interprétation donnée à la convention n° 87 par la CEACR, affirmant qu'ils étaient en désaccord avec cette dernière sur la question du droit de grève et qu'elle « [avait] progressivement déduit de la convention n° 87 un droit de grève qui n'[était] plus guère limité », qu'ils émettaient « des réserves juridiques » sur son avis et que celui-ci « touchait directement leurs intérêts »³.

9. Lors des débats de la Commission de l'application des normes en 1992, les membres employeurs ont reproché à la CEACR d'avoir fait « une application extensive du droit de grève, alors que l'historique de la convention n° 87 montr[ait] qu'il n'en avait pas été question » et d'avoir conclu que la convention prévoyait un « droit de grève toujours plus large » pour y inclure les grèves de soutien et de solidarité ainsi que les grèves politiques, tout en appliquant une définition plus étroite des services essentiels.

10. Lors des débats de la Commission de l'application des normes en 1993, les membres employeurs sont revenus à la charge, faisant valoir que les méthodes d'interprétation prévues par le droit international coutumier et la convention de Vienne sur le droit des traités ne permettaient pas « de “créer” un droit de grève extrêmement large aux termes de la convention n° 87, comme l'a[vait] fait à maintes reprises la commission d'experts » et que

« [l]e droit de grève tel qu'il [était] conçu par la commission d'experts [était] pratiquement illimité. Les possibilités de réglementation des États Membres [étaient] quasiment nulles. Les formules élaborées par la commission d'experts, qui autoris[ai]ent quasiment toute grève et qui interdis[ai]ent quasiment toute limitation comme étant contraire au droit international, ne p[ouvai]ent être déduites de la convention n° 87 »⁴.

11. Lors des débats de la Commission de l'application des normes en 1994, la charge s'est poursuivie, les membres employeurs ajoutant notamment à leurs flèches le grief que « la commission d'experts créait et élaborait des règles de droit » et qu'elle avait progressivement étoffé ses vues sur la question du droit de grève, passant d'un exposé d'un paragraphe sur celle-ci dans son étude de 1959 à 44 paragraphes dans l'étude de 1994. Les employeurs « ne critiquaient pas tant le fait que la commission d'experts avait voulu reconnaître le principe du droit de grève, mais plutôt qu'elle prenait comme point de départ un droit de grève exhaustif et illimité ».

12. Lors des débats de la Commission de l'application des normes en 1997, les employeurs ont reconnu que les « les actions de revendication ... f[aisaie]nt partie des principes de la liberté syndicale énoncés dans la convention n° 87 ». Toutefois, « leurs critiques [portaient] sur la jurisprudence détaillée développée au cours des années sur la base de ces principes ».

13. Lors des débats de la Commission de l'application des normes en 2012 et plus précisément lors de l'examen de l'étude d'ensemble sur les libertés fondamentales, les avis de la commission sur le droit de grève, en particulier le fait que la question couvrait 20 pages de l'étude, ont irrité les employeurs qui, en prélude à leur attaque sur le mandat de la commission, se sont opposés à ce que les vues de cette dernière soient « considérées ou promues comme une jurisprudence de “*soft law*” ».

³ Dossier BIT, vol. 2, document n° 77.

⁴ *Ibid.*, vol. 3, document n° 108.

14. Les points de vue des employeurs concernant le droit de grève peuvent se résumer comme suit :

- a) la notion de liberté syndicale n'englobe pas le droit de grève ;
- b) la convention n° 87 ne mentionne pas le terme « grève » ; en conséquence elle ne régit pas le droit de grève ;
- c) selon la convention de Vienne sur le droit des traités, la CEACR n'était pas habilitée à interpréter la convention n° 87 comme régissant les grèves, d'autant plus que, dans les travaux préparatoires, « il était clairement dit que la convention n° 87 n'était pas destinée à régler la grève » ;
- d) la CEACR a pris pour point de départ un « droit de grève exhaustif et illimité » qui rend nulles les « possibilités de réglementation des États Membres » et ce droit est « interprété de façon étroite » dans son application ;
- e) dans ses observations, la CEACR s'est appuyée sur les décisions du Comité de la liberté syndicale (ci-après, le « CLS »).

III. INTÉRÊTS DE L'AFRIQUE DU SUD DANS LA CONTROVERSE

15. Le 11 mai 1988, une plainte a été déposée auprès de l'OIT contre le Gouvernement sud-africain pour atteintes aux droits syndicaux. L'Afrique du Sud n'étant pas membre de l'OIT à cette époque, la plainte a été renvoyée devant le Conseil économique et social des Nations Unies au titre d'une procédure convenue entre les deux organisations internationales.

