

Université des Antilles

UFR de Droit et d'Economie de la Martinique

LE DROIT UNIVERSEL, EUROPEEN ET FRANÇAIS RELATIF A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL ET SES DECLINAISONS DANS LES COLLECTIVITES TERRITORIALES REGIES PAR L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION

Thèse présentée pour l'obtention du
Doctorat en Droit Public

Sous la direction de Monsieur Emmanuel JOS
Professeur émérite de droit public à l'UFR de Droit et d'Economie de la Martinique

par Manuella LISE
Soutenue le 11 janvier 2016

Membres du Jury :

Madame FITTE-DUVAL Annie, Maître de conférences de droit public, HDR, Université de Pau et des Pays de l'Adour (Rapporteur).

Madame RUBIO Nathalie, Professeure de droit public, Chaire Jean Monnet, Université d'Aix-Marseille (Rapporteur).

Monsieur AGLAE Marie-Joseph, Maître de conférences de droit public, HDR, Université des Antilles.

Monsieur JOS Emmanuel, Professeur émérite de droit public, Université des Antilles (Directeur de thèse).

AVERTISSEMENT

L'Université des Antilles n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Celles-ci doivent être considérées comme propres à son auteure qui en assume l'entière responsabilité.

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude au professeur Emmanuel JOS pour avoir accepté de diriger cette recherche et de m'avoir accordé sa confiance et une aide précieuse tout au long de ces années. Je lui suis profondément reconnaissante pour les conseils, les critiques et les remarques qui ont toujours constitué une invitation à la curiosité et à l'exigence intellectuelle.

Je remercie Mesdames Karine GALY et Isabelle VESTRIS, qui ont su créer les conditions de travail propices à l'achèvement de ces travaux.

Je tiens aussi à saluer les militants et toutes les victimes de discriminations et particulièrement ceux qui luttent à tous les niveaux pour l'égalité.

DEDICACE

A ceux qui n'ont pas fait le choix d'être ce qu'ils sont.

LISTE DES ABREVIATIONS ET ACRONYMES UTILISES

AAI	Autorité Administrative Indépendante
AFDI	Annuaire Français de Droit International
Aff.	Affaire
AIJC	Annuaire International de Justice Constitutionnelle
AJ	Actualité Jurisprudentielle (du recueil Dalloz)
AJDA	L'Actualité Juridique Droit Administratif
Al.	Alinéa
AN	Assemblée Nationale
Art.	Article
BIT	Bureau International du Travail
BO	Bulletin Officiel
Bull.	Bulletin des arrêts la Cour de Cassation
CA	Cour d'Appel
C.A.A.	Cour Administrative d'Appel
Ccass.	Cour de Cassation
CC	Conseil Constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CERD	Convention sur l'élimination de toutes les discriminations raciales
Cf.	Voir
CFDT	Confédération Française Démocratique du Travail
CGET	Commissariat Général à l'Egalité des Territoires
Civ.	Chambre Civile de la Cour de Cassation
Soc.	Chambre Sociale de la Cour de Cassation
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNCDH	Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme
CNDH	Conseil National des Droits de l'Homme
Coll.	Collection
COMED	Comité pour la Mesure de la diversité et l'Evaluation des Discriminations
COPEC	Commission pour la Promotion de l'Egalité des Chances et la citoyenneté
Cour EDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CP	Code Pénal
CPA	Code de Procédure Administrative
CPC	Code de Procédure Civile
CPH	Conseil des Prud'hommes
CPI	Cour Pénale Internationale
CRAN	Conseil Représentatif des Associations Noires
CRIF	Conseil Représentatif des Institutions juives de France
Crim.	Chambre Criminelle de la Cour de Cassation
CSA	Conseil Supérieur de l'Audiovisuel
CT	Code du Travail
DA	Droit Administratif
DARES	Direction de l'Animation de la Recherche, des Etudes et des Statistiques
DCP	Droits Civils et Politiques
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
DESC	Droits Economiques, Sociaux et Culturels
Dir.	sous la direction de
DRESS	Direction de la Recherche des Etudes de l'Evaluation et des Statistiques
ECRI	Commission Européenne Contre le Racisme et l'Intolérance

Ed.	Editeur/ Edition
EUMC	Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes
FRA	Agence des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne
GELD	Groupe d'Etude et de Lutte contre les Discriminations
GISTI	Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés
HALDE	Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité
HCI	Haut Conseil à l'Intégration
Ibid.	Ibidem, référence précédente
INED	Institut National d'Etudes Démographiques
INSEE	Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques
JCP	Jurisclasseur périodique (La semaine juridique), édition générale
JCP A.	Jurisclasseur périodique, édition Administrations et collectivités territoriales
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
JSL	Jurisprudence Sociale Lamy
LDH	Ligue des Droits de l'Homme
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
MOM	Migrants d'Outremer
MRAP	Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples
ONU	Organisations des Nations Unies
Obs.	Observations
OIT	Organisation Internationale du Travail
Op. cit.	Précité
p.	Page
PIDCP	Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques
PIDESC	Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels
pp.	Pages
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
PUF	Presses Universitaires de France
QPC	Question Prioritaire de Constitutionnalité
RDP	Revue du Droit Public
RDT	Revue de Droit du Travail
Rec.	Recueil de la juridiction concernée : Recueil Lebon, Recueil des arrêts et des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, Recueil de la jurisprudence de la CJUE
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RFDC	Revue Française de Droit Constitutionnel
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RJS	Revue de Jurisprudence Sociale
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RTDH	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
Supra	Ci-dessus
TA	Tribunal Administratif
TCE	Traité instituant la Communauté Européenne
TI	Tribunal d'Instance
TGI	Tribunal de Grande Instance
UE	Union Européenne

SOMMAIRE

AVERTISSEMENT	2
REMERCIEMENTS	3
DEDICACE	4
LISTE DES ABREVIATIONS ET ACRONYMES UTILISES	5
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION GENERALE	9
PREMIERE PARTIE : L'EXPANSION DES NORMES UNIVERSELLES ET EUROPEENNES RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL ET LEURS MISES EN ŒUVRE EN DROIT INTERNE FRANCAIS	51
INTRODUCTION DE LA PREMIERE PARTIE	53
TITRE I L'EXPANSION DES NORMES UNIVERSELLES ET EUROPEENNES RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL	57
CHAPITRE I : LES CONTRIBUTIONS SUBSTANTIELLES DU DROIT UNIVERSEL A L'ACTION ANTI-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL	59
I – L'APPORT DES DISPOSITIONS ANTI-DISCRIMINATION DE LA CHARTE INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME	60
II – L'APPORT DES CONVENTIONS SPECIALES RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION	67
CHAPITRE II LES CONTRIBUTIONS INNOVANTES DU DROIT EUROPEEN DE LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL	81
I – LES APPORTS MAJEURS DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE RELATIF A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL	82
II – LES APPORTS IMPORTANTS DE LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE EN MATIERE DE NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL	98
TITRE II PORTEE ET LIMITES DE LA MISE EN ŒUVRE EN FRANCE DES DROITS UNIVERSEL ET EUROPEEN RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL	115
CHAPITRE I L'APPLICATION VARIEE EN DROIT FRANCAIS DES NORMES UNIVERSELLES RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL	119
I – L'INFLUENCE MODESTE SUR LE DROIT INTERNE FRANCAIS DES TEXTES ONUISIENS RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL.....	120
II - LA PORTEE JURIDIQUE DES CONVENTIONS DE L'OIT RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL SUR LE DROIT FRANÇAIS.....	141
CHAPITRE II L'INFLUENCE DETERMINANTE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE, RELATIF A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL, SUR LE DROIT INTERNE FRANCAIS	157
I - L'INFLUENCE DU DROIT DE L'UE RELATIF A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL SUR LE DROIT INTERNE DANS LE DOMAINE NORMATIF : DES DEGRES VARIABLES DE TRANSPOSITION	159
II – L'INFLUENCE DU DROIT DE L'UNION A TRAVERS LES VOIES DE RECOURS CONTRE LES DISCRIMINATIONS LIEES AU TRAVAIL.....	172
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	193
DEUXIEME PARTIE : L'INSUFFISANTE DECLINAISON DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL AU SEIN DES TERRITOIRES REGIS PAR L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION	195
INTRODUCTION DE LA DEUXIEME PARTIE	197
TITRE I : UNE APPLICABILITE DIFFERENCIEE AUX TERRITOIRES REGIS PAR L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION DU DROIT UNIVERSEL, DU DROIT EUROPEEN ET DU DROIT NATIONAL RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL	209
CHAPITRE I UNE APPLICABILITE VARIABLE AUX TERRITOIRES REGIS PAR L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION DES TRAITES INTERNATIONAUX RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL	211
I – L'APPLICABILITE AUX TERRITOIRES REGIS PAR L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION, DES TRAITES RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL CONCLUS DANS LE CADRE DU SYSTEME DES NATIONS UNIES	211
II - L'APPLICABILITE AUX TERRITOIRES REGIS PAR L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION DES TRAITES RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL, CONCLUS DANS LE CADRE DU CONSEIL DE L'EUROPE.....	223

CHAPITRE II UNE APPLICABILITE DE PLEIN DROIT AVEC POSSIBILITES D'ADAPTATION DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET DU DROIT INTERNE FRANÇAIS RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL, AUX TERRITOIRES REGIS PAR L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION	233
I – L'APPLICABILITE A LA GUADELOUPE, LA GUYANE, LA MARTINIQUE, MAYOTTE ET LA REUNION DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE RELATIF A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL.....	233
II – LE PRINCIPE DE L'APPLICABILITE DE PLEIN DROIT DES REGLES NATIONALES, Y COMPRIS RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL, AUX COLLECTIVITES TERRITORIALES REGIES PAR L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION ET SES MODULATIONS..	244
TITRE II : LE DEFICIT D'APPLICATION DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL DANS LES COLLECTIVITES TERRITORIALES REGIES PAR L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION : DIAGNOSTICS ET REMEDES.....	257
CHAPITRE I LA PERSISTANCE DE DISCRIMINATIONS LIEES AU TRAVAIL INSUFFISAMMENT COMPENSEES PAR LES POLITIQUES PUBLIQUES.....	259
I – LE DEFICIT D'APPLICATION DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL EN GUADELOUPE, GUYANE, MARTINIQUE ET A LA REUNION	259
II– LE DEFICIT D'APPLICATION DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL A MAYOTTE.....	280
CHAPITRE II QUELQUES PISTES D'AMELIORATIONS POSSIBLES.....	293
I – UNE MEILLEURE DECLINAISON DES PRECONISATIONS ONUSIENNES ET LA MISE EN PLACE DE PLANS D' ACTIONS LOCAUX.....	294
II – LA NECESSAIRE INTERVENTION DES AAI ET DES ONG	304
III – LA MISE EN PLACE DE POLITIQUES DE COMPENSATION DES INEGALITES ET DES DISCRIMINATIONS	317
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	323
CONCLUSION GENERALE.....	327
BIBLIOGRAPHIE	333
ANNEXES	409
TABLE DES MATIERES	525

INTRODUCTION GENERALE

Selon Denis CLERC, économiste et fondateur de la revue Alternatives Economiques : « *Dans notre société, le travail est devenu le mode normal de socialisation, non seulement par les revenus qu'il procure, mais aussi parce qu'il est générateur d'estime de soi, de reconnaissance social* ». Il ajoute, « *Être privé de travail (comme le sont les chômeurs) apparaît comme une mise à l'écart et une forme de marginalisation qui attentent à la dignité humaine.* »¹.

Le travail est facteur d'épanouissement individuel et de progrès social. Cependant, il est très souvent un lieu d'exploitation et de discrimination engendrant de nombreuses souffrances. C'est la raison pour laquelle dans la perspective de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine, diverses dispositions juridiques sont intervenues pour humaniser les relations de travail en luttant notamment contre les discriminations en premier lieu le droit international universel, suivi du droit européen (Union européenne et Conseil de l'Europe) ainsi que du droit interne français.

Au sein de la République française les outremer constituent des territoires particulièrement marqués par les discriminations en général et en particulier liées au travail, du fait de leur histoire mais aussi de leurs situations actuelles. La question se pose donc de savoir comment le droit de la non-discrimination liée au travail s'applique dans ces territoires, spécialement dans les territoires régis par l'article 73 de la Constitution qui bénéficient d'un régime législatif d'application de plein droit autrement dit de l'identité législative.

1 – L'importance du travail

« *Nos sociétés occidentales sont, comme l'écrivait Habermas, des « sociétés fondées sur le travail ». Le travail est au fondement de l'ordre social, il détermine largement la place des individus dans la société, il continue d'être le principal moyen de subsistance et d'occuper une part essentielle de la vie des individus* »².

Pour chaque nation et pour les populations, le travail est un bien précieux, et, en période de crise, sans doute l'un des plus précieux. En revanche, la paresse, qui ignore le caractère précieux du travail consiste « *à ne pas avoir envie de faire ce qu'il serait en principe nécessaire que l'on fasse, pour soi ou pour les autres, afin en général de mieux vivre. Le terme prend alors une connotation négative. Le XXI^{ème} siècle valorise l'activité alors que la paresse, toujours stigmatisée, est synonyme de passivité* »³.

¹ CLERC (Denis), *Travail*, Encyclopaedia Universalis [en ligne] ; URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/travail/>.

² MEDA (Dominique), *Le travail*, Que sais-je ?, PUF, n° 2614, 2010, p. 5.

³ RAUCH (André) Éloge et décri de la paresse : immémoriaux, dans, *Concordance des temps*, émission, France Culture, 19 octobre 2013.

La perte de son emploi est facteur d'affaiblissement ou de rupture des liens de l'individu à la société au sens de la perte de la protection, de la reconnaissance sociale. Cet affaiblissement renvoie au concept de « disqualification sociale ». Ce concept a été essentiellement utilisé dans les recherches sur le chômage et la pauvreté. Il correspond au processus de refoulement hors du marché de l'emploi et aux expériences vécues dans la relation d'assistance⁴. Ces individus sont dans une position socialement dévalorisée, susceptible d'entraîner une forte stigmatisation (...). Ainsi, « *le fait d'être contraint de solliciter les services d'action sociale pour obtenir de quoi vivre altère souvent leur identité préalable (...) Ils éprouvent le sentiment d'être à la charge de la collectivité (...)* »⁵. Pour les salariés précaires, « la disqualification sociale » commence à partir du moment où ils sