

Le 18 janvier 2006
Version finale

**Nouvelles stratégies en matière de conformité aux normes du travail :
codes de conduite d'entreprises et programmes de labels sociaux**

Patrick Macklem et Michael Trebilcock
Faculté de droit
Université de Toronto

**Rapport de recherche établi pour
l'examen des normes fédérales du travail**

Table des matières

- I. Résumé
- II. Responsabilité sociale des entreprises
- III. Codes de conduite et programmes de labels sociaux
- IV. Forces et faiblesses
 - A. Production des normes
 - B. Surveillance
 - C. Application
- V. Aller de l'avant

I. Résumé

Le présent rapport examine les nouvelles stratégies de conformité aux normes du travail à la disposition de l'Examen des normes du travail, à la lumière de son mandat consistant à faire des recommandations quant aux modifications législatives à apporter à la partie III du *Code canadien du travail* pour moderniser et améliorer la pertinence et l'efficacité des normes fédérales du travail.¹ Malgré la controverse pouvant exister au sujet de leur origine, leur nature, leur portée et leur applicabilité, ce rapport repose sur l'hypothèse que les normes du travail sont nécessaires pour protéger les travailleurs contre l'exploitation, l'insécurité et l'exclusion, à leur entrée et à leur sortie du marché du travail et pendant qu'ils y participent. La conformité aux normes du travail ne sert pas seulement à protéger les travailleurs. Elle fait en sorte que les employeurs respectueux des lois ne se fassent pas couper l'herbe sous le pied par ceux qui n'en tiennent pas compte. Elle permet en outre une utilisation efficace de ressources administratives limitées, et encourage le public à respecter les lois et les valeurs qu'elles véhiculent.

La conformité aux normes du travail est devenue particulièrement significative dans le contexte des nouvelles tendances en matière de production et de prestation de biens et de services, tant au Canada qu'à l'étranger. Beaucoup d'industries et de secteurs ont commencé à expérimenter des formes plus souples de production, y compris le travail en équipe, la production participative, et l'emploi atypique.² Des modes de production souples voient le jour en même temps que l'on assiste à un renforcement spectaculaire de

¹ On peut consulter le mandat du groupe de travail au site suivant : http://www.fl-s-ntf.gc.ca/fr/tr_01.asp.

² Voir A. Supiot (dir.), *Transformations du travail et devenir du droit du travail : une prospective européenne* (1999) pour une analyse approfondie de ces tendances. Voir aussi Charles Sabel "Moebius-Strip Organizations and Open Labor Markets: Some Consequences of the Reintegration of Conception and Execution in a Volatile Economy" dans Pierre Bourdieu et James S. Coleman (dir.), *Social Theory for a Changing Society* (Boulder: Westview Press, 1991) 23-54.

l'interdépendance économique à l'échelle internationale de concert avec une intégration plus poussée sur le plan technologique, commercial et financier des économies nationales. Les processus de la mondialisation de l'économie sont en passe de redéfinir les barrières géographiques et politiques traditionnelles à la production, au placement et à la vente des biens et des services. Petit à petit, les États procèdent au démantèlement des barrières commerciales et cherchent activement de nouvelles formes d'investissement direct à l'étranger. Les sociétés bénéficient d'une mobilité des capitaux sans précédent tout en affrontant une concurrence économique à l'échelle internationale elle aussi sans précédent. Elles cherchent à maximiser les gains en efficacité en participant à des grappes concentrées, spatialement organisées autour des principes de la production flexible, auxquelles on fait souvent référence sous le terme de chaînes de production transnationales.³ Compte tenu de ces développements, les formes classiques de réglementation du marché du travail, dont les origines remontent à l'ancienne époque de la production de masse et des économies nationales, risquent de devenir des instruments désuets pour la protection des travailleurs.

Le présent rapport évalue les mérites de deux stratégies de remplacement concernant la conformité aux normes du travail, les codes de conduite des entreprises et les programmes de labels sociaux, pour ce qui est de leur capacité de compléter et même, éventuellement, de remplacer les formes traditionnelles de réglementation du marché du travail. Le *code de conduite d'entreprise* est un ensemble de normes et de principes qu'une entreprise met elle-même par écrit et qu'elle adopte volontairement pour régir ses

³ Pour consulter une analyse théorique pénétrante sur la nature des sociétés transnationales, voir Andrew Jones, "Truly Global Corporations? Theorizing 'Organizational Globalization' in Advanced Business-services" (2005) 5(2) *Journal of Economic Geography*, 177-200.

relations avec ses travailleurs, ses clients, ses fournisseurs et toutes les autres personnes, entreprises et institutions avec lesquelles elle fait affaire.⁴ Le *programme de labels sociaux* fonctionne comme un système de certification sociale d'une entreprise en autorisant l'utilisation d'une étiquette ou d'une marque pour communiquer l'aspect social de la production ou de l'activité.⁵ À l'instar des codes de conduite, les labels sociaux sont considérés comme des initiatives volontaires destinées à répondre aux exigences du marché. Les labels sociaux sont conçus à l'intention des consommateurs et des éventuels partenaires commerciaux et institutionnels. Ils peuvent être apposés sur les produits ou les emballages, affichés dans les magasins de détail ou attribués à certaines entreprises déterminées.⁶

Les codes de conduite d'entreprises et les programmes de labels sociaux ont en commun des particularités que Gunther Teubner a désignées comme le « droit à l'ère globale », qu'il définit comme un « nouvel ensemble de lois qui émerge de divers processus de mondialisation dans de nombreux secteurs de la société civile »

⁴ Comparer la définition donnée par le Groupe de travail du Comité des échanges de l'OCDE dans *Inventaire des codes de conduite des entreprises*, que l'on peut consulter sur le site Web suivant : www.oecd.org/ech/index_2.htm. (Les codes de conduite des entreprises sont définis assez largement comme *les engagements souscrits volontairement par les entreprises, associations ou autres entités, qui fixent des normes et des principes pour la conduite des activités des entreprises sur le marché*. Cette définition couvre à la fois les obligations à caractère unilatéral et les instruments négociés.); et celle de Kernaghan Webb, dans *Voluntary Codes: Private Governance, the Public Interest, and Innovation* (Carleton Research Unit for Innovation, Science, and Environment, Carleton University, 2002) à la p. 11 (les codes volontaires sont *un ensemble d'engagements autres que ceux imposés par la loi; appuyés par au moins une personne ou un organisme; destinés à influencer, à modeler, à régir ou à évaluer le comportement; destinés à être appliqués de façon uniforme et à permettre à tous les participants d'atteindre les mêmes résultats*).

⁵ Janelle Diller, *Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement?*, Revue internationale du travail, vol. 138 (1999), n° 2, pp. 99 à 103. Voir aussi Michael Urminsky (dir.), *Self-regulation in the workplace: Codes of conduct, social labeling and socially responsible investment* (Genève : Bureau international du travail, 2002) p. 38.

⁶ Diller, *ibid*, p. 104. Voir aussi Urminsky, *ibid*, p. 38.

[Traduction].⁷ Parce qu'ils sont les produits d'acteurs non étatiques et qu'ils possèdent une portée transnationale, ces instruments sont souples et constituent des moyens potentiellement efficaces de compenser pour les lacunes associées aux formes traditionnelles de réglementation du marché du travail. Et cependant, même si Teubner décrit ce vaste ensemble de droit comme émergeant « indépendamment des lois des États-nations », il reste que les codes de conduite et les programmes de labels sociaux démontrent que la vérité est beaucoup plus complexe. Ils partagent en effet une infinité de points de contact et d'intersection avec le pouvoir étatique. Il existe une vaste gamme de possibilités sur le plan réglementaire de façonner la nature et la portée de la protection que les codes de conduite et les programmes de labels sociaux offrent aux travailleurs. La réglementation publique complémentaire est non seulement possible mais nécessaire pour réaliser le plein potentiel en matière de réglementation. L'évidence empirique a démontré jusqu'à maintenant que se fier exclusivement aux acteurs non étatiques pour produire, surveiller et appliquer les normes du travail risque de compromettre dangereusement la capacité des codes de conduite de promouvoir la conformité aux normes du travail. Nous distinguons trois moyens pour l'État de renforcer le potentiel réglementaire transnational des codes de conduite et des programmes de labels sociaux en faisant la promotion de leur utilisation par les sociétés nationales à l'étranger et par les sociétés étrangères cherchant à percer le marché national. Nous situons d'abord nos recommandations dans le contexte d'un débat plus large sur la nature et les mérites de ce qu'il est convenu d'appeler la « responsabilité sociale des entreprises ».

⁷ Gunther Teubner, "Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society," in Teubner (ed.), *Global Law Without a State* (Aldershot: Dartmouth, 1997) 3-30, 4.

II. Responsabilité sociale des entreprises

En 1999, en grande pompe, le Secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan, a annoncé la création du Pacte mondial, une coalition internationale d'entreprises ayant une conscience sociale mise sur pied sur une base volontaire pour favoriser la participation du secteur privé et des autres acteurs sociaux à l'avancement de l'engagement social des entreprises dans le contexte de la mondialisation.⁸ Le Pacte mondial invite les sociétés à se conformer, dans le cadre de leurs activités commerciales, à 10 principes relatifs aux droits de la personne, aux normes du travail, à la protection de l'environnement et à la lutte contre la corruption. Le Pacte mondial est peut-être la contribution la plus visible de la communauté internationale au débat en cours sur la mesure dans laquelle les sociétés sont responsables envers d'autres intérêts que ceux de leurs actionnaires. Au cœur de la discussion, on retrouve la nature et l'étendue de la responsabilité sociale des entreprises (RSE), c'est-à-dire la proposition voulant qu'une société, dans le cadre de ses activités commerciales, soit tenue de respecter un ensemble d'obligations sociales ayant de manière générale un rapport avec les droits de la personne, les normes du travail et l'environnement.⁹

Depuis qu'elles assument une personnalité juridique, les sociétés suscitent des questions au sujet de leurs obligations sociales. À l'échelon international – et national – l'attention portée à la RSE a, toutefois, connu une croissance exponentielle durant les

⁸ Voir le site suivant des Nations Unies : <http://www.unglobalcompact.org/Languages/french.html>.

⁹ Hevina S. Dashwood, "Corporate Social Responsibility and the Evolution of International Norms" dans J.S. Kirton et M.J. Trebilcock, dir., *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance* (Aldershot, Angleterre: Ashgate Publishing Limited, 2004) p. 191.

années 90.¹⁰ Durant cette période, la croissance des chaînes de production transnationales a encouragé les instances sociales et politiques à exiger que les sociétés transnationales assument la responsabilité des conditions de travail sur la totalité de ces chaînes.¹¹ L'accroissement de la concurrence internationale a accentué l'importance des marques de commerce et de la réputation dans un éventail de marchés.¹² Les développements dans le domaine de la technologie de l'information ont permis la transmission et la diffusion immédiates des nouvelles, des événements et des opinions à travers les frontières et entre les régions et les hémisphères, contribuant à sensibiliser encore davantage les ONG et les consommateurs aux conditions de travail dans les usines et les ateliers de misère à l'étranger. Des actionnaires enhardis ont commencé à exercer leurs droits avec plus d'assurance et à réclamer des sociétés dans lesquelles ils investissent qu'elles adoptent une conduite socialement responsable.¹³

Les défenseurs des initiatives en matière de RSE plaident leur cause en faisant valoir plusieurs arguments. Premièrement, ces initiatives sont susceptibles d'améliorer la rentabilité d'une entreprise. Le fait de ne pas être à la hauteur de ses responsabilités sociales risque d'entraîner des conséquences néfastes, pour ne pas dire fatales, pour la réputation et le standing d'une entreprise – auprès des consommateurs, des administrations et de ses propres employés – et, par conséquent, d'avoir une incidence négative sur sa rentabilité.¹⁴ Spar fait référence à ce qu'elle appelle le « phénomène des

¹⁰ Dashwood, dans Kirton et Trebilcock, dir., *supra*, p. 198. Voir aussi Rhys Jenkins, *Corporate Codes of Conduct: Self-Regulation in a Global Economy* (Genève : Institut de recherche des Nations Unies pour le développement social, 2001).

¹¹ Jenkins, *supra*, p. iii.

¹² Jenkins, *supra*, p. iii.

¹³ Dashwood, *supra*, p. 199.

¹⁴ David Henderson, *Misguided Virtue: False Notions of Corporate Social Responsibility* (London: The Institute of Economic Affairs, 2001) p. 108.

feux de la rampe », à savoir que des sociétés bien connues font leur entrée sur les marchés étrangers précédées de leurs « marques de fabrique, de leur réputation, et de leur image sur la scène internationale ». Les organisations activistes, les ONG de même que les médias suivent dans le sillage et, lorsqu'on surprend une entreprise « à recourir à des pratiques injustes ou abusives, tous ces groupes se mettent en branle et projettent une ombre de mépris ». ¹⁵ Ce phénomène des feux de la rampe, comme le fait valoir Spar, agit *ex ante* sur les intérêts liés aux résultats nets des gestionnaires de multinationales en créant des mesures incitatives poussant les entreprises à agir de manière responsable socialement afin d'éviter une publicité négative susceptible de nuire à leurs ambitions expansionnistes.

Deuxièmement, les initiatives en matière de RSE peuvent contribuer à freiner le pouvoir et l'influence grandissants des sociétés transnationales. La mondialisation économique et l'innovation technologique ont accru le pouvoir des entreprises au détriment de la capacité ou de la volonté des États de protéger les droits des travailleurs au moyen des formes traditionnelles de réglementation du marché du travail. ¹⁶ Mais l'accroissement du pouvoir s'accompagne d'une responsabilité sociale accrue. Les initiatives en matière de RSE visent à faire en sorte qu'une société internalise les conséquences sociales négatives de ses actions, qu'elle rende publiquement compte de

¹⁵ Debra Spar, "The Spotlight and the Bottom Line" (1998) 77:2 Foreign Affairs, pp. 7-8.

¹⁶ Voir, p. ex., Richard Hyman, 'Industrial Relations in Europe: Crisis or Reconstruction' dans T. Wilthagen (dir.), *Advancing Theory in Labour Law and Industrial Relations in a Global Context* (1998) 181-194, pp. 185-86 (la montée des sociétés multinationales et la « main de plus en plus coercitive du capital de financement » ont pour effet de « menacer les institutions établies de réglementation sociale des marchés du travail »). Hyman demande avec insistance aux étudiants en relations industrielles de se pencher sur la possibilité de mettre en place un système de relations industrielles régional.

ses décisions, et qu'elle accepte une part de responsabilité pour les conséquences sur le plan de la distribution des processus de mondialisation dont elle tire ses bénéfices.¹⁷

Troisièmement, les initiatives en matière de RSE peuvent promouvoir le développement durable et élever les normes environnementales et du travail dans les pays en développement que sur le marché intérieur. En 2000, le World Business Council for Social Responsibility a publié un rapport définissant la RSE comme étant « l'engagement des entreprises à contribuer au développement durable, à travailler avec leurs employés, leurs familles, la collectivité locale et la société en général à l'amélioration de leur qualité de vie », et a fait valoir que la RSE fait partie intégrante du développement durable.¹⁸ Les sociétés transnationales qui se conforment à des normes du travail plus élevées que celles qui sont imposées par les lois du pays hôte dans lequel elles mènent leurs activités peuvent avoir un effet d'engrenage sur les normes locales en stimulant la concurrence pour les travailleurs compétents et productifs, ce qui devrait contribuer à améliorer la qualité de vie professionnelle même en-dehors de la sphère immédiate de leur exploitation.¹⁹

L'opposition à la RSE est fondée sur la proposition voulant que le profit et le bien public ne soient pas incompatibles. Selon les paroles souvent citées d'Adam Smith, « Tout en ne cherchant que son intérêt personnel (...) l'individu travaille souvent d'une manière plus efficace pour l'intérêt de la société, que s'il avait réellement pour but d'y

¹⁷ Peter Schwartz et Blair Gibb, *When Good Companies Do Bad Things: Responsibility and Risk in an Age of Globalization* (Wiley, New York: 1999), cité dans David Henderson, *Misguided Virtue: False Notions of Corporate Social Responsibility* (London : The Institute of Economic Affairs, 2001) p. 98.

¹⁸ World Business Council for Social Responsibility, *Corporate Social Responsibility: Making Good Business Sense* (Genève : World Business Council for Social Responsibility, 2000).

¹⁹ Spar, *supra*, p. 12.

travailler ». ²⁰ Dans cette optique, il est erroné de supposer que la maximisation des profits va nécessairement échouer à faire évoluer le bien public, et que la satisfaction des responsabilités sociales indépendantes par celui qui cherche à réaliser des profits contribuera de quelque manière à corriger cette lacune. ²¹ La RSE va également à l'encontre des principes traditionnels du droit des sociétés qui traite la société comme si elle était la propriété de ses actionnaires, et ses intérêts comme étant ceux de ses actionnaires. ²² Exiger des gestionnaires qu'ils agissent dans le seul intérêt des actionnaires a un effet disciplinaire sur l'exercice de leur autorité, puisque les gestionnaires ne peuvent masquer leur comportement opportuniste dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire en faisant référence à un vague « triple résultat » qui inclut la protection de l'environnement et les normes du travail, de même que les objectifs purement économiques. ²³

Les initiatives en matière de RSE peuvent avoir des effets négatifs sur le rendement des sociétés en augmentant les coûts et en compromettant le rendement. Les gestionnaires doivent tenir compte d'un éventail plus large d'objectifs et de préoccupations, et participer à de nouveaux processus de consultation avec des intervenants sociaux. La RSE exige de nouveaux systèmes complexes de comptabilité, de surveillance et de bilan

²⁰ Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* (Chicoutimi : Les classiques des sciences sociales, édition électronique, 1776) dans le Livre IV.

²¹ "A Survey of Corporate Social Responsibility" (2005), le 22 janvier, *The Economist* 7, p. 15.

²² Certains applaudissent cette affirmation : par exemple, Milton Friedman, dans "The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits", *The New York Times Magazine*, le 13 septembre 1970. Alors que d'autres la dénoncent : voir Joel Bakan, *The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power* (Toronto: Viking Canada, 2004).

²³ Le « triple résultat » fait référence à l'extension du traditionnel « résultat net » en comptabilité, qui montre la rentabilité nette globale en montants en argent, pour englober l'obligation de satisfaire à des objectifs précis sur le plan « économique, environnemental et social » en déterminant les engagements réels ou les cibles à atteindre, et en instituant des méthodes de présentation de rapports visant à surveiller les résultats.

social. L'adoption de normes rigoureuses risque d'entraîner une hausse des coûts, et plus particulièrement si les entreprises insistent pour respecter les mêmes normes que leurs partenaires, leurs fournisseurs et leurs entrepreneurs.

Les initiatives en matière de RSE peuvent avoir des effets négatifs sur les économies des pays en développement en exigeant d'eux qu'ils se conforment à des normes environnementales et du travail alors qu'ils luttent déjà pour concurrencer les économies développées et pour tirer profit de leur avantage comparatif.²⁴ Les initiatives en matière de RSE pourraient donc masquer des objectifs protectionnistes. Les chefs d'entreprise qui clament leur engagement à l'égard de la responsabilité sociale des entreprises exigent rarement l'élimination des barrières nationales pour les compétiteurs dans leur propre secteur. Il est plus probable que les fabricants demanderont l'adoption de barrières à l'importation à l'endroit de leurs compétiteurs étrangers plutôt que d'exiger l'abolition des barrières existantes. Il semble que les entreprises trouvent plus facile de se conformer à des réglementations onéreuses en sachant que ces règles ont pour effet de décourager les nouveaux venus.²⁵

Ces discussions révèlent que les tenants et les adversaires de la RSE s'accordent souvent pour confondre deux questions distinctes. La première consiste à se demander si une société devrait être forcée de se conformer à des obligations autres que celles que lui imposent ses actionnaires. L'opposition s'appuie souvent sur l'affirmation que le but premier d'une société est de maximiser les profits dans l'intérêt des actionnaires. Mais aucun pays ne laisse les sociétés libres de toute contrainte dans leur recherche du profit. En effet, les sociétés sont exploitées avec en arrière-plan une quantité de contraintes

²⁴ Henderson, *supra*, p. 116.

²⁵ "A Survey of Corporate Social Responsibility", *supra*, p. 16.

juridiques imposées pour un éventail de raisons, y compris la compétitivité, la primauté du droit, la protection de l'environnement, de la main-d'œuvre et des consommateurs, les objectifs de redistribution, les impératifs du zonage, de même que les normes en matière de gouvernance des entreprises. La question n'est pas tant de savoir si une société devrait être contrainte par des obligations autres que celles qui la lient à ses actionnaires, mais plutôt quelles sont les obligations sociales susceptibles de contraindre le comportement des entreprises.

La deuxième question, plus complexe, porte sur la forme et le contenu des objectifs sociaux que la RSE devrait supposer. Contrairement à ce que bien des défenseurs de la RSE tendent à supposer, conclure que la maximisation des profits des entreprises sans aucune restriction est une proposition indéfendable ne clôt pas le débat pour autant. En effet, même si des objectifs sociaux contradictoires viennent tempérer la maximisation des profits des entreprises, cette vision ne nous éclaire pas beaucoup sur les normes qui devraient influencer ces objectifs sociaux. Elle ne nous fournit pas non plus d'orientation sur les arrangements institutionnels qui conviennent le mieux à leur production, à leur mise en œuvre et à leur application.

Le Pacte mondial des Nations Unies en est un exemple concret. Il définit la RSE au moyen de 10 principes généraux qu'il invite les sociétés à respecter. Il ne fournit pas de détails significatifs sur la manière dont les sociétés doivent s'y prendre pour respecter ces conditions abstraites. Il ne surveille pas et il n'évalue pas non plus le comportement ou les actions posées par les sociétés participantes.²⁶ Le débat entourant la RSE est très

²⁶ En janvier 2003, le bureau du Pacte mondial a introduit une nouvelle disposition relative aux communications sur le progrès. Cette disposition demande aux sociétés participantes de communiquer avec leurs parties prenantes, chaque

stylisé, et les mérites des arguments avancés par ses défenseurs et ses adversaires doivent être situés dans le contexte plus concret et plus spécifique des initiatives réglementaires susceptibles d’avoir le potentiel pour faire avancer certains des objectifs auxquels la RSE est censée donner corps. C’est dans ce contexte que le présent rapport évalue les mérites des codes de conduite d’entreprises et les programmes de labels sociaux. À la lumière des changements spectaculaires imposés aux marchés du travail par la mondialisation économique et la production flexible transnationale, ces initiatives possèdent-elles ce qu’il faut pour promouvoir une conformité efficace et efficiente à l’ensemble des normes qui protègent les travailleurs contre l’exploitation économique, l’insécurité et l’exclusion?

III. Codes d’entreprises et programmes de labels sociaux

La réglementation du marché du travail, telle qu’on la comprend, est un amalgame de règles précises négociées par les parties – soit individuellement ou collectivement – à l’égard d’une relation d’emploi et d’impératifs législatifs généraux qui établissent les droits de base des travailleurs, quel que soit leur pouvoir de négociation. En revanche, les codes de conduite et programmes de labels sociaux « reposent principalement sur la participation d’acteurs non-gouvernementaux et de leurs ressources à la construction, à l’application et à la mise en œuvre d’une entente de gouvernance ».²⁷ Par conséquent, ils diffèrent à trois importants égards des formes traditionnelles de la réglementation du marché du travail. Premièrement, ils ne reposent pas sur un contrat de travail, sur une

année, sur les progrès accomplis dans l’intégration des principes du Pacte mondial, en utilisant leur rapport annuel, rapport de développement durable ou autres rapports publics, leur site Web ou autres moyens de communication.

²⁷ John J. Kirton et Michael J. Trebilcock, “Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance,” dans Kirton et Trebilcock (dir.), *supra*, 3-29, p. 9.

convention collective, sur une législation, ou encore sur la common law pour produire des normes destinées à régir les relations entre employeurs et employés. Au contraire, c'est la société elle-même qui assume l'entière responsabilité de la production des normes régissant le lieu de travail – soit parce qu'elle assume volontairement la tâche consistant à rédiger un code pour régir ses activités ou à adopter un code proposé par une autre institution ou une autre entité comme s'il s'agissait du sien. Deuxièmement, les codes de conduite et programmes de labels sociaux sont fondés sur des systèmes internes ou externes de surveillance de la conformité appliqués par des acteurs non étatiques. Troisièmement, ils reposent sur des mécanismes de mise en application qui dépendent du pouvoir des consommateurs, plutôt que de celui de l'État. Chacune de ces différences présente des efforts à fournir pour mobiliser leur potentiel réglementaire à l'appui de la conformité aux normes du travail.

Malgré leurs caractéristiques remarquables, les codes de conduite d'entreprises et les pratiques en matière de labels sociaux n'ont rien de nouveau. Ils ont en effet structuré les conditions de travail dès 1899, à l'époque où diverses entreprises américaines du secteur du vêtement acceptèrent de se conformer à des conditions de travail sécuritaires et de faire l'objet d'inspections par la National Consumers League (NCL), ce qui leur donnait le droit d'apposer l'« étiquette blanche » de la NCL sur leurs vêtements.²⁸ Ils suscitèrent passablement d'attention à l'échelon international dans les années 30, lorsque la Chambre

²⁸ Voir US Department of Labor, Bureau of International Labor Affairs, "By the Sweat and Toil of Children (Volume IV) Consumer Labels and Child Labor (1997), sur le site suivant : www.dol.gov/ilab/media/reports/iclp/sweat4/welcome.html. Ancêtre de la NCL, la New York City League, a été fondée en 1889 et a créé une « liste blanche » affichée dans les magasins de détail qui informait les consommateurs des conditions de travail. L'« étiquette blanche » a été créée plus tard, en 1898, pour être adoptée par la NCL en 1899.

de commerce internationale commença à élaborer des codes modèles à l'égard des pratiques publicitaires et de marketing.²⁹

Dans les années 70, diverses institutions internationales ont commencé à explorer des moyens novateurs de faire la promotion des normes internationales du travail dans le contexte de la production par des sociétés transnationales.³⁰ En 1974, le Conseil économique et social des Nations Unies a créé le Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales (UNCTC). Son mandat consistait à se pencher sur les répercussions politiques, économiques, sociales et juridiques des sociétés transnationales, et à créer des initiatives destinées à promouvoir la capacité des sociétés à contribuer à la croissance économique mondiale. C'est dans ce but que l'UNCTC a amorcé ses travaux en vue d'élaborer un code de conduite modèle que les sociétés transnationales pourraient ensuite adapter dans leurs relations avec leurs employés et les autres entreprises et institutions visées.

En 1976, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a publié ses Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.³¹

Les Principes directeurs de l'OCDE recommandent aux sociétés transnationales d'observer volontairement des normes d'emploi et des relations industrielles pas moins favorables que celles qui sont observées par des employeurs comparables dans le pays

²⁹ Information obtenue de la Chambre de commerce internationale, Code international ICC de pratiques loyales en matière de publicité, Commission du marketing, publicité et distribution, avril 1997, au site : http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1997/translations/pratiques_en_matiere_de_publicite.a.sp.

³⁰ Des institutions régionales ont aussi commencé à se pencher sur ces questions. Voir la Résolution sur des normes communautaires applicables aux entreprises européennes opérant dans les pays en développement : vers un code de conduite, A4-0508/98 (17 décembre 1998), adoptée le 15 janvier 1999.

³¹ Adoptés le 21 juin 1976. Dernière mise à jour en 2000. Voir : La déclaration et les décisions de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales : textes de base, I. La déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales, Annexe I. Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, OECD DAF/IME (2000) 20.

hôte, de respecter les droits à la représentation des employés, de ne pas exercer une influence indue lors des négociations collectives ou durant les campagnes de syndicalisation, et de négocier de manière constructive sur les conditions d'emploi.

L'année suivante, l'Organisation internationale du travail (OIT) a adopté la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale. La Déclaration tripartite sert à guider les gouvernements, les entreprises transnationales et nationales, de même que les organisations de travailleurs sur les aspects relatifs au travail de la responsabilité sociale des entreprises. Elle fait appel à leur engagement dans plusieurs domaines relatifs à l'emploi, notamment la promotion de l'emploi, la liberté d'association et le droit à la syndicalisation et à la négociation collective, l'égalité de chances et de traitement, la sécurité d'emploi, la formation, les salaires, les avantages sociaux, de même que la santé et la sécurité au travail.³²

Peu après ce sursaut initial d'intérêt de la part de la communauté internationale pour les activités des sociétés transnationales, les acteurs non étatiques et étatiques ont également proposé que les sociétés transnationales respectent les normes internationales du travail. Levi Strauss & Co., en 1991, aurait été la première société à adopter un code de conduite auto-imposé dans la foulée de ces développements internationaux.³³

L'administration Clinton aux États-Unis a par la suite approuvé un code de conduite élaboré par un partenariat tripartite des industries de l'habillement qu'elle a appelé le

³² Déclaration adoptée par le Conseil d'administration du Bureau international du travail lors de sa 204^e session (Genève, novembre 1997). Sur Internet : <http://www.ilo.org/public/french/employment/multi/download/french.pdf>. Pour un examen de la question, voir George Tsogas, *Corporate Codes of Conduct and Labour Standards: Developing the "Human Rights" Function in HRM* (The Hague: Institute of Social Studies, 1998) p. 7.

³³ Tsogas, *supra*, p. 7. Pour lire le texte du code de Levi Strauss, voir "Memorandum from Levi Strauss & Co. Regarding Business Partner Terms of Engagement and Guidelines for Country Selection" (1993), cité dans Barbara A. Frey, "The Legal and Ethical Responsibilities of Transnational Corporations in the Protection of International Human Rights" (1997) 6 *Minnesota Journal of Global Trade* 153, p. 179 no 141.

Workplace Code of Conduct (code de conduite en milieu de travail), qui autorise le secteur de l'habillement à afficher une étiquette "no sweat" (non à l'exploitation). Ce code de conduite porte sur un large éventail de questions, notamment l'interdiction du travail forcé et du travail des enfants, des engagements concernant le respect de la liberté d'association et du droit à la négociation collective, l'hygiène et la sécurité, les heures de travail, et il recommande la surveillance régulière et l'inspection des usines étrangères. Liz Claiborne, Nike, Reebok et d'autres ont accepté d'adhérer à ces conditions. Le Partenariat est devenu la Fair Labor Association, qui est l'entité responsable de la supervision des activités de surveillance.³⁴ D'autres sociétés, comme Toys R Us et Avon, sont allées plus loin en participant au Council on Economic Priorities, une organisation dont la mission est de mettre sur pied un système d'accréditation international des usines sur le modèle ISO9000 et ISO14000 de l'Organisation internationale de normalisation (ISO). Le Conseil a mis sur pied une agence d'accréditation et un ensemble de normes mieux connues sous l'appellation SA8000, qui s'inspirent des conventions de base de l'OIT et qui interdisent le travail forcé, le travail des enfants et la discrimination, et qui exigent un salaire-subsistance établi en fonction d'une formule complexe pour régler les questions salariales.³⁵

L'UNCTC a finalement élaboré un projet de code en 1982 et a appelé les sociétés transnationales à respecter les droits de la personne et les libertés fondamentales dans les pays où elles exercent leurs activités. Le projet de code de l'UNCTC faisait brièvement référence aux droits de la personne et au traitement équitable des travailleurs en termes

³⁴ Voir, de façon générale, Maria Gillen "The Apparel Industry's Partnership's Free Labor Association: A Solution to the Overseas Sweatshop Problem or the Emperor's New Clothes?" (2000) 32 *New York University Journal International Law and Policy* 1059.

³⁵ Pour un examen de la question, voir Kearney, *supra* p. 218-19.

généraux, n'exigeant guère plus que « les sociétés transnationales respectent les droits de la personne et les libertés fondamentales dans les pays où elles exercent leurs activités » et que « dans leurs relations sociales et industrielles, les sociétés transnationales ne doivent pas faire de discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, l'origine sociale, nationale et ethnique ou encore sur les opinions politiques ou autres ».³⁶ Parce qu'elle a échoué à obtenir un consensus parmi les États participants sur des engagements plus précis et plus ambitieux, l'UNCTC a abandonné le projet en 1992 et a par la suite été fusionnée avec la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.

En 1998, l'OIT a adopté la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail. La Déclaration de 1998 concentre le droit international du travail en un ensemble de droits fondamentaux du travail que tous les États sont tenus de respecter peu importe leur degré de développement ou leur situation au sein de l'économie internationale. Garantis à titre de droits fondamentaux du travail, on retrouve la liberté d'association et le droit à la négociation collective, l'interdiction du travail forcé ou obligatoire; l'abolition définitive du travail des enfants et l'élimination de la discrimination fondée sur l'emploi ou la fonction.³⁷ De concert avec la Déclaration tripartite de l'OIT de 1977, la Déclaration de 1998 présente un cadre international

³⁶ Code de conduite des Nations Unies sur les sociétés transnationales, 23 I.L.M. 626 (1984). Pour un examen de la question, voir Lisa Baltazar, "Government Sanctions and Private Initiatives: Striking a Balance for US Enforcement of Internationally-Recognized Workers' Rights" (1998) 29 687 p. 699.

³⁷ Pour consulter une description articulée antérieure, voir OCDE, *Trade, Employment and Labour Standards: A Study of Core Workers' Rights and International Trade* (1996) (décrivant cinq normes fondamentales du travail et faisant la distinction entre la liberté d'association et le droit à la syndicalisation et à la négociation collective).

prometteur pour permettre aux États et aux sociétés d'élaborer leurs propres codes de conduite et leurs propres pratiques en matière de labels sociaux.³⁸

En 2000, l'OCDE a révisé ses Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales (1976). Les Principes directeurs de 2000 comprennent désormais des recommandations relatives aux droits fondamentaux du travail énoncés par l'OIT dans sa Déclaration de 1998. Trente-huit États – qui représentent la source de la majorité des investissements directs à l'étranger dans le monde et qui accueillent la plupart des grandes entreprises multinationales – se sont engagés à promouvoir ces principes directeurs chez les entreprises multinationales exerçant leurs activités sur leur territoire ou à partir de leur territoire. Les Principes directeurs de l'OCDE comprennent notamment un mécanisme de surveillance formé d'institutions nationales désignées par les États participants et chargées de faire la promotion des Principes directeurs et de contribuer à la résolution des problèmes liés à leur mise en œuvre dans des circonstances particulières.³⁹

En 2003, quatre ans après avoir lancé le Pacte mondial, les Nations Unies ont réintégré la scène réglementaire en publiant ce qu'il est convenu d'appeler les « Normes des Nations Unies ». Adoptées par la Sous-commission des Nations Unies de la promotion et de la protection des droits de l'homme, les Normes des Nations Unies visent à fournir un cadre universel pour la responsabilité des entreprises devant servir de guide aux initiatives volontaires existantes.⁴⁰ Elles demandent que les sociétés transnationales et autres entreprises n'aient pas recours au travail forcé ou obligatoire et qu'elles

³⁸ Pour un examen éclairé des mérites de la Déclaration de 1998, voir Philip Alston, “‘Core Labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime” 15 EJIL 457 (2004); et Brian Langille, “Core Labour Rights – The True Story (réponse à Alston)” 16 EJIL 409 (2005).

³⁹ Pour une critique, voir Tsogas, *supra*, p. 7.

⁴⁰ Commission des droits de l'homme, Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, cinquante-cinquième session, Point 4 de l'ordre du jour. Pour consultation en ligne : [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.Fr?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.Fr?Opendocument).

respectent le droit des enfants d'être protégés contre l'exploitation économique, qu'elles assurent à leur personnel l'hygiène et la sécurité sur les lieux de travail et qu'elles offrent à leurs employés une rémunération adéquate, de même que la liberté d'association et le droit à la négociation collective. Elles demandent également que chaque société transnationale ou autre entreprise « adopte, diffuse et applique des règles internes de fonctionnement conformes à ces Normes » et qu'elles présentent des rapports sur leur conformité à ces Normes. Elles recommandent par ailleurs que les sociétés transnationales ou autres entreprises fassent l'objet de contrôles et de vérifications périodiques par des mécanismes des Nations Unies et d'autres mécanismes nationaux et internationaux pertinents. Enfin, elles invitent les États « à mettre en place et à renforcer le cadre juridique et administratif nécessaire pour veiller à l'application par les sociétés transnationales et autres entreprises des Normes et autres textes nationaux et internationaux pertinents ».

La plupart des codes de conduite, cependant, sont produits par les sociétés elles-mêmes, et ils ont proliféré ces dernières années. Lors d'une enquête récente menée à l'échelle mondiale auprès des 500 plus grandes sociétés, 98 p. 100 des répondants ont déclaré exercer leurs activités conformément à un code de conduite, et près des deux tiers des répondants ont mentionné que ce code avait été adopté dans les années 90.⁴¹ Les codes d'entreprises sont habituellement des engagements auto-imposés qu'une société prend par écrit de respecter certaines normes dans ses relations avec ses employés et ses clients. Ces codes envisagent parfois de régir un large éventail de questions, y compris la responsabilité déontologique de l'entreprise, des pratiques commerciales transparentes, le

⁴¹ Andrew Wilson et Chris Gribben, *Business Responses to Human Rights* (Ashridge: Ashridge Centre for Human Rights, 2000), p. 9.

respect de la primauté du droit, la protection de l'environnement et les normes du travail. La portée de la protection offerte aux travailleurs varie d'une société à l'autre, tout dépendant de la taille de l'entreprise, du secteur auquel elle appartient, et de sa proximité et de sa sensibilité aux décisions de consommation.⁴²

Par exemple, certaines entreprises telles que Starbucks, Gap, Nike, Reebok, Toys R Us et Avon ont modifié leurs politiques de manière à établir des codes de conduite en matière de pratiques commerciales et, dans certains cas, pour autoriser la surveillance par des instances indépendantes des conditions de travail ayant fait l'objet de nombreuses critiques. D'autres entreprises ont donné plus de latitude à leur code de manière à inclure l'engagement de respecter les droits politiques. Ainsi, le code de Reebok inclut l'engagement de se retirer d'un pays qui violerait les droits politiques et de faire la promotion des droits politiques dans les pays où l'entreprise exerce ses activités.⁴³ Le code de Levi Strauss engage l'entreprise à ne pas faire affaire avec des pays où les violations des droits de la personne sont répandues.⁴⁴ Macy's, Liz Claiborne, Eddy Bauer, Heineken et d'autres sociétés se sont retirées de la Birmanie lorsque la communauté internationale a condamné la répression militaire.⁴⁵ Et Levi Strauss a quitté la Chine pour des raisons similaires en 1993.

Comme le laisse entendre ce qui précède, les codes de conduite peuvent être soit des *codes modèles* ou des *codes fonctionnels*. Les *codes modèles*, comme les Principes

⁴² Cette description est adaptée de l'ouvrage de Bob Hepple, "A Race to the Top? International Investment Guidelines and Corporate Codes of Conduct" (1999) 20 *Comparative Labour Law & Policy Journal* 347, pp. 357-58.

⁴³ "Reebok Code of Conduct," dans Diane Orentlicher et Timothy Gelatt "Public Law, Private Actors: The Impact of Human Rights on Business Investors in China" 14 *Northwestern Journal of International Law & Business* 66 p. 108.

⁴⁴ "Memorandum from Levi Strauss & Co. Regarding Business Partner Terms of Engagement and Guidelines for Country Selection," citée dans Frey, *supra*, p. 179 no 141.

⁴⁵ Voir Spar, *supra*, p. 7.

directeurs de l'OCDE et les Normes des Nations Unies sont généralement établis par les institutions internationales, les gouvernements et les ONG, même s'il arrive qu'ils soient produits par des industries, des associations professionnelles ou des syndicats. Le code modèle est habituellement conçu pour servir de point de repère à ce qui constitue la responsabilité sociale de l'entreprise en général et aux conditions de travail en particulier. Il sert alors de guide potentiel ou de précédent que les sociétés peuvent adapter à la lumière de leurs circonstances et de leurs besoins particuliers.⁴⁶ Les codes modèles favorisent également la promotion de l'utilisation de conditions et de points de repère uniformes permettant l'évaluation du comportement des entreprises à l'intérieur de l'industrie, du secteur ou du groupe cible d'entreprises auquel il s'adresse.⁴⁷ En revanche, un *code fonctionnel* est un code qu'une société, une association d'entreprises, un gouvernement, soit de façon unilatérale, ou après négociation avec les parties prenantes, a adopté dans le cadre de ses relations avec ses travailleurs, clients, fournisseurs et partenaires commerciaux.⁴⁸ Les engagements pris à l'intérieur d'un code fonctionnel peuvent s'appliquer directement à une société ou encore, par l'entremise d'un système d'abonnement, comme celui offert à l'industrie de l'habillement américaine par la Fair Labor Association.

⁴⁶ Diller, *supra* p. 103. Voir aussi Urminsky, *supra*, p. 20 (en référence au Guide sur les codes volontaires du gouvernement du Canada qui, en plus de fournir divers renseignements, présente un modèle en huit étapes pour l'élaboration des codes qui aurait été arrêté par un groupe de travail multipartite).

⁴⁷ Urminsky, *supra*, p. 20.

⁴⁸ Urminsky décrit quatre types de codes de conduite fonctionnels : *codes de société (ou d'entreprise)* : codes adoptés de façon unilatérale par des sociétés relativement à leurs propres activités de production et de commercialisation et parfois aussi relativement à celles de leurs fournisseurs; *codes d'association d'entreprises* : codes négociés et adoptés par des associations professionnelles, des groupes industriels ou des organisations d'employeurs; *codes multipartites* : codes adoptés à la suite de négociations entre plusieurs parties prenantes, y compris des entreprises ou leurs représentants de l'industrie, des ONG ou des syndicats; et des *codes intergouvernementaux* : codes négociés à l'échelon international et adoptés par des gouvernements nationaux, p. ex., les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales de l'OIT. Voir Urminsky, *supra*, p. 16.

Les programmes de labels sociaux – au moins ceux qui font la promotion des *labels indépendants* – reposent souvent sur une participation massive d'ONG qui exercent un certain leadership. Ces programmes ont aussi été élaborés et administrés par des syndicats et autres organisations de travailleurs, des associations industrielles ou d'entreprises ou même des partenariats hybrides formés d'un ou plusieurs de ces acteurs. Par ailleurs, certaines marques de fabrique peuvent être suffisamment associées, dans l'esprit du public, avec une conduite socialement responsable pour avoir le même effet que les labels sociaux indépendants.⁴⁹ Institutions, détaillants ou fabricants de marque privée peuvent accorder sous licence l'utilisation de leurs logos ou de leurs marques de fabrique à des sous-traitants qui répondent aux exigences préétablies stipulées dans le code de conduite du donneur de licence.

Des entreprises à titre individuel et des partenariats entre l'industrie et le gouvernement peuvent aussi élaborer des labels sociaux pour des produits, et se servir de slogans et de symboles distincts des marques de commerce, et les appliquer à des activités données en sous-traitance à des fournisseurs externes. Certains programmes de labels reposent sur des codes de conduite spécifiques servant à guider les efforts des entreprises pour obtenir une licence ou la permission d'utiliser un label. Les frais d'utilisation peuvent être absorbés en partie par les producteurs ou les distributeurs, ou même par les importateurs qui versent des droits sur les produits étiquetés. Une partie de ces frais se répercutent en règle générale sur le consommateur ou, dans le cas de

⁴⁹ Diller, *supra*, p. 107.

programmes administrés par les entreprises à titre individuel, ils sont absorbés à l'interne.⁵⁰

IV. Forces et faiblesses

L'intérêt des codes de conduite et des programmes de labels sociaux tient en partie dans le fait qu'ils renferment la possibilité d'influencer le comportement des entreprises d'une manière qui échappe totalement aux formes traditionnelles de réglementation du marché du travail. Contrairement à la législation nationale, un code d'entreprise peut s'appliquer à des pratiques de travail dans les chaînes de production qui traversent les frontières nationales. En situant la source de la réglementation dans la société transnationale elle-même, le code de conduite d'entreprise peut aussi cerner avec beaucoup plus de précision comment les normes générales sont censées régir certains lieux de travail. Par conséquent, les codes peuvent être personnalisés de manière à tenir compte de la complexité et de la fluidité des formes flexibles de la production transnationale, que les normes nationales ou internationales, étant donné leur caractère général, sont impuissantes à réglementer. Ils peuvent aussi s'adapter relativement vite à des changements structurels dans une entreprise, un secteur ou une économie, alors que les lois nationales sont plus susceptibles de connaître la séparation par rapport aux conditions structurelles sous-jacentes.⁵¹

La conformité aux normes du travail découlant des codes de conduite et des programmes de labels sociaux entraîne des gains en efficacité pour l'État en libérant les

⁵⁰ Diller, *supra*, p. 104.

⁵¹ Kathryn Gordon, *Rules for the Global Economy: Synergies Between Voluntary and Binding Approaches* (Paris : Établi pour l'Organisation de coopération et de développement économiques, 2000), pp. 8-9.

ressources administratives limitées consacrées à l'application de ses anciennes prescriptions juridiques. Soit à titre de substitut ou de complément aux formes traditionnelles de réglementation du marché du travail,⁵² les codes de conduite d'entreprises et les pratiques en matière de labels sociaux ont également la capacité d'accroître la sensibilisation sociale et politique au sein des entreprises et chez les citoyens au sujet du traitement accordé aux travailleurs, soit au pays ou à l'étranger.⁵³ Ils peuvent refléter et produire des normes sociales informelles qui traduisent ce qui constitue un comportement acceptable pour les entreprises, que celles-ci devraient en retour tenter d'égaliser. Selon Charles Sabel, Dara O'Rourke, et Archon Fung, « l'intérêt de cette démarche est qu'elle crée des mesures qui incitent les entreprises de premier plan à améliorer leur rendement social et, ce faisant, elles créent *de facto* des normes leur permettant de critiquer les entreprises qui adoptent de piètres pratiques de travail » [Traduction].⁵⁴

Les codes d'entreprises et les programmes de labels sociaux possèdent également la capacité de stimuler l'efficience du marché. Ils permettent de déterminer les entreprises et les produits qui se conforment aux normes du travail généralement acceptables et, à ce titre, « réagissent aux déficiences du marché si les consommateurs... subissent une

⁵² Pour un examen de la complémentarité potentielle des codes d'entreprises et des formes traditionnelles de réglementation du marché du travail, voir Diller, *supra*, p. 110. Voir aussi Webb, *supra*, p. 385.

⁵³ Comparer Elliot J. Schrage, *Promoting International Worker Rights Through Private Voluntary Initiatives: Public Relations or Public Policy?* (The University of Iowa Center for Human Rights, 2004). (les codes d'entreprises démontrent l'importance de la primauté du droit, favorisent le respect des normes du travail et des droits dans le domaine du travail par les travailleurs, les directeurs d'usine et les représentants gouvernementaux locaux, raffermissent la société civile en faisant appel aux partenaires locaux, y compris les ONG, les universités et les entreprises privées qui font l'analyse des faits sociaux et, en offrant une tribune pour le règlement des différends, créent un climat favorable à l'activité politique sans violence).

⁵⁴ Charles Sabel, Dara O'Rourke & Archon Fung, *Ratcheting Labor Standards: Regulation for Continuous Improvement in the Global Workplace* (2000) at 15.3.

désutilité privée » découlant de l'achat de biens produits dans des conditions de travail inacceptables.⁵⁵ Les codes de conduite reposent sur l'hypothèse que les consommateurs se préoccupent des conditions de travail associées aux transactions commerciales dans lesquelles ils sont personnellement impliqués, et qu'ils sont prêts à payer plus cher pour des biens produits dans des conditions de travail décentes.⁵⁶ Un consommateur qui achète un produit fait l'acquisition « non seulement du bien lui-même, mais aussi des conditions de travail qui y sont rattachées » [Traduction].⁵⁷ La courbe de demande qui en résulte pour les normes du travail reflète « le montant additionnel que les consommateurs sont prêts à payer pour des produits fabriqués dans des conditions de travail décentes » [Traduction].⁵⁸ Plus la différence de prix pour obtenir de meilleures conditions de travail augmente, plus le nombre de consommateurs prêts à payer cette différence de prix diminue. Les codes d'entreprises sont par conséquent utiles pour empêcher les entreprises de faire payer les coûts par d'autres en les rendant responsables non seulement de leurs propres activités, mais aussi de celles de leurs filiales et de leurs fournisseurs.⁵⁹

⁵⁵ Michael J. Trebilcock et Robert Howse, "Trade Policy and Labour Standards" (2005) 14:2 Minn. J. Global Trade 261 p. 274. Freeman fait valoir qu'une déficience du marché existe si des consommateurs occidentaux subissent une désutilité privée pour avoir consommé des biens produits dans des conditions de travail mauvaises ou dangereuses. Une telle déficience du marché peut être corrigée si on offre aux consommateurs la possibilité de payer plus cher pour des biens produits dans un milieu de travail plus sécuritaire et plus tolérable. Richard B. Freeman, "A Hard-Headed Look at Labour Standards" dans W. Sengenberger et D. Campbell, dir., *International Labour Standards and Economic Interdependence* (1994). Voir aussi Drusilla K. Brown, *Can Consumer Product Labels Deter Foreign Child Labor Exploitation?* (Melbourne: Department of Economics, Tufts University, 1999) p. 2. La même explication vaut pour les labels sociaux.

⁵⁶ Robert J. Liubicic, "Corporate Codes of Conduct and Private Labelling Schemes: The Limits and Possibilities of Promoting International Labor Rights Through Private Initiatives" (1998) 30 Law & Pol'y Int'l Bus 111 p. 117. Liubicic cite Daniel Pink, "The Valdez Principles: Is What's Good for America Good for General Motors?" (1990) 8 Yale Law and Policy Review 180.

⁵⁷ Liubicic, *supra*, p. 118.

⁵⁸ Freeman, dans Sengenberger et Campbell, dir., *supra*.

⁵⁹ Jenkins, *supra*, p. 28.

En dépit de tous ces avantages, il y a au moins trois raisons de remettre en question la légitimité et l'efficacité des codes d'entreprises et des programmes de labels sociaux. La première concerne le fait que ces instruments reposent sur des acteurs non étatiques pour produire des normes régissant la relation d'emploi. La deuxième concerne la surveillance de la conformité d'une entreprise à ses propres engagements. Dans la mesure où cette surveillance a bien lieu, elle est aussi réalisée par des acteurs non étatiques. La troisième tient au fait que le mécanisme d'application des codes de conduite et des programmes de labels sociaux repose sur les décisions de consommation. Chacune de ces raisons sera étudiée en détail.

A. Production des normes

Les codes de conduite d'entreprises et les programmes de labels sociaux situent habituellement la responsabilité de la production des normes destinées à régir la relation d'emploi à l'intérieur de la société elle-même – soit directement, dans le cas d'un code fonctionnel, ou indirectement, par l'adoption et l'adaptation par l'entreprise d'un code modèle. Il s'ensuit plusieurs conséquences. Premièrement, cet objectif va à l'encontre des préceptes fondamentaux de notre droit du travail national, qui a tendance à considérer la société comme un lieu d'activité productive qui, en dépit des efforts consentis par les entreprises pour agir comme des sociétés conscientes de leurs responsabilités sociales, nécessitent néanmoins une réglementation externe. Se fier sur le secteur privé pour la production des normes n'est pas totalement étranger aux formes traditionnelles de réglementation du marché du travail. En effet, la common law des contrats et la législation sur la négociation collective sont fondées sur l'hypothèse que certains

arrangements de gouvernance des lieux de travail, à l'intérieur de certains paramètres fixés par l'État, ont avantage à être laissés à la discrétion du secteur privé. Et pourtant, les codes de conduite et les programmes de labels sociaux ont une certaine parenté avec les politiques de ressources humaines qui sont établies de façon unilatérale par la société. Ils n'ont pas besoin d'être le résultat d'une négociation entre les parties concernées.⁶⁰ Et on n'exige pas non plus de la société qu'elle prévoise des mécanismes pour que les parties lésées obtiennent satisfaction en cas de violation. En conséquence, les codes de conduite permettent aux employeurs de contourner – et même parfois de mettre en veilleuse – des formes établies de participation des travailleurs en fixant les conditions de travail.⁶¹ Ils laissent aussi les entreprises relativement libres de rédiger les codes de conduite en termes généraux et vagues, c'est-à-dire, de manière à ce qu'ils n'aient pas vraiment d'effet sur les conditions d'emploi.⁶² Les programmes de labels sociaux entraînent un risque similaire. Selon un porte-parole de la Oriental Rug Importers Association, « au bout du compte, les fabricants vont commencer à créer leurs propres étiquettes, et on ne

⁶⁰ Il ne s'agit pas de laisser entendre que les codes ne sont jamais le résultat de la négociation. Les négociations débouchent souvent sur des codes d'association d'entreprises, des codes multilatéraux et des accords-cadres. Toutefois, étant donné la nature volontaire de ces codes, aucune loi ne prescrit à une entreprise de négocier avec ses employés avant d'introduire un code de conduite. Voir Urminsky, *supra*, pp. 17-20.

⁶¹ L'OIT a fait remarquer que la majorité des codes d'entreprises demeurent manifestement silencieux sur le rôle des syndicats et de l'action collective, notamment sur le droit à la négociation collective et sur le droit de grève. Groupe de travail sur les dimensions sociales de la libéralisation du commerce international, *Overview of Global Developments and Office Activities Concerning Codes of Conduct, Social Labeling and Other Private sector Initiatives Addressing Labour Issues* (OIT, 1998). Voir aussi OCDE, *Inventaire des codes de conduite des entreprises*, TD/TC/WP(98)74/Final (29 avril 1999).

⁶² Jill Murray, *Corporate Codes of Conduct and Labour Standards* (Londres : Organisation internationale du travail, 1998). (La nature unilatérale d'un code d'entreprise crée le risque qu'il ne soit « qu'un simple bout de papier diffusé par le siège social, sans véritable impact sur les activités réelles de l'entreprise, ou sur ses politiques ou ses employés »). Voir aussi Jenkins, *supra* p. 26. Voir aussi Adelle Blackett, "Global Governance, Legal Pluralism and the Decentered State: A Labor Law Critique of Codes of Corporate Conduct" (2000) 8 Ind. J. Global Legal Stud. 401 p. 412.

réussira qu'à semer la confusion chez les consommateurs » [Traduction].⁶³ Même si nous reconnaissons que la « gouvernance sans gouvernement » comporte des défis pour les notions traditionnelles de la légitimité politique, on pourrait également reconnaître un concept très large de la légitimité, enraciné dans la littérature sociologique de l'organisation, laquelle considère une règle ou une institution comme légitime dans la mesure où des auditoires valables la reconnaissent comme légitime.⁶⁴ Mais la nature unilatérale de nombreux codes d'entreprises et programmes de labels sociaux dans la production, la surveillance et l'application de normes signifie que l'on est en présence de la gouvernance sans gouvernement et d'un manque de participation valable de la part des parties prenantes, et tout particulièrement des travailleurs ou de leurs représentants dans le contexte des normes du travail. Des codes de conduite ou des programmes de certification plus efficaces dans d'autres contextes, tels que ceux administrés par le Forest Stewardship Council, se sont montrés sensibles à cette notion plus large de la légitimité (même si eux aussi ne s'appliquent qu'à une petite fraction du secteur en question).⁶⁵

Deuxièmement, toutes les sociétés transnationales n'ont pas les mêmes incitations à rédiger et à adopter des codes de conduite.⁶⁶ Il ne fait aucun doute que les sociétés transnationales ont un intérêt économique à éviter la publicité négative associée au boycottage des consommateurs déclenché par des violations des droits dans le domaine du travail ou par la collaboration avec des régimes autoritaires. Certaines produisent des biens et des services dans des conditions de travail justes et font des efforts pour

⁶³ Liubicic, *supra* p. 131, citant Denise Cowie, "Label Would Assure Rugs Weren't Made by Children", *San Diego Uniontrib.*, 6 octobre 1996, H25.

⁶⁴ Voir Kirkton et Trebilcock, *supra* note 9, Introduction p. 14.

⁶⁵ Voir Kirkton et Trebilcock, *supra* note 9, chap. 2, 3, et 4.

⁶⁶ Voir de façon générale David P. Forsythe, *Human Rights in International Relations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000) pp. 198-99.

promouvoir les normes du travail dans les pays où la production se réalise. Certaines aussi cherchent activement à recruter une main-d'œuvre instruite, en bonne santé et productive dans un État déterminé à respecter les valeurs démocratiques. Et d'autres sont intéressées à recruter une main-d'œuvre ayant des revenus suffisants pour se procurer leurs produits. Les entreprises qui arborent un ou plusieurs de ces attributs offrent généralement des salaires, conditions de travail et avantages sociaux supérieurs dans les pays hôtes à ceux qui sont offerts dans les entreprises nationales, dû au fait qu'elles ont tendance à être concentrées dans des secteurs nécessitant des travailleurs qualifiés, à avoir des activités hautement capitalistiques, et qu'elles bénéficient de compétences supérieures en matière d'organisation et de gestion. Néanmoins, on peut s'attendre à ce que les codes d'entreprises endogènes soient des moyens moins efficaces d'appliquer les normes du travail dans les sociétés transnationales qui produisent des produits insensibles aux décisions de consommation,⁶⁷ ou qui exercent leurs activités dans des secteurs de biens non échangés ou dans les industries nationales non exportatrices.⁶⁸

Troisièmement, même si les codes de conduite d'entreprises peuvent avoir une portée qui dépasse les limites de compétence nationales et peuvent couvrir les chaînes de production transnationales, il reste que leur capacité réelle d'embrasser diverses entités dans une chaîne de produits est difficile à prévoir. Elle va reposer en partie sur des variables intermédiaires hautement contingentes, telles que la parenté étroite et la stabilité des relations avec ces diverses entités, la longueur de la chaîne et la complexité dans la

⁶⁷ Comparer Sabel, *et al.*, "Ratcheting Labor Standards," *supra* p. 3 (« la pression publique ne peut faire bouger que les sociétés les plus consciencieuses ou les plus exposées à l'opinion publique »). Voir aussi Baltazar, *supra*, p. 693.

⁶⁸ Liubicic, *supra*, p. 140.

chaîne des niveaux d'entrepreneurs et de sous-traitants.⁶⁹ Par conséquent, la capacité d'un code d'entreprise de réglementer les relations d'emploi dans les chaînes de production transnationales variera considérablement d'une société à l'autre, et d'un secteur à l'autre.

Quatrièmement, les codes de conduite d'entreprises protègent les travailleurs du simple fait de leur relation avec la société transnationale. Ils ne représentent pas les incidents de citoyenneté qui se rattachent à tous les participants sur le marché du travail d'un État souverain. Ils peuvent produire une « balkanisation des... relations industrielles en raison de leur appartenance à diverses multinationales » [Traduction].⁷⁰ La diversité des formes de protection des travailleurs n'a rien de nouveau pour le droit du travail. En effet, les lois sur la négociation collective produisent des droits et des obligations découlant du pouvoir de négociation relatif des parties, qui nécessairement vont varier d'une entreprise à l'autre, d'une industrie à l'autre, et de région en région. Mais dans le passé, la diversité a été contenue à l'intérieur des frontières nationales et représentait des choix conscients au plan de la politique à établir optant pour les avantages de la décentralisation plutôt que pour l'établissement de normes nationales. Dans le contexte des codes volontaires des entreprises transnationales, la diversité dans les formes de protection des travailleurs dépasse les frontières nationales et dépend des choix d'une entreprise plutôt que des choix démocratiques. Dans la mesure où ils produisent des gains matériels pour les travailleurs, les codes d'entreprises risquent d'introduire des inégalités économiques entre ceux qui bénéficient de leur protection et ceux qui n'en bénéficient pas – des inégalités qui ne peuvent être directement attribuées à des choix conscients au

⁶⁹ Urminsky, *supra*, p. 16.

⁷⁰ Robert Boyer, "The Changing Status of Industrial Relations in a More Interdependent World" dans Tom Wilthagen (dir.), *Advancing Theory in Labour Law and Industrial Relations in a Global Context* (North-Holland: Royal Netherlands Academy of Arts and Science, 1998) 35-65 p. 52.

plan des politiques sur le marché du travail national et qui, par conséquent, échappent à la surveillance démocratique et à ses mesures de redressement.

Cinquièmement, en raison de la vigueur de l'économie américaine au sein de l'économie mondiale, les codes d'entreprises courent le risque d'exporter les conceptions américaines de la responsabilité sociale des entreprises. Ils pourraient par conséquent ne pas tenir compte des caractéristiques à part des économies en développement. Par exemple, une interdiction générale de l'utilisation du travail des enfants dans certaines économies en développement, si elle n'est pas accompagnée de mesures de compensation, pourrait avoir des effets néfastes sur la subsistance des familles les plus vulnérables qui ont besoin du revenu de leurs enfants. Dans de tels cas, les enfants peuvent se retrouver dans des conditions de travail encore pires sur le marché national.⁷¹ Ou encore, un code de conduite régissant les relations d'une entreprise avec ses fournisseurs pourrait créer un incitatif à centraliser les fournisseurs et à se priver des services des petits fournisseurs qu'il est impossible de surveiller, ce qui ouvrirait le marché de l'exportation aux grands fournisseurs transnationaux au détriment des petits fournisseurs locaux dont la santé économique joue un rôle essentiel dans l'économie où ils évoluent.⁷² Le fait que les sociétés transnationales soient régies par des codes d'entreprises peut aussi dissuader les pays en développement de mettre en place des lois nationales plus rigoureuses en matière de travail ou d'améliorer l'application des normes existantes.⁷³

⁷¹ Jenkins, *supra*, p. 29.

⁷² Jenkins, p. 29.

⁷³ Liubicic, p. 149.

Une enquête menée par l'OIT en 1998 révèle que les préoccupations associées à la production des normes ne devraient pas être sous-estimées. L'OIT a passé en revue environ 258 codes de conduite et 12 programmes de labels sociaux.⁷⁴ Sur les 258 codes examinés, 225 (87 p. 100) étaient des codes fonctionnels et 33 (13 p. 100) étaient des codes modèles. Parmi les codes fonctionnels, 177 codes avaient été créés par les entreprises (68 p. 100). Vingt-cinq codes fonctionnels ont été créés par une combinaison d'acteurs. Les 33 codes modèles se répartissaient presque en parts égales entre les organisations d'employeurs (11 codes), les syndicats (9 codes), et les ONG (11 codes). Un seul code modèle résultait de la coopération entre plusieurs acteurs.

Même si les codes de conduite ayant des dispositions relatives au travail se retrouvent dans pratiquement la totalité des 22 secteurs d'activité de l'OIT, il reste que la participation sectorielle varie considérablement. Les secteurs les plus susceptibles d'avoir des codes de conduite étaient ceux qui avaient un rapport direct avec les produits de consommation. Les secteurs où l'on retrouvait le plus de codes sont ceux des textiles, de l'habillement et des chaussures (62 codes), suivis par le commerce, les métaux et les aliments et boissons (26 codes chacun). Quinze codes portaient sur les conditions prévalant dans chacun des secteurs suivants : minéraux, industrie forestière ou de la construction, et il y en avait 13 dans l'industrie des services. Neuf codes couvraient les professions financières, et 24 s'appliquaient à divers secteurs.⁷⁵ Les nouveaux secteurs

⁷⁴ Organisation internationale du travail, *Overview of global developments and Office activities concerning codes of conduct, social labelling and other private sector initiatives addressing labour issues*. (Genève : GB.273/WP/SDL/1, Groupe de travail sur les dimensions sociales de la libéralisation du commerce international, Bureau international du travail, 1998). Nous nous inspirons ici de l'examen réalisé par Urminsky de l'enquête mise à jour : voir Urminsky, *op. cit.*

⁷⁵ Urminsky, p. 15.

comprenaient notamment l'hôtellerie, les services financiers, les télécommunications, la haute technologie, l'agriculture, de même que l'industrie pétrolière et gazière.

Les codes soumis à l'examen présentaient aussi des variations extraordinaires intersectorielles et intrasectorielles, pour ce qui est du contenu et de la précision de la définition des normes du travail qu'ils contenaient. Ils avaient tendance soit à créer leurs propres définitions des normes du travail (autodéfinitions) ou à se référer aux normes internationales, nationales ou de l'industrie. Par exemple, 72 p. 100 de tous les codes contenaient des dispositions relatives à *l'hygiène et à la sécurité au travail*, la question liée au travail à laquelle on faisait le plus souvent référence. Le secteur le plus actif pour ce qui est des dispositions relatives à l'hygiène et à la sécurité au travail était celui des forêts et de la construction, puisque 100 p. 100 des codes dans ce secteur y faisaient référence. Les autres secteurs actifs à cet égard étaient l'industrie minière (93 p. 100), le secteur des textiles, de l'habillement et des chaussures (77 p. 100), les produits métalliques ouvrés de base (77 p. 100), le secteur des services (77 p. 100), l'industrie chimique (57 p. 100), le secteur des aliments et boissons (73 p. 100) et le secteur financier et professionnel (44 p. 100). Parmi les codes destinés à s'appliquer à plusieurs secteurs, 71 p. 100 incluaient des dispositions relatives à l'hygiène et à la sécurité.

Près de 70 p. 100 des références à l'hygiène et à la sécurité contenaient une certaine forme de norme autodéfinie, indépendante ou en coordination avec le droit national. Les autodéfinitions comprenaient des descriptions générales de l'objectif, des exigences de rendement précises pour atteindre l'objectif, et les approches des systèmes de gestion. Moins d'un tiers des références mentionnaient le droit national. Certaines cherchaient à maintenir à la fois le droit national et les normes autodéfinies, tandis que d'autres se

tournaient vers les normes autodéfinies en l'absence de dispositions du droit national en matière d'hygiène et de sécurité au travail. On retrouvait très peu de références aux normes internationales pertinentes en matière de travail dans les codes de conduite. Elles étaient toutes présentes en revanche dans les codes hybrides comme le SA8000.

Élimination de la discrimination figurait dans 70 p. 100 des codes examinés. La majorité des références à cet égard étaient des autodéfinitions. Seulement 17 codes faisaient référence à une convention pertinente de l'OIT sur le sujet, tandis que certains codes mentionnaient les lois nationales en matière de discrimination. La plupart faisaient référence à l'élimination de la discrimination en termes généraux, certains mentionnaient l'égalité comme un aspect de la dignité humaine, et d'autres parlaient de la promotion de l'égalité des chances. Seulement quelques-uns précisaient des motifs interdits de discrimination, comme le sexe ou la race.

Cinquante-et-un pour cent des codes formulaient des engagements relatifs aux *niveaux des salaires*. Les références mentionnaient les lois nationales, les normes de l'industrie ou encore choisissaient de définir elles-mêmes une formule appropriée. Pour les trois types, ce sont les secteurs des textiles, de l'habillement et des chaussures (84 p. 100) et des services (77 p. 100) qui venaient en tête pour la fréquence des références aux salaires, même si les codes dans les autres secteurs contenaient aussi des dispositions relatives à la rémunération, notamment le commerce (46 p. 100), les forêts et la construction (53 p. 100), les aliments et boissons (42 p. 100) et l'industrie chimique (21 p. 100). Les références au droit national étaient un peu plus fréquentes que les références à des autodéfinitions. Celles qui faisaient référence au droit national faisaient, dans bien des cas, aussi référence à une norme de l'industrie correspondante ou, moins

fréquemment, à une norme de l'industrie supérieure. Les normes autodéfinies pour les niveaux de salaires se basaient souvent sur le principe de l' « équité » dans l'établissement d'une norme générale. Certaines références exigeaient un salaire suffisant pour répondre aux « besoins essentiels ». Certaines nuançaient la formule avec des pratiques et des conditions locales, tandis que d'autres maintenaient un « salaire-subsistance » absolu.

Quarante-sept pour cent des codes mettaient en évidence la question du *travail des enfants*. Les secteurs qui se concentraient sur le travail des enfants comprenaient notamment les textiles, l'habillement, les chaussures et les jouets (89 p. 100), le commerce (88 p. 100), les aliments et boissons (42 p. 100) de même que l'industrie forestière et la construction (40 p. 100). Plusieurs interdictions du travail des enfants existaient également dans les codes des secteurs des métaux ouvrés de base (trois codes), des services (quatre codes) et de l'industrie chimique (trois codes). Soixante-trois pour cent des codes qui s'appliquaient à plusieurs secteurs faisaient référence au travail des enfants. La majorité de ces références étaient formulées comme des autodéfinitions et se caractérisaient généralement par l'absence d'une définition précise, ou d'un âge prédéterminé, habituellement 14 ou 15 ans. Un nombre proportionnellement plus élevé de références dans les codes au travail des enfants (près du tiers) visaient les lois nationales plutôt que le traitement d'autres questions dans le domaine du travail. Seulement neuf pour cent de tous les codes faisaient référence à la Convention n° 138 de l'OIT dans leur définition de l'âge minimum standard. Ceux-ci se répartissaient plus ou moins entre les codes auto-imposés par les entreprises, les codes entreprises-travailleurs et les codes hybrides ou multipartites. Toutefois, les codes élaborés par les seules entreprises faisaient

proportionnellement moins de références à la Convention pertinente, avec seulement quatre codes, ce qui représente deux pour cent.

Quarante-deux pour cent des codes interdisaient le *travail forcé*; la plupart se retrouvaient dans les secteurs des textiles, de l'habillement et des chaussures, des jouets et du commerce. Quatre-vingt pour cent de ceux qui faisaient référence au travail forcé incorporaient une autodéfinition, qui consistait principalement à l'interdire sans le définir plus précisément. La plupart se limitaient à interdire le travail forcé dans le secteur des biens. De nombreux codes ajoutaient le travail en milieu carcéral, soit à titre d'élément admissible ou additionnel, et certains mentionnaient aussi la violence physique ou psychologique. Aucun ne semblait faire référence aux lois nationales sur le travail forcé. Les codes faisant référence au travail forcé se retrouvaient de façon prépondérante dans les secteurs des textiles, de l'habillement, des chaussures, des jouets et du commerce.

Trente-trois pour cent des codes contenaient des références à la *liberté d'association* ou au droit à la *négociation collective*. Ces références se retrouvaient le plus souvent dans les industries des textiles, de l'habillement et des chaussures (47 p. 100), des aliments et des boissons (50 p. 100) et de l'industrie forestière et de la construction (47 p. 100). Les références se retrouvaient moins souvent dans les services (31 p. 100), les métaux ouvrés de base (12 p. 100), l'industrie minière (20 p. 100), l'industrie chimique (10 p. 100) et le secteur du commerce (8 p. 100). Parmi les codes s'appliquant à plusieurs secteurs, 79 faisaient référence au moins à la liberté d'association ou à la négociation collective, ou aux deux. Urminsky mentionne que la proportion des codes comportant de telles références semble avoir augmenté légèrement ces dernières années, et il attribue

cette hausse à la possibilité d'une plus grande participation des ONG et des syndicats dans l'élaboration des codes qui s'appliquent à plusieurs secteurs.⁷⁶

Bon nombre de références à la liberté d'association et au droit à la négociation collective, principalement celles que l'on retrouvait dans les codes s'appliquant à une seule entreprise, établissaient des objectifs prédéterminés. Les autodéfinitions, qui variaient considérablement, incluaient des énoncés affirmant la liberté d'association et le droit à la négociation collective. D'autres faisaient allusion de manière générale à la nécessité de promouvoir le respect entre les travailleurs et la direction. Et d'autres cependant recommandaient l'élimination des activités syndicales, tandis que certaines proposaient une combinaison de ces diverses approches. Moins de la moitié des dispositions des codes faisaient référence au droit national, s'y référant parfois pour nuancer ou limiter le respect de la liberté d'association et le droit à la négociation collective.

Parmi les 258 codes examinés, seulement 25 p. 100 mentionnaient les *heures de travail*. En effet, les références aux heures de travail se retrouvaient le plus souvent dans les secteurs des textiles, de l'habillement et des chaussures où 60 p. 100 des codes contenaient de telles dispositions. Cependant, plusieurs dispositions ont aussi été trouvées dans des codes relatifs à d'autres secteurs. Les heures de travail, plus particulièrement, étaient mentionnées dans les codes du secteur du commerce (31 p. 100), des aliments et des boissons (19 p. 100) et dans l'industrie forestière et de la construction (20 p. 100). Les secteurs où les codes mentionnant les heures de travail avaient le moins de chances de se retrouver étaient le secteur financier, professionnel et de l'industrie minière, où l'on

⁷⁶ Urminsky, *supra*.

n'a pu observer aucune disposition de ce genre. Les codes élaborés par les syndicats, les ONG ou les codes hybrides avaient deux fois plus de chances de faire référence aux heures de travail que ceux élaborés par des associations d'entreprises ou par les entreprises elles-mêmes.

Vingt pour cent des codes faisaient référence à la *formation*. Les dispositions relatives à la formation se retrouvaient le plus souvent dans les codes destinés à l'industrie minière (60 p. 100). Les autres codes ayant le plus de chances de contenir des dispositions relatives à la formation étaient ceux destinés à l'industrie forestière, de la construction (33 p. 100) et au secteur des aliments et boissons (27 p. 100). En outre, 33 p. 100 des codes intersectoriels contenaient des dispositions relatives à la formation. Alors que certaines dispositions mentionnaient la formation continue sans élaborer sur sa raison d'être, d'autres étaient explicites au sujet de la nécessité de la formation comme moyen de perfectionnement des employés.

Seize pour cent de tous les codes faisaient référence aux *avantages sociaux ou à la sécurité sociale*, mais surtout dans les secteurs des textiles, de l'habillement et des chaussures ainsi des aliments et des boissons (21 p. 100 et 23 p. 100, respectivement). Parmi ceux contenant des dispositions relatives aux avantages sociaux, la formulation et le contenu variaient beaucoup. Plusieurs codes faisaient précisément référence aux dispositions relatives à la sécurité sociale. Toutefois, la majorité des codes faisant référence aux avantages sociaux et à la sécurité sociale mentionnaient les « avantages » comme faisant partie d'une disposition plus générale englobant les « salaires et avantages sociaux ». À tout le moins, ces dispositions laissaient entendre simplement que tous les salaires et avantages sociaux devaient être accordés conformément aux lois applicables.

Seulement 12 p. 100 de tous les codes faisaient référence à la *sécurité d'emploi*. Les secteurs dans lesquels les codes comportant des dispositions relatives à la sécurité d'emploi avaient le plus de chances de se retrouver étaient celui des services (23 p. 100) et des aliments et boissons (27 p. 100). Parmi les codes s'appliquant à plusieurs secteurs, 25 p. 100 contenaient des dispositions relatives à la sécurité d'emploi. Les dispositions relatives à la sécurité d'emploi avaient beaucoup plus de chances de se retrouver dans les codes élaborés avec la participation des travailleurs. Plus particulièrement, 56 p. 100 des codes élaborés avec les syndicats, 44 p. 100 de ceux élaborés avec les ONG, et 50 p. 100 des codes hybrides mentionnaient la sécurité d'emploi. En revanche, seulement cinq pour cent des codes provenant des entreprises contenaient de telles dispositions. Les codes faisant référence à la sécurité d'emploi avaient tendance à stipuler que des efforts devaient être faits pour éviter le recours excessif aux contrats à court terme, et moins souvent, que les employeurs ne devaient pas avoir recours illégalement à la formule d'apprentissage pour éviter d'avoir à offrir aux travailleurs des contrats de travail en bonne et due forme.

L'étude réalisée en 1998 par l'OIT est arrivée à des conclusions semblables pour ce qui est des programmes de labels sociaux. À l'instar des codes de conduite, les normes du travail régissant les programmes variaient de secteur en secteur. Tous les labels examinés par l'OIT dans le secteur des textiles, de l'habillement et des chaussures parlaient du travail des enfants. Les questions des salaires et des justes prix étaient le principal sujet de préoccupation des labels dans le domaine agricole, tandis que les avantages communautaires et sociaux étaient des dispositions répandues dans les programmes de labels sociaux de l'industrie forestière. L'hygiène et la sécurité, courantes dans les codes

de l'OIT, n'apparaissent pas si souvent dans les programmes de labels sociaux. Comme les codes, environ le tiers des programmes de labels examinés comportaient certaines références aux normes internationales du travail. Le processus et la marche à suivre par les programmes de labels pour établir des critères normatifs qu'ils considèrent pertinents diffèrent selon les programmes. Par conséquent, les critères normatifs variaient dans leurs particularités. Par exemple, les labels Rugmark et Kaleen garantissent que les tapis qui les portent n'ont pas été produits avec le travail des enfants. En revanche, les labels de détaillants STEP et Care & Fair visent à promouvoir l'élimination progressive des formes abusives du travail des enfants, ce qui ne constitue pas pour autant une garantie que leurs produits sont fabriqués sans y avoir recours.

Une étude réalisée en 2001 par l'OCDE de 246 codes de conduite volontaires d'entreprises exerçant leurs activités dans 23 pays de l'OCDE confirme les résultats de l'étude menée par l'OIT, c'est-à-dire qu'il existe de grandes variations intersectorielles et intrasectorielles en ce qui concerne la confiance accordée aux codes de même que le degré de définition des normes du travail.⁷⁷ Parmi les 246 codes examinés par l'OCDE, 118 ont été produits par des sociétés (majoritairement, des multinationales) à titre individuel, 92 ont été produits par des associations industrielles et commerciales, 32 ont été produits par des partenariats entre les parties prenantes (majoritairement des ONG et des syndicats), et quatre l'ont été par des organisations intergouvernementales. L'OCDE a trouvé que plus de la moitié des codes comportaient des énoncés relatifs aux « pratiques loyales en matière d'emploi et aux droits dans le domaine du travail ». Bon nombre de ces codes constituaient des réponses partielles aux campagnes menées par les ONG ou les

⁷⁷ OCDE, *Codes of Corporate Conduct: Expanded Review of their Contents* (Paris : OCDE, 2001) p. 26.

gouvernements en vue d'améliorer les conditions de travail dans le secteur de la sous-traitance de l'industrie de l'habillement. En conséquence, 41 p. 100 des codes couvrant les questions dans le domaine du travail mentionnaient les obligations incombant aux sous-traitants ou aux autres partenaires commerciaux. En outre, bon nombre se concentraient sur les questions soulevées lors des campagnes – travail forcé (39 p. 100), travail des enfants (43 p. 100), heures de travail (32 p. 100), rémunération (45 p. 100) et lieu de travail raisonnable (76 p. 100). Treize pour cent des codes portant sur les droits du travail mentionnaient les Déclarations ou les Conventions de l'OIT. Seulement 30 p. 100 des codes mentionnaient le respect de la liberté d'association et le droit à la négociation collective.

L'enquête de l'OCDE a également trouvé des divergences considérables d'approche entre les codes. Par exemple, une entreprise nord-américaine affirmait qu'elle aurait recours à tous les moyens autorisés par la loi pour décourager la syndicalisation de sa main-d'œuvre. D'autres sociétés, en revanche, se sont engagées à respecter la liberté d'association et le droit à la négociation collective. En ce qui concerne le travail des enfants, plus de la moitié des codes ne mentionnaient pas la question, alors que ceux qui le faisaient engageaient la société à contribuer à l'objectif à long terme consistant à éliminer le travail des enfants. Toutefois, diverses approches ont été retenues pour atteindre cet objectif. Certains codes reconnaissaient que les considérations éthiques sous-jacentes au travail des enfants signifiaient que l'interdiction générale pourrait ne pas être nécessairement dans leur intérêt.

Pour ce qui est de la différenciation des industries, l'enquête de l'OCDE a montré que les codes de l'industrie de l'habillement couvraient toutes les questions du travail, et le

faisaient d'une manière différente des autres industries. Tous les codes dans le domaine de l'habillement mentionnaient le travail des enfants, et la majorité abordaient la question de la servitude pour dettes, les conditions de travail et la rémunération. Dans l'industrie extractive, par exemple, les codes avaient généralement plus de chances de parler d'environnement et de travail que la « moyenne » des codes visés dans l'enquête.⁷⁸ Dans l'ensemble, l'enquête de l'OCDE a souligné « la diversité et le manque d'uniformité dans le traitement des questions dans les codes du travail ». Elle a en outre mentionné que ces « idiosyncrasies étaient susceptibles de diminuer la valeur des codes en tant qu'outils favorisant la transparence et la responsabilité », tout en reconnaissant que la « diversité des codes – en plus de refléter les différences inhérentes des organisations qui les produisent et probablement les faiblesses de méthodologie – reflètent également le manque de consensus sous-jacent sur certaines questions » [Traduction].⁷⁹

Les observations faites jusqu'à maintenant confirment donc que les codes de conduite d'entreprises et les programmes de labels sociaux comportent plusieurs lacunes associées à la production des normes. Des variations spectaculaires existent à l'intérieur des secteurs et entre les secteurs concernant la sélection, le contenu, et le degré de définition des normes du travail pertinentes. Cette situation est due dans une large mesure au fait que les entreprises réagissent à diverses incitations pour adopter et rédiger un code établi en termes suffisamment précis. Étant donné que les entreprises participent à la production transnationale et aux chaînes d'approvisionnement, ces lacunes ne se limitent pas à la conformité aux normes du travail au sein de la société en question. Elles se répercutent sur tous les pays et sur toutes les chaînes d'approvisionnement auxquelles participe la

⁷⁸ OCDE, *supra*.

⁷⁹ OCDE, *Codes of Corporate Conduct: Expanded Review of their Contents* (Paris : OCDE, 2001) p. 3.

société, et elles sont exacerbées par le fait que l'application d'un code sur toute une chaîne a des répercussions sur la nature et la complexité de la chaîne elle-même.

B. Surveillance

Un autre ensemble de raisons de remettre en question l'efficacité des codes d'entreprises et des programmes de labels sociaux tient aux mécanismes utilisés pour surveiller dans quelle mesure l'entreprise respecte ses engagements. Premièrement, en l'absence de moyens efficaces de déclaration de la non-conformité, de dispositions relatives à la surveillance et à la formation et d'incitations à la conformité par la direction, un code d'entreprise est, « dans le meilleur des cas, une certaine forme de relations publiques utilisée par les puissantes multinationales, et dans le pire, un sceau d'approbation apposé par ceux qui n'ont aucun droit légitime de juger ces questions »[Traduction].⁸⁰ Certains secteurs, tels que ceux qui ont recours à l'emploi informel, atypique, à temps partiel ou à court terme, de même que les industries, telles que l'agriculture, peuvent être plus difficiles à surveiller efficacement que d'autres.⁸¹

Deuxièmement, un système de surveillance efficace présuppose qu'une entreprise a au moins mis en œuvre le code au moyen d'une certaine forme de système de gestion interne – ce que Urminsky appelle « enraciner un code dans la culture d'entreprise ».⁸² Et cependant, pour une entreprise, l'incitation à mettre en œuvre un code est beaucoup plus faible que l'incitation à en promulguer un, et l'incitation à éduquer ses travailleurs à son sujet est beaucoup plus faible que l'incitation à en publiciser l'existence auprès de ses

⁸⁰ Sabel, et al., "Ratcheting Labor Standards," *supra* p. 3.

⁸¹ Liubicic, p. 147.

⁸² Urminsky, *supra*, p. 37.

clients et des consommateurs. La surveillance sans la participation des employés n'a pas beaucoup de chances de permettre de déceler les violations et d'y remédier. Un système de surveillance vraiment efficace est celui qui repose aussi sur la participation de tiers, tels que les associations industrielles, les organisations d'employeurs, les syndicats et les entreprises spécialisées dans l'inspection ou l'audit. Mais la mesure dans laquelle la surveillance exercée par un tiers peut fournir des évaluations vraiment indépendantes de la conformité peut varier énormément d'une entreprise à l'autre, et d'un secteur à l'autre, et dépend largement de facteurs propres au contexte, comme l'identité et l'autonomie de l'organisme de surveillance, si les employés ont la latitude et la confiance requises pour présenter des plaintes directement aux surveillants, et si la surveillance est exercée systématiquement, de façon continue et sans horaire planifié.⁸³

Troisièmement, même les systèmes de surveillance efficaces peuvent coûter cher. Comme le fait remarquer Blackett, « en détournant l'attention vers les systèmes de surveillance de la direction, plutôt qu'en ayant recours aux mécanismes permettant de s'exprimer par l'entremise du système de règlement des différends patrons-employés, les initiatives d'autoréglementation courent le risque de supplanter plutôt que de raffermir la participation démocratique en milieu de travail ». ⁸⁴ Ce risque est encore exacerbé dans les administrations ayant entrepris de démanteler les cadres réglementaires, comme les régimes d'arbitrage et de négociation collective qui, traditionnellement, guident le règlement des différends entre les employés et la direction.

⁸³ Voir César A. Rodríguez-Garavito, "Global Governance and Labor Rights: Codes of Conduct and Anti-Sweatshop Struggles in Global Apparel Factories in Mexico and Guatemala" (2005) 33 *Politics & Society* 203, p. 215.

⁸⁴ Blackett, *supra*, p. 420.

Parmi les codes examinés par l'OIT en 1998, seulement quelques-uns offraient des systèmes de mise en œuvre significatifs.⁸⁵ La mention des procédures de conformité et de mise en œuvre était courante parmi les 258 codes examinés, mais très peu insistaient sur la surveillance interne ou l'examinaient en détail. Seulement 20 (8 p. 100) incluaient certains énoncés concernant l'engagement de communiquer le contenu du code aux employés. Seulement 10 p. 100 précisaient que le code serait distribué à tous les employés ou encore affiché en bonne place. Quatre pour cent fournissaient la traduction du code dans les langues parlées localement.

L'étude de l'OIT attire également l'attention sur l'importance de disposer de suffisamment de ressources humaines pour assurer la mise en œuvre des codes. Seulement 15 p. 100 des codes examinés faisaient référence à une personne ou à un service responsable de la surveillance de la mise en œuvre du code. Dix-sept faisaient une mention générale de la nécessité de mettre en œuvre ou de surveiller le code, sans proposer de mesures concrètes pour atteindre ce résultat. Un autre 17 p. 100 précisaient que l'on prendrait des dispositions pour exercer une certaine surveillance interne, mais le degré de détail précisé variait considérablement. Un certain nombre de codes prévoyaient une surveillance externe exercée par des associations industrielles et par des organisations d'employeurs, de même que par des entreprises spécialisées dans les inspections et les audits. Dans le dernier cas, l'étude de l'OIT a trouvé qu'habituellement l'entreprise retenue fournissait déjà à la société d'autres services d'inspection ou d'audit.

⁸⁵ Urminsky fait remarquer qu'étant donné que les principes régissant la mise en œuvre des codes sont parfois contenus dans la documentation d'accompagnement (qui n'est pas toujours distribuée avec le code lui-même), le nombre de dispositions relatives à la mise en œuvre n'est pas toujours représentatif du véritable niveau d'engagement à l'égard de la mise en œuvre et de la surveillance. Par conséquent, même s'il en arrive à ces conclusions, il invite le lecteur à faire preuve de prudence avant de généraliser à partir de ces données.

L'enquête a montré que seulement 12 p. 100 des codes comportaient des dispositions relatives à la surveillance par une tierce partie. Les dispositions relatives à la surveillance par une tierce partie avaient plus de chances de se retrouver dans les codes élaborés par des ONG ou dans des codes multipartites ou encore dans des accords-cadres que dans ceux créés par les entreprises, les associations d'entreprises ou les syndicats.

En plus de n'avoir pas prévu de dispositions relatives à une surveillance périodique, peu de codes offraient des mesures réparatrices à utiliser dans les cas de non-conformité. Seulement 13 p. 100 prévoyaient certains mécanismes au moyen desquels les travailleurs pouvaient signaler les violations. Dans certains cas, la disposition précisait qu'il était du devoir des employés de signaler ces manquements et qu'il s'agissait d'une preuve de loyauté envers la société. Au total, 16 p. 100 ont indiqué que des pénalités étaient prévues en cas de non-conformité. Dans un nombre écrasant de cas, la pénalité prévue pouvait aller jusqu'au congédiement, s'il s'agissait d'une violation commise par l'employé, ou de la cessation du contrat, s'il s'agissait d'une violation commise par un fournisseur. Douze pour cent indiquaient que certaines mesures correctives seraient d'abord envisagées.

L'enquête de 2001 de l'OCDE a permis de constater elle aussi que les organisations adoptent diverses démarches en ce qui concerne l'information décrivant le processus de mise en œuvre de leurs codes, la plupart se montrant assez sélectives à l'égard des éléments de détails de la mise en œuvre dans l'information fournie. Plus particulièrement, 66 p. 100 de tous les codes (et 71 p. 100 des codes d'entreprises) ayant fait l'objet de l'enquête de l'OCDE mentionnaient des procédures de surveillance destinées à prévenir et à détecter les violations du code.⁸⁶ Dans ces codes, la surveillance était considérée

⁸⁶ OCDE, *Codes de conduite des entreprises*, *supra*, p. 26.

majoritairement comme une affaire interne, souvent décrite comme faisant partie du processus habituel de gestion. Un tout petit peu plus de 10 p. 100 des codes renfermaient des dispositions relatives à une surveillance externe indépendante. Ce pourcentage était encore plus bas pour les codes d'entreprises individuelles, avec quatre pour cent. Dans 41 p. 100 des cas, on ne faisait aucune mention spécifique de la surveillance, et dans un autre 44 p. 100 des cas, ce sont les entreprises elles-mêmes qui assuraient la surveillance de la conformité. Sur les 45 codes dans l'inventaire qui visaient plus particulièrement la conduite des entrepreneurs et d'autres entités auprès desquelles une société faisait des achats (codes de sources d'approvisionnement), plus des deux tiers (71 p. 100) mentionnaient que la surveillance pourrait comprendre ou comprendrait des inspections sur place. Quelques-uns parmi les codes de sources d'approvisionnement qui restaient affirmaient que leur programme de conformité consistait à évaluer les fournisseurs avant de procéder à toute commande.

Il était assez répandu dans les codes soumis à l'enquête de l'OCDE d'inclure une description des politiques et procédures destinées à familiariser le personnel concerné dans l'organisation, les partenaires commerciaux à l'extérieur, ainsi que les membres des associations professionnelles et les intervenants prenant part à des partenariats avec les exigences du code et les responsabilités connexes. Cent quarante-sept codes (60 p. 100) renfermaient des dispositions à cet égard. Sur ces codes, 108 (ou 74 p. 100) mentionnaient que l'organisation avait mis en place une politique pour communiquer le code aux intervenants internes, tels que les employés ou, dans le cas des associations professionnelles, les membres et leurs employés. Quelques-uns parmi les autres codes

renfermant une politique de communication interne affirmaient que l'information au sujet du code serait produite sur demande (6 codes).

Moins de la moitié (45 p. 100) des codes examinés fournissaient une procédure relative à la préparation et à la divulgation des données sur le rendement de l'organisation en fonction des engagements déclarés. Des énoncés comme quoi le rendement d'une organisation par rapport aux normes et aux engagements contenus dans le code serait évalué périodiquement figuraient dans 37 p. 100 des codes. Les codes produits par des partenariats d'intervenants avaient beaucoup plus de chances de contenir une référence à cet effet (66 p. 100) que les codes d'entreprises (29 p. 100). Les dispositions relatives à la production de rapports sur le rendement de l'organisation à l'intention d'intervenants externes se retrouvaient dans environ 29 p. 100 de tous les codes et dans près de la moitié des 32 codes produits par des partenariats d'intervenants. Elles étaient particulièrement fréquentes dans les codes portant sur les questions de gestion de l'environnement. Un total de 55 codes (22 p. 100) faisaient mention de procédures relatives à l'examen ou à la révision du code. Encore une fois, les énoncés variaient des formulations plus générales jusqu'aux descriptions détaillées.

En résumé, les preuves documentaires fournies par l'OIT et l'OCDE concernant les mécanismes de surveillance donnent peu d'assurances comme quoi les sociétés s'intéressent activement à la mise en œuvre des codes de conduite et assurent la surveillance rigoureuse par une tierce partie. En outre, les deux rapports présentent des données tirées dans une large mesure de particularités précises des systèmes de surveillance tels qu'ils sont décrits dans les codes eux-mêmes, plutôt que des preuves

empiriques de la mesure dans laquelle ces systèmes contribuent véritablement à déterminer, prévenir et réduire les violations des normes du travail.⁸⁷ Les preuves existantes de conformité sont donc loin de nous rassurer comme quoi les engagements contenus dans les codes d'entreprises, peu importe leur exhaustivité et leur précision, se traduisent dans des pratiques réelles ou sont respectés par les sociétés et leurs sous-traitants et fournisseurs de façon systématique.

C. Application

Les dernières préoccupations tiennent au fait que les codes d'entreprises et les programmes de labels sociaux reposent principalement sur la décision de consommation à titre de mécanisme d'application ultime. Toutefois, il convient de montrer une certaine prudence à l'égard de l'efficacité de ce mécanisme. Premièrement, même s'ils sont parfaitement au courant des conditions dans lesquelles les biens et services sont produits et des violations commises à l'endroit des normes du travail qui s'appliquent pour ces processus de production particuliers, il se peut que les consommateurs ne se préoccupent pas suffisamment des valeurs intrinsèques reflétées dans de telles normes pour payer pour ces engagements normatifs.⁸⁸ Deuxièmement, même si les consommateurs se préoccupent vraiment de la conformité aux normes du travail, il se peut qu'ils soient mal informés au sujet des conditions dans lesquelles les biens qu'ils consomment sont produits. Le coût d'acquisition de cette information peut excéder la valeur qu'ils lui

⁸⁷ On trouve une exception remarquable dans le travail de Dara O'Rourke, "Outsourcing Regulations: Analyzing Non-Governmental Systems of Labor Standards Monitoring" (2003) 31 Policy Studies Journal 1. Voir aussi Rodríguez-Garavito, "Global Governance and Labor Rights," *supra*, p. 215.

⁸⁸ Trebilcock et Howse, *supra*, p. 276.

accordent, et plus particulièrement si le bien ou le service en question est produit dans des pays étrangers et importé.⁸⁹ À cet égard, la nature volontaire, décentralisée et passablement divergente des codes de conduite et des programmes de labels sociaux ne contribue pas beaucoup à atténuer les problèmes d'information que doivent affronter les consommateurs dans les pays importateurs. Troisièmement, les consommateurs peuvent se préoccuper de la conformité aux normes du travail, mais néanmoins éprouver de sérieux problèmes au niveau de l'action collective. Autrement dit, les consommateurs qui se préoccupent de la question et qui sont prêts à payer davantage pour les biens produits dans des conditions respectueuses des normes du travail peuvent s'inquiéter à l'idée que les autres consommateurs qui partagent leur point de vue pourraient se montrer opportunistes et acheter les biens meilleur marché tout en comptant sur ceux qui prennent position pour assumer les coûts financiers liés à l'expression de leurs préférences collectives. Si chaque consommateur soupçonne que tous les autres consommateurs auront un comportement opportuniste, il sera impossible de déclencher une réaction collective.⁹⁰

Ces préoccupations se reflètent dans l'étude réalisée par la Banque mondiale en 2003 sur les obstacles au rendement efficace sur le plan social et environnemental des fournisseurs participant aux chaînes de production transnationales.⁹¹ La Banque a sollicité des sociétés, des travailleurs, des fournisseurs, des ONG, des syndicats, et des fonctionnaires. Elle a trouvé que les fournisseurs en particulier « comprenaient mal les avantages commerciaux rattachés aux investissements requis dans la RSE » [Traduction].

⁸⁹ Trebilcock et Howse, p. 277.

⁹⁰ Trebilcock et Howse, *supra*, p. 277.

⁹¹ Banque mondiale, "Strengthening Implementation of Corporate Social Responsibility in Global Supply Chains" (octobre 2003).

On a constaté un degré élevé d'ambivalence chez les fournisseurs quant à l'existence réelle d'une analyse de rentabilisation, à savoir, si les consommateurs attachaient suffisamment d'importance aux produits fabriqués conformément aux normes socialement responsables et si les fournisseurs qui s'engagent de façon crédible à l'égard de telles normes en retireront des avantages importants sur le plan des affaires ou si, en revanche, de tels engagements placent les entreprises dans une situation désavantageuse sur le plan concurrentiel par rapport aux nombreuses entreprises qui n'ont pas pris de tels engagements. Les participants faisaient souvent valoir que les gros acheteurs envoyaient des messages contradictoires aux fournisseurs en amont en insistant sur les bas prix et les délais de livraison serrés, d'un côté, et un vague engagement à l'égard de la RSE, de l'autre. De façon plus générale, la majorité des participants ont également souligné le manque d'engagement des consommateurs à l'égard de la RSE comme un obstacle important à la mise en œuvre, exprimant une méfiance généralisée envers les résultats de sondages comme quoi les consommateurs seraient prêts à payer davantage pour des produits créés conformément à de bonnes pratiques sociales et environnementales.

Un programme de labels sociaux rigoureux à l'échelon de l'industrie peut jouer un rôle important sur le plan publicitaire en refusant d'accorder la certification à une société ne s'étant pas conformée aux normes de l'industrie. Le refus de la certification pourrait réduire les coûts liés à l'information que doivent assumer les consommateurs en tentant de déterminer la responsabilité sociale de sociétés en particulier. Mais la seule publicité ne réussira pas nécessairement à persuader les consommateurs de pénaliser les sociétés contrevenantes, étant donné les difficultés liées à l'action collective qu'ils éprouvent devant des biens et services moins onéreux en raison de conditions de travail inférieures à

la norme que ceux qui sont produits dans le respect des normes du travail applicables au secteur ou à l'industrie en question. Dans la mesure où la décision de consommation est le seul mécanisme d'application disponible, les codes de conduite d'entreprises et les programmes de labels sociaux sont des instruments de réglementation très problématiques pour faire la promotion de la conformité aux normes du travail.

V. Aller de l'avant

Les forces et les faiblesses des codes de conduite et des programmes de labels sociaux viennent du fait qu'ils ne reposent pas sur les formes traditionnelles d'action coercitive de l'État. Mais il existe des moyens non traditionnels auxquels un État peut recourir pour améliorer la manière dont ces instruments favorisent la conformité aux normes du travail. Mais pour qu'ils réussissent, il est essentiel de pouvoir compter sur la volonté des gouvernements de compléter les initiatives volontaires par une réglementation publique adoptée de manière à atténuer les défauts associés à la production des normes, à la surveillance et à l'application, et à stimuler leur potentiel transnational.

La question de la conformité aux normes du travail ne consiste pas, d'une part, à déterminer si un État devrait adopter ou améliorer des règles directement contraignantes reposant sur une mise en application supervisée par l'État, comme une loi sur les normes d'emploi, ou des règles indirectement contraignantes comme celles que l'on retrouve dans une loi sur la négociation collective, ou d'autre part, s'il devrait laisser ces questions à des mesures privées volontaires. Il existe un éventail de possibilités sur le plan réglementaire qui vont des mesures principalement volontaires aux mesures principalement obligatoires, tout dépendant de la confiance dans les exigences

obligatoires de base ayant trait à la production des normes, à la surveillance et à l'application. L'État pourrait choisir de laisser certains éléments de la production des normes entre les mains du secteur privé et établir un rigoureux mécanisme de surveillance. Ou encore, il pourrait confier la surveillance à des acteurs non étatiques et créer des mesures pour inciter les sociétés à maximiser la conformité. Ou bien, il pourrait prescrire les formes de participation des intervenants dans la production des normes, la surveillance et l'application afin d'accroître la légitimité des mesures volontaires. Des mesures publiques complémentaires peuvent compenser pour les faiblesses des mesures volontaires à bien des égards. Le choix en matière de réglementation mis à la disposition d'un gouvernement cherchant à améliorer la conformité aux normes du travail par les codes de conduite et les programmes de labels sociaux est loin d'être simple.

Concevoir une réglementation publique complémentaire comporte deux volets. Le premier consiste à déterminer la combinaison qui convient de mesures obligatoires et de mesures volontaires dont ont réellement besoin les sociétés pour se conformer à un ensemble déterminé de normes du travail. Ce qui constitue la combinaison gagnante peut varier d'un pays à l'autre, et, dans certaines circonstances au moins, d'un secteur à l'autre. Les variations peuvent être adaptées en fonction de l'importance de la participation de l'État à la production des normes, à la surveillance et à l'application. À tout le moins, cependant, la réglementation publique devrait définir un ensemble minimum de normes du travail avec suffisamment de spécificité, favoriser leur application uniforme afin de réduire au minimum les possibilités de contourner la véritable conformité, et promouvoir la surveillance efficace par des tiers. Elle devrait aussi imposer des pénalités publiques pour la non-conformité afin d'atténuer les

problèmes liés à l'action collective que doivent affronter les consommateurs qui sont prêts à payer plus cher pour des biens et des services produits par des travailleurs qui sont traités équitablement par leurs employeurs. Malgré leurs contours précis, les cadres réglementaires devraient viser à atteindre ces objectifs d'une manière qui puisse s'adapter aux changements dans les conditions structurelles des industries et des secteurs auxquels ils s'appliquent afin de bénéficier du potentiel de souplesse que renferment les mesures volontaires qu'ils sous-tendent.

Le deuxième, plus difficile, consiste à maximiser le potentiel réglementaire transnational des codes de conduite et des programmes de labels sociaux en déterminant la mesure dans laquelle la réglementation complémentaire par les États d'attache peut favoriser la conformité aux normes du travail par les sociétés qui participent à la production transnationale et aux chaînes d'approvisionnement dans d'autres pays. Un avantage majeur des initiatives volontaires tient à ce qu'elles ne sont pas le produit de l'exercice de l'autorité souveraine et, par conséquent, elles peuvent régir les conditions de travail sur la totalité de la production transnationale et de la chaîne d'approvisionnement sans craindre d'interférer avec l'autorité souveraine des États hôtes sur les divers éléments de la chaîne en question. Les mesures publiques complémentaires peuvent renforcer le potentiel transnational des codes de conduite et des programmes de labels sociaux en imposant des exigences relatives à la production des normes, à la surveillance et à l'application aux sociétés nationales qui font des affaires ailleurs, et aux sociétés étrangères qui cherchent à percer le marché national. De telles mesures complémentaires, selon Gunther Teubner, constituent « des mécanismes de repolitisation »⁹² par l'État qui

⁹² *Supra*, pp. 21-22.

cherche à façonner la nature et la portée de la protection que les codes de conduite et les programmes de labels sociaux offrent aux travailleurs, au pays et à l'étranger.

Pour ce qui est de la réglementation des actions posées à l'étranger par les sociétés nationales, le droit international ne prive pas un État du droit d'imposer des restrictions à l'exercice des droits de propriété et à la liberté contractuelle des sociétés qu'il investit d'une personnalité juridique. Le Canada peut interdire aux entreprises constituées en société en vertu des lois canadiennes de conclure des contrats avec des producteurs ou des fournisseurs étrangers dont les méthodes de production et les procédés ne sont pas conformes aux normes du travail établies. Les États ont toute autorité sur leurs territoires et leurs ressortissants. Territoire et nationalité sont, majoritairement, coextensifs, mais pas toujours. En effet, un État peut, dans les limites de ses pouvoirs souverains reconnus, réglementer ses citoyens individuels ou ses entreprises citoyennes à l'extérieur de son territoire.⁹³ Pour autant que ces mesures soient conformes à ses obligations en vertu du droit commercial international, un État pourrait faire beaucoup pour promouvoir la conformité aux normes du travail transnationales en exigeant que les sociétés nationales qui exercent leurs activités à l'étranger adoptent des codes de conduite et des programmes de labels sociaux appropriés à leur industrie et à leur secteur.

En ce qui concerne la réglementation des activités exercées à l'étranger par des sociétés étrangères, un État peut imposer à des sociétés étrangères souhaitant avoir accès à son marché national de se conformer à des normes du travail qui offrent une meilleure protection aux travailleurs que celles qui sont en vigueur dans le pays d'attache de la société étrangère. Une société étrangère est libre de se conformer uniquement aux normes

⁹³ Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc, *CIJ Sér. B*, n° 4 (1923) (CIJ).

en vigueur dans son pays d'attache, mais si elle veut obtenir l'accès aux marchés canadiens, cette stratégie exigerait qu'elle se conforme aux normes canadiennes. En ciblant les activités des sociétés directement plutôt que le caractère adéquat du cadre réglementaire public dans lequel ces activités sont exercées, ces mesures complémentaires ne conditionnent pas l'accès au marché en fonction de la protection offerte par les normes du travail dans les pays d'attache. Elles adaptent l'accès aux marchés à la mesure dans laquelle une société se conforme aux normes et, par conséquent, elles constituent un moyen beaucoup moins radical de faire la promotion des normes du travail que si elles interdisaient ou pénalisaient toutes les importations des États qui ne respectent pas les normes du travail – une mesure plus traditionnelle qui risque de violer les obligations en matière de commerce international.

D'autres obligations en matière de commerce international peuvent être satisfaites par l'établissement d'un processus d'arbitrage dans lequel les présumées violations de codes seraient vérifiées d'une manière transparente et équitable sur le plan procédural, qui offrirait une aide technique et un financement sélectif aux collectivités qui subiraient des coûts d'ajustement à la suite de la conformité d'une société, et accorderait aux sociétés qui subiraient des effets négatifs le droit de négocier des mesures réparatrices et une période de transition afin de corriger les conditions avant que l'accès aux marchés leur soit limité ou refusé. De telles mesures serviraient non seulement de protection contre les tentations protectionnistes dans le pays hôte en question, mais elles souligneraient aussi le fait que les pays développés, dans certaines circonstances au moins, devraient assumer une partie des coûts de leurs engagement normatifs transnationaux, et plus

particulièrement lorsqu'ils élèvent des barrières commerciales qui imposent des coûts d'ajustement spectaculaires à l'étranger.⁹⁴

Deux autres stratégies méritent également que l'on s'y arrête. La première consiste à adopter une loi qui renforce l'application des normes du travail à l'étranger en exigeant d'une société étrangère qui veut obtenir l'accès au marché national qu'elle fasse la démonstration que sa production et ses procédés sont conformes aux normes du travail en vigueur dans son pays d'attache. Cette stratégie reproduit, à l'échelon national, les objectifs de l'Accord nord-américain dans le domaine du travail aux termes duquel tous les membres de l'ALENA ont accepté l'obligation de garantir l'application efficace de leurs propres lois dans le domaine du travail plutôt qu'un ensemble de droits du travail applicables dans les trois pays. Une version à l'échelon national de cette stratégie ne constituerait pas une application extraterritoriale inappropriée de la législation nationale, étant donné que les normes juridiques pertinentes sont celles du pays d'attache de la société. Plutôt que d'exiger de la société qu'elle se conforme aux normes du travail du pays dont elle tente de percer les marchés, cette stratégie aurait le mérite d'offrir une aide efficace à l'application des normes par le pays d'attache en créant des mesures qui inciteraient les sociétés à se conformer aux lois de l'État où elles ont leur siège.

La deuxième consiste à exiger d'une société étrangère cherchant à percer le marché national qu'elle se conforme aux normes internationales du travail auxquelles son pays d'attache est soumis en vertu du droit international classique, telles que celles qui sont

⁹⁴ Pour plus de renseignements sur de telles mesures et sur leur conformité avec l'OMC, voir Patrick Macklem, "Labour Law Beyond Borders" (2002) 5 JIEL 605; Sarah Cleveland, "Human Rights and International Trade: A Theory of Compatibility," (2002) 5 *Journal of International Law* 133. Trebilcock et Howse, *supra* note 55; Trebilcock et Howse, *The Regulation of International Trade* (London : Routledge, 2005, 3^e éd.), chap. 17, pp. 571-574.

inscrites dans la Déclaration de l'OIT de 1998. En elle-même, l'obligation contenue dans la Déclaration de 1998 de respecter, de promouvoir et de faire valoir les droits du travail n'est pas contraignante en matière de droit international, puisque la Déclaration apparaît comme une question de volonté. Toutefois, la Déclaration établit que l'appartenance à l'OIT elle-même représente un engagement de faire respecter les principaux droits dans le domaine du travail qui y sont inscrits. Exiger d'une société étrangère cherchant à percer un marché national qu'elle se conforme aux normes du travail que son pays d'attache doit faire respecter en tant que membre de l'OIT ne représente pas une intrusion dans la souveraineté de cet État. Au contraire, cela revient à offrir une aide étrangère au pays d'attache dans ses efforts pour faire respecter ses obligations imposées par le droit international.

En plus de promouvoir la conformité aux normes du travail, les deux stratégies aident les pays en développement à surmonter les problèmes liés à l'action collective qu'ils doivent affronter lorsqu'on les exhorte à améliorer leurs normes du travail nationales. Un pays en développement n'est pas incité à appliquer ses normes du travail nationales si cela risque de lui faire perdre des échanges, des investissements étrangers directs et des possibilités d'emplois au profit d'un pays en développement concurrent qui n'est pas prêt à entreprendre la même démarche. Mais si une société est incapable de tirer parti de la concurrence entre pays relativement aux normes du travail en raison des exigences de production établies par les pays développés, peu importe où se réalise la production, dans ce cas, les pays en développement ont moins de désincitation à appliquer les normes du travail nationales. En assujettissant toutes les sociétés cherchant à percer le marché national aux mêmes exigences, les deux stratégies aident également les sociétés elles-

mêmes à surmonter les problèmes liés à l'action collective qu'elles doivent affronter lorsqu'elles décident de se conformer à un code de conduite ou à un programme de labels sociaux.