16. Avec le consentement du Gouvernement sud-africain, le Conseil économique et social a transmis la plainte à la Commission d'investigation et de conciliation de l'OIT afin qu'elle examine les atteintes aux droits syndicaux alléguées. À l'issue de l'examen des éléments de preuve et des arguments présentés par les syndicats, les organisations d'employeurs et le Gouvernement sud-africain, la Commission a rendu un rapport le 8 mai 1992.

17. Dans ce rapport, la Commission d'investigation et de conciliation a formulé plusieurs conclusions sur le droit de grève à la lumière de la jurisprudence établie par les deux organes de contrôle de l'OIT, à savoir le CLS et la CEACR, qui, eux, s'étaient appuyés sur l'engagement en faveur de la liberté syndicale inscrit dans la Constitution de l'OIT et aux articles 3 et 10 de la convention n° 87 pour conclure à l'existence d'un droit de grève circonscrit.

18. Les conclusions et recommandations du rapport intéressant le droit de grève sont jointes au présent exposé en appendice I. En résumé, elles abordent diverses atteintes au droit de grève touchant aux règles de procédure, aux actions de protestation, aux services essentiels, et aux sanctions.

19. Pour donner suite au rapport, le Gouvernement sud-africain :

- a) a intégré les droits du travail dans les Constitutions sud-africaines de 1994 et 1996 qui reprennent à l'identique les principaux éléments des conventions n°s 87 et 98 tels qu'ils avaient été interprétés par le CLS et la CEACR, en particulier le droit de grève ;

- b) a engagé une révision complète de la législation sud-africaine régissant les relations professionnelles qui a abouti à l'adoption de la loi n° 66 de 1995 relative aux relations professionnelles, laquelle est venue donner plein effet aux recommandations de la CEACR ; et
- c) a ratifié les conventions n^{os} 87 et 98 en 1996.

20. Pour interpréter le droit de grève prévu par la Constitution et les dispositions de la loi relative aux relations professionnelles concernant le droit de grève, la Cour constitutionnelle et les tribunaux du travail tiennent compte de la jurisprudence établie par le CLS et la CEACR⁵.

21. Dans l'affaire *Association of Mineworkers and Construction Union and others v. Anglo Gold Ashanti Limited t/a Anglo Gold Ashanti and others*, le syndicat a contesté les restrictions imposées au droit d'engager une grève secondaire par la loi n° 66 de 1995 relative aux relations professionnelles. La Cour constitutionnelle a conclu à la majorité que ces restrictions étaient conformes à la jurisprudence du CLS et de la CEACR en ce qu'elles étaient raisonnables. Dans son 404^e rapport adressé au Conseil d'administration, le CLS a indiqué au sujet de la plainte que, étant donné « les efforts déployés par le gouvernement pour garantir pleinement la liberté syndicale, en particulier le droit de grève », il recommandait que le Conseil considère que le cas ne nécessitait pas un examen plus approfondi. Il a cependant précisé qu'il ne concluait pas que les restrictions étaient conformes à la liberté syndicale et a invité « le gouvernement ainsi que les organisations représentatives de travailleurs et d'employeurs [à] assurer un suivi continu de l'application [des restrictions] et, le cas échéant, [à] envisager les mesures nécessaires afin de garantir le respect de la liberté syndicale »⁶.

22. Il découle de la décision que le CLS et la CEACR poursuivent l'examen des restrictions. Il est par conséquent extrêmement important pour le Gouvernement sud-africain et ses tribunaux que soit enfin déterminé le statut juridique de la jurisprudence de la CEACR sur le droit de grève.

IV. PRINCIPE DE LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION

23. Sur le plan conceptuel, le principe de la liberté d'association est établi tant dans sa dimension individuelle que dans sa dimension collective. Cette liberté s'entend non seulement de la liberté *de s'associer*, mais également de la liberté *de l'association*.

24. Selon une construction logique, applicable à tous types d'associations (qu'il s'agisse de partis politiques, d'organismes religieux, d'entreprises, de syndicats, etc.), la dimension individuelle garantit à toute personne le droit de constituer ou créer une association et de s'affilier à une association, tandis que la dimension collective garantit à l'association la liberté d'établir ses propres règles et objectifs sans ingérence d'autrui et de mener ses activités légitimes sous réserve du respect de la loi⁷.

⁵ Dossier BIT, vol. 5, documents n^{os} 326, 328 et 341. Une décision plus récente rendue en l'affaire *Association of Mineworkers and Construction Union v. Anglo Gold Ashanti Limited t/a Anglo Gold Ashanti and others* (CCT 233/20 [2021] ZACC 42, accessible à l'adresse : <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2021/42.html>), n'est pas incluse dans le dossier.

⁶ https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40relconf/documents/meetingdocu ment/wcms_900968.pdf.

⁷ À cet égard, les droits et protections individuels et collectifs prévus par la convention n° 87 sont compatibles avec cette conception du principe de la liberté syndicale.

25. Par conséquent, le principe de la liberté d'association allie des libertés croisées et parfois antagoniques qui ne se composent pas uniquement du droit de toute personne de s'affilier à une association ou de refuser de s'y affilier, ou du droit de l'association d'admettre une personne dans ses rangs ou de l'en exclure, mais aussi du droit de l'association d'établir ses propres règles, d'élaborer ses propres programmes et d'obliger chacun de ses membres à suivre ces règles et programmes, du droit de l'association de se fédérer avec d'autres associations et de mener ses activités légitimes, ainsi que du droit de toute personne de participer auxdites activités ou de refuser d'y participer.

26. Le principe de la liberté d'association constitue le socle de l'État démocratique moderne. Son champ d'application couvre le droit de constituer des partis politiques, des organismes religieux, des établissements d'enseignement, des entreprises, des partenariats, des syndicats et des organisations d'employeurs. Toutes ces associations, bien que réglementées, bénéficient d'une certaine manière d'une dérogation spéciale de l'État pour mener leurs activités légitimes, comme l'immunité accordée aux actionnaires à l'égard des dettes de l'entreprise ou aux syndicats qui appellent à la grève. Autrement dit, la liberté réglementée de l'association de mener ses activités légitimes et légales sans s'exposer à quelque responsabilité ou sanction est inhérente au principe de la liberté syndicale.

27. La Constitution de l'OIT reconnaît expressément dans son préambule que le « principe de la liberté d'association » est un moyen fondamental pour établir une paix universelle et durable fondée sur la justice sociale. La déclaration de Philadelphie réaffirme l'engagement de l'OIT en faveur du « principe fondamental » de la « liberté d'association ». En devenant membre de l'Organisation, tout État s'engage à respecter ce principe fondamental.

V. COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE

28. C'est en se fondant sur ce principe de la liberté d'association que le Conseil d'administration de l'OIT a mis en place, en 1951, le CLS, organe tripartite chargé de connaître des plaintes déposées par des organisations de travailleurs ou d'employeurs à l'encontre d'États membres pour atteintes au principe de la « liberté syndicale ». C'est la seule disposition de la Constitution de l'OIT concernant le mandat du CLS. Ce mandat consiste notamment à « déterminer si, concrètement, telle ou telle législation ou pratique est conforme aux principes de la liberté syndicale et de la négociation collective énoncés dans les conventions portant sur ces sujets »⁸.

29. Afin de donner du contenu au principe, le CLS s'est appuyé sur la teneur des conventions n^{os} 87 et 98 pour élaborer une jurisprudence y afférente au cas par cas⁹ et dans le respect de la règle du précédent (uniformité dans le temps) et de la règle de l'égalité dans l'application (uniformité entre États membres). Ce faisant, il a interprété le texte des deux conventions et l'a appliqué aux allégations formulées dans les plaintes qui lui avaient été soumises.

30. Cette jurisprudence a d'abord été réunie dans un recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration de l'OIT, publié par le BIT en 1972, et plus récemment en 2018 dans sa sixième édition. Il est depuis lors intitulé « Compilation des

⁸ Dossier BIT, vol. 3, document n° 90, par. 14.

⁹ En juin 2016, le Comité de la liberté syndicale (ci-après, le « CLS ») avait déjà traité plus de 3 200 cas, sur une période de 65 ans.

décisions du Comité de la liberté syndicale »¹⁰. Les décisions proprement dites sont rassemblées dans des rapports annuels soumis au Conseil d'administration¹¹.

31. Lors des examens de la législation et de la pratique, le CLS a plusieurs fois fait référence aux conclusions de la CEACR concernant différentes dispositions de la convention n° 87. Il existe donc une jurisprudence interdépendante élaborée par ces deux organes de contrôle.

VI. CONVENTION N° 87

32. La convention n° 87 énonce expressément dans son préambule qu'elle est adoptée pour donner effet au principe de la liberté syndicale affirmé dans le préambule de la Constitution de l'OIT et proclamé une nouvelle fois dans la déclaration de Philadelphie.

33. La convention n° 87 garantit les dimensions individuelle et collective du principe de la liberté syndicale.

34. L'article 2 de la convention n° 87 établit le droit des travailleurs et des employeurs de constituer les organisations de leur choix et de s'affilier à de telles organisations, sous réserve du respect des dispositions du paragraphe 1 de l'article 8, selon lesquelles, dans l'exercice de ce droit, les travailleurs et les employeurs doivent respecter la législation nationale, et de celles de l'article 9 en ce qui concerne les forces armées et la police. Les articles 3 à 7 ainsi que l'article 10 présentent la dimension collective de la liberté syndicale, sous réserve des dispositions des articles 8 et 9. Ces droits et protections sont en toute logique éclairés par le principe de la liberté syndicale.

35. L'article 3 de la convention n° 87 garantit le droit des organisations de travailleurs et d'employeurs d'« organiser ... leur activité, et de formuler leur programme d'action ». L'article 10 définit l'« organisation » du point de vue de son but, qui consiste à promouvoir et défendre « les intérêts des travailleurs ou des employeurs ».

36. Il s'ensuit logiquement que, compte tenu du but des organisations de travailleurs visé à l'article 10, les types d'activité et de programmes garantis à l'article 3 sont ceux qui promeuvent et défendent les intérêts des travailleurs. Étant donné le caractère collectif de ces organisations, les activités considérées doivent logiquement englober les actions collectives légitimes et légales de toute nature.

37. Il importe de développer brièvement la disposition du paragraphe 1 de l'article 8 selon laquelle l'exercice du droit de mener une action collective doit respecter la légalité. Le paragraphe 2 dispose que la « [l]a législation nationale ne devra porter atteinte ni être appliquée de manière à porter atteinte aux garanties prévues par la présente convention ». L'attention particulière portée à la « législation nationale » s'explique par l'histoire, antérieure et actuelle, des interdictions législatives et juridiques de l'activité syndicale tant dans les systèmes de *common law* que dans ceux de droit romano-germanique¹². Ainsi que l'a dit la Cour suprême du Canada au sujet de l'évolution du droit

¹⁰ <https://www.ilo.org/fr/publications/la-libert%C3%A9-syndicale-compilation-des-d%C3%A9cisions-du-comit%C3%A9-de-la-libert%C3%A9-syndicale>

¹¹ <https://www.ilo.org/fr/resource/autre/liste-des-rapports-du-comit%C3%A9-de-la-libert%C3%A9-syndicale>

¹² Voir Halton Cheadle, « Constitutionalising the Right to Strike » in Hepple, Le Roux and Sciarra, *Laws Against Strikes: The South African Experience in an International and Comparative Experience*, Franco Angeli, 2015, p. 69.

des relations professionnelles au Canada, cette histoire comprend trois périodes : « la répression, la tolérance et la reconnaissance »¹³.

38. La CEACR a pour principale obligation concernant la convention n° 87 d'examiner la législation des États membres ayant ratifié cet instrument afin de déterminer dans chaque cas si la législation nationale porte atteinte aux garanties prévues dans la convention.

39. Il importe d'admettre que le mode de fonctionnement du CLS et de la CEACR s'apparente étroitement à celui des tribunaux de *common law*. En effet, ils appliquent, au cas par cas, le texte de la Constitution de l'OIT ou de la convention n° 87 aux faits qui leur sont soumis. Au fil du temps, une jurisprudence se crée et se développe dans le respect de la règle du précédent (uniformité dans le temps) et de la règle de l'égalité dans l'application (uniformité entre États membres). Cette jurisprudence est réunie dans les différentes éditions du *Recueil de décisions* du CLS et des études d'ensemble réalisées par la CEACR.

VII. DROIT DE GRÈVE

40. Dans sa première série de rapports soumis au Conseil d'administration en 1952, le CLS a considéré plusieurs cas de grève comme recevables et les a donc examinés. Dans un cas où le Gouvernement jamaïcain avait interdit les réunions syndicales à la suite d'une grève, le CLS a conclu que « le droit de grève et celui d'organiser des réunions syndicales [étaient] des éléments essentiels du droit syndical ». Depuis la toute première série de cas relatifs à la grève, le Comité ne cesse de les examiner. La jurisprudence qu'il a élaborée au sujet de la grève rejoint celle établie par la CEACR.

41. Dans son étude d'ensemble de 1959 sur la convention n° 87¹⁴, la CEACR a, pour la première fois, soulevé la question de l'interdiction du droit de grève dans différents contextes : fonction publique, procédures de conciliation obligatoires et services essentiels. Elle a déclaré que ces interdictions « risqu[aient] » d'aller à l'encontre du paragraphe 2 de l'article 8 de la convention interdisant que la législation nationale porte atteinte aux droits garantis par la convention et de la « liberté d'action des organisations syndicales pour défendre leurs intérêts professionnels ». La seule conclusion concrète formulée par la CEACR dans l'étude de 1959 était qu'il fallait mettre en place des garanties de substitution appropriées pour sauvegarder les intérêts des organisations syndicales en cas d'interdiction de la grève.

42. La CEACR a examiné les lois présentées dans les rapports périodiques soumis par les gouvernements en application de la convention n° 87 pour déterminer si elles portaient atteinte aux garanties accordées par la convention. À l'instar des tribunaux qui élaborent la *common law*, la CEACR a répondu aux questions soulevées par ces lois sous la forme d'observations ou de demandes directes. Elle a abordé le sujet sans aucun *a priori* quant à l'étendue du droit de grève, une position qu'elle maintient encore aujourd'hui.

¹³ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 SCC 27, par. 44. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a déduit le droit de négociation collective du droit à la liberté d'association consacré par la Constitution.

¹⁴ Il importe de noter que l'étude d'ensemble s'appuie sur des rapports émanant de tous les États membres, qu'ils aient ratifié ou non la convention objet de l'étude.

43. Pour établir cette jurisprudence, elle s'est appuyée sur les limites du droit de grève définies dans les instruments internationaux et nationaux et consignées dans ses études d'ensemble portant sur la question.

44. Les limites du droit de grève établies dans la jurisprudence de la CEACR cadrent avec celles fixées par la législation comparée.

VIII. CONVENTION DE VIENNE ET INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

45. L'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités définit la première méthode d'interprétation des traités, selon laquelle un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire des termes du traité dans leur contexte, à la lumière de son objet et de son but ainsi que de la pratique ultérieure. En d'autres termes, cette méthode compte cinq composantes : la bonne foi, le sens ordinaire des termes, le contexte des termes, l'objet et le but du traité et la pratique ultérieure.

46. L'article 32 de la convention de Vienne dispose qu'il ne peut être fait appel aux travaux préparatoires du traité que comme un moyen complémentaire d'interprétation en vue de déterminer le sens lorsque les termes du traité sont ambigus ou obscurs ou lorsqu'ils conduisent à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Article 31 : la bonne foi

47. Rien ne permet de penser que la CEACR (ou le CLS ou les commissions d'investigation et de conciliation sur cette question) ait interprété les dispositions de la convention n° 87 autrement que de bonne foi. Pour déterminer si la « législation nationale » porte atteinte à une garantie au sens de l'article 8, il faut définir le champ d'application des garanties.

48. Même si au cours d'une période de 40 ans des gouvernements ont contesté la jurisprudence de la CEACR sur le droit de grève à de rares occasions, la plupart d'entre eux, ainsi que les délégués ou représentants des travailleurs et des employeurs, ne l'ont pas remise en question.

49. Ce n'est que dans les années 1990 que l'OIE a commencé à critiquer cette jurisprudence de façon soutenue, expliquant avoir gardé le silence en raison de la guerre froide et plus précisément « par esprit de solidarité et pour sauvegarder le mécanisme de contrôle »¹⁵.

50. La bonne foi exige que toute controverse soit soulevée immédiatement et de manière constante afin qu'elle soit tranchée avant que les États parties au traité ne donnent effet à l'interprétation dans leur législation et leurs pratiques¹⁶.

¹⁵ Dossier BIT, vol. 5, document n° 266, p. 267. Voir aussi la remarque d'Alfred Wisskirchen, membre employeur de la Commission de l'application des normes à partir de 1969 et vice-président du groupe des employeurs de 1983 à 2004, qui dit que « cela n'a pas eu de suite, comme n'en ont pas eu de nombreuses autres divergences exprimées à l'époque de la guerre froide » dans son article intitulé « Le système normatif de l'OIT : Pratique et questions juridiques », *Revue internationale du Travail*, vol. 144 (2005), n° 3, p. 304.

¹⁶ Voir aussi *Interpretation of the Algerian Declarations of 19 January 1981 by the Iran-US Claims Tribunal*, *International Law Reports (ILR)*, vol. 62 (1982), p. 605.

Article 31 : le sens ordinaire des termes et le contexte

51. Les dispositions suivantes doivent être lues conjointement pour en déduire leur sens ordinaire :

- a) l'article 10, qui définit l'« organisation » comme « toute organisation de travailleurs ... ayant pour but de promouvoir et de défendre les intérêts des travailleurs » ;
- b) le paragraphe 1 de l'article 3, qui accorde aux organisations de travailleurs « le droit ... d'organiser ... leur activité et de formuler leur programme d'action ». S'agissant d'organisations collectives, les activités et programmes en question ont nécessairement un caractère collectif par nature ;
- c) le paragraphe 2 de l'article 3, qui interdit aux autorités publiques de porter atteinte au droit d'une organisation de gérer son activité et de formuler son programme, ou d'entraver l'« exercice légal » de ce droit ;
- d) l'article 8, qui fait obligation aux organisations de travailleurs et d'employeurs de respecter « la législation nationale » dans l'exercice de leurs droits, et ajoute que la législation « ne devra porter atteinte ni être appliquée de manière à porter atteinte aux garanties prévues par la présente convention ».

52. En conséquence, le sens ordinaire des activités et programmes des organisations de travailleurs visés à l'article 3 ressort :

- a) premièrement, du libellé de l'article 10, qui dispose que les activités des organisations visent à promouvoir et à défendre les intérêts des travailleurs ;
- b) deuxièmement, de ce que les activités ou les programmes ont logiquement un caractère collectif ;
- c) troisièmement, de ce que les activités ou les programmes manifestement collectifs des organisations de travailleurs sont ceux qui visent à faire des revendications collectives ou à exercer une pression collective sur les employeurs et le gouvernement en vue de promouvoir et de défendre les intérêts des travailleurs ;
- d) quatrièmement, de ce que ces activités collectives incluent la négociation collective avec les employeurs et la négociation ou consultation collective avec le gouvernement et, logiquement dans le cadre de la loi, la pression collective sous la forme de grèves, de pétitions et de protestations dans le but de faire satisfaire ces revendications.

Paragraphe 2 de l'article 31 : l'objet et le but du traité

53. Le préambule de la convention n° 87 dit que la Conférence internationale du Travail (CIT) a adopté à l'unanimité le principe de la liberté syndicale affirmé dans la Constitution de l'OIT et dans la déclaration de Philadelphie pour former la base de la réglementation internationale. L'objet et le but de la convention ressortent de manière évidente des éléments suivants :

- a) le préambule donne effet à la résolution des Nations Unies sur les droits syndicaux de 1947 qui reconnaît que la liberté syndicale est un droit inaliénable et qu'elle est, « ainsi que d'autres garanties sociales, essentielle à l'amélioration de la vie des travailleurs et à leur bien-être économique » et appelle l'OIT à adopter une convention pour garantir ce droit ;
- b) l'objet est aussi manifestement de fournir ces garanties en définissant l'organisation de travailleurs comme une organisation destinée à promouvoir et défendre les intérêts des

travailleurs, puis de garantir le droit de cette organisation d'accomplir sa mission en la protégeant contre toute ingérence ou entrave émanant de l'employeur ou de l'État ;

- c) la disposition qui fait obligation de respecter la législation nationale dans l'exercice de ces droits reconnaît implicitement que tout gouvernement doit, dans l'intérêt du public, réglementer l'exercice de l'action collective revêtant la forme de grèves, de défilés et de protestations.

Alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31 : la pratique ultérieure

54. Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*¹⁷, la Cour s'est référée à un commentaire de la Commission du droit international pour souligner l'importance que revêt la pratique ultérieure dans l'interprétation des traités :

« L'importance, en tant qu'élément d'interprétation, de cette pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité est manifeste car elle constitue une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité. Le recours à cette pratique en tant que moyen d'interprétation est solidement établi dans la jurisprudence des tribunaux internationaux. »

55. Plusieurs aspects de la pratique ultérieure doivent être pris en considération :

- a) le CLS, depuis 65 ans, et la CEACR, depuis 72 ans, ont continuellement et invariablement interprété la convention n° 87 comme incluant un droit à des grèves légales, mais restreintes ;
- b) l'immense majorité des ratifications de la convention n° 87 (145 ratifications sur 158) ont eu lieu après que le CLS eut affirmé dans ses rapports de 1952 au Conseil d'administration que « le droit de grève et celui d'organiser des réunions syndicales [étaient] des éléments essentiels du droit syndical ». Il y a eu 130 ratifications après que la CEACR eut interprété la convention comme accordant un droit de grève restreint. Par conséquent, il faut considérer que les États membres concernés connaissaient bien le champ d'application de la convention au moment où ils l'ont ratifiée et qu'ils l'ont fait en sachant qu'elle englobait un droit de grève restreint ;
- c) des États membres ont modifié leur législation ou leurs pratiques à la suite d'observations formulées par la CEACR ou ont tenu compte de ses observations ou de ses études d'ensemble lors de l'élaboration de leurs lois réglementant les grèves (notamment l'Afrique du Sud en 1996) ;
- d) dans sa résolution de 1957 concernant l'abrogation des lois dirigées contre les organisations syndicales de travailleurs dans les États membres de l'OIT, la CIT mentionne explicitement le préambule de la convention n° 87 et appelle les États membres à garantir « l'exercice effectif et sans restriction des droits syndicaux par les travailleurs, y compris le droit de grève » ;
- e) hormis quelques gouvernements isolés qui l'ont fait dans les années 1960 et 1970, les États membres et les représentants des employeurs et des travailleurs n'ont élevé aucune objection contre l'élaboration par le CLS et la CEACR d'une jurisprudence sur un droit de grève légal, mais restreint sur le fondement de la convention n° 87. Ils n'ont pas non plus contesté le fait que les commissions d'enquête de l'OIT prévues par l'article 26 de sa Constitution ou ses

¹⁷ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 1075-1076, par. 49.

commissions d'investigation et de conciliation (Japon et Afrique du Sud) exploitent dans leurs conclusions et recommandations les décisions et les observations du CLS et de la CEACR¹⁸.

Alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 : les règles de droit international

56. Dans son avis consultatif au sujet des *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (ci-après, l'« avis consultatif au sujet de la Namibie »), la Cour dit que « tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu »¹⁹.

57. La reconnaissance du droit de grève dans les conventions et traités internationaux ultérieurs qui ont été interprétés comme prévoyant ce droit, même si ce n'est pas de manière explicite, constitue un cadre d'interprétation évolutif dans lequel le CLS et la CEACR doivent élaborer une jurisprudence sur le droit de grève²⁰.

58. Étant donné la nature du processus de ratification de l'OIT par lequel chaque État membre adhère aux conventions, la convention n° 87 doit être interprétée à la lumière de ce cadre d'interprétation évolutif.

59. Dans son avis consultatif au sujet de la *Namibie*²¹, la Cour a affirmé ce qui suit :

« Sans oublier la nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les parties lors de sa conclusion, la Cour ... doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu. »

60. Le cadre d'interprétation international évolutif prévoyant un droit de grève légal et restreint se compose des éléments suivants :

a) l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui fait obligation aux États parties de s'engager à assurer « [l]e droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays » et le paragraphe 3 de ce même article qui

¹⁸ Concernant les conclusions à tirer de l'absence de contestation des décisions du CLS ainsi que des observations et des études d'ensemble de la CEACR, voir *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, par. 34.

¹⁹ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31, par. 53. Voir aussi *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 219, par. 112-114. Voir en outre les précédents dans lesquels d'autres juridictions internationales exploitent d'autres traités internationaux, dans Oliver Corten et Pierre Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford University Press, 2011, sect. 3, par. 44-47, p. 827-829, en particulier l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 182, par. 41.

²⁰ Dossier BIT, vol. 5, documents n°s 323-334.

²¹ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31, par. 53.

dit qu'aucune disposition de celui-ci ne permet aux États parties à la convention n° 87 de prendre ou d'appliquer des lois portant atteinte aux garanties prévues dans ladite convention²² ;

- b) l'article 22 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui garantit le « droit de s'associer librement »²³ ; bien qu'il ne mentionne pas explicitement le droit de grève, le Comité des droits de l'homme l'a interprété comme incluant ce droit²⁴ ;
- c) la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui interprète l'article 11 de la convention européenne des droits de l'homme garantissant la « liberté d'association » comme incluant le droit de grève²⁵ ;
- d) le rapport du rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association de 2016, selon lequel « [l]e droit de grève est établi en droit international depuis des décennies, dans des instruments internationaux et régionaux, et est également inscrit dans les constitutions d'au moins 90 pays. Le droit de grève a, de fait, intégré le droit international coutumier. »²⁶ ;
- e) la déclaration commune du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et du Comité des droits de l'homme, publiée en 2019²⁷, sur les principes fondamentaux de la liberté d'association protégée, entre autres, par la convention n° 87, qui rappelle que le « droit de grève est le corollaire de l'exercice effectif du droit de constituer des syndicats et d'y adhérer » que les deux comités se sont « évertués à protéger ».

61. Le droit de grève est également garanti, explicitement ou implicitement, dans 101 constitutions nationales²⁸ et reconnu à différents degrés dans des législations nationales²⁹.

62. L'Afrique du Sud avance que la pratique très largement répandue des États, caractérisée par la ratification de conventions internationales qui ont été interprétées comme incluant le droit de grève et par la mise en conformité de la législation nationale, reflète l'*opinio juris*, une véritable conviction d'être lié par une obligation de droit international³⁰.

²² Pacte entré en vigueur le 3 janvier 1976 et ratifié par 17 États. Voir aussi la déclaration commune.

²³ Cet article vise aussi la convention n° 87 à son paragraphe 3 qui dit qu'aucune disposition de l'article ne permet aux États parties à la convention n° 87 de l'OIT de prendre ou d'appliquer des lois portant atteinte aux garanties prévues dans ladite convention.

²⁴ Voir les décisions de la Commission des droits de l'homme dans le dossier BIT, vol. 5, documents n°s 301-305.

²⁵ Dossier BIT, vol. 5, documents n°s 318-320.

²⁶ Rapport du rapporteur spécial sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association, doc. A/71/385, 14 septembre 2016, par. 5[6], accessible à l'adresse suivante : <https://docs.un.org/fr/A/71/385>.

²⁷ 6 décembre 2019. Dossier BIT, vol. 5, document n° 314.

²⁸ Dossier BIT, vol. 3, document n° 108 (appendice III). Ce document cite 97 pays qui incluent le droit de grève dans leur constitution. Il omet quatre pays qui ont déduit le droit de grève du droit constitutionnel à la « liberté d'association » (Canada et Finlande), du droit d'« agir collectivement » (Japon) et du droit des travailleurs de constituer des associations « pour garantir et améliorer les conditions de travail et la situation économique » (Allemagne). Il y a donc au total 101 pays qui ont inscrit le droit de grève dans leur constitution. Voir aussi Halton Cheadle, « Constitutionalising the Right to Strike » in Hepple, Le Roux and Sciarra, *Laws against Strikes: The South African Experience in an International and Comparative Experience*, Labour Law in National, Integrated and Transitional Legal Systems, Franco Angeli, Milano 2015.

²⁹ Dossier BIT, vol. 3, document n° 108. L'appendice II cite 170 États membres sur 187 dont la législation reconnaît, à des degrés divers, le droit ou la liberté de faire grève sous une forme ou une autre.

³⁰ Voir James Brudney, « The Right to Strike as Customary International Law », *Yale Law Journal of International Law*, vol. 46:1.

Article 32 : les moyens complémentaires d'interprétation

63. L'article 32 de la convention de Vienne sur les traités autorise le recours à des moyens complémentaires d'interprétation, notamment les travaux préparatoires du traité et les circonstances dans lesquelles il a été conclu, en vue de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 ou de déterminer le sens, mais seulement si les termes sont ambigus ou obscurs ou s'ils conduisent à un résultat absurde ou déraisonnable. Par conséquent, ces moyens étant complémentaires, l'article n'autorise pas de méthode d'interprétation autonome ou alternative faisant appel aux travaux préparatoires de la convention.

64. Le fait que la « grève » ne soit pas expressément inscrite parmi les « activités » qu'une organisation de travailleurs est en droit de mener ne signifie pas qu'elle n'y est pas implicitement incluse, ni que cette implication est ambiguë ou obscure, ni qu'elle conduit à des résultats absurdes ou déraisonnables. Il va de soi que les grèves légales et d'autres formes d'actions collectives légales sont des activités auxquelles se livrent les organisations de travailleurs, comme il ressort d'autres instruments internationaux et de la mesure dans laquelle cela est reconnu dans les constitutions et législations nationales.

IX. CONCLUSION

65. En conséquence, le Gouvernement sud-africain fait respectueusement valoir qu'il est essentiel que la Cour dise clairement si la convention n° 87 garantit un droit de grève légal mais restreint afin qu'il (ainsi que d'autres gouvernements) connaisse avec certitude ses obligations découlant de ladite convention.

L'ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire
auprès du Royaume des Pays-Bas,
au nom du Gouvernement de la République
d'Afrique du Sud,
(Signé) VP MADONSELA.

LISTE DES ANNEXES

[Pour la liste des annexes, veuillez consulter la pièce originale.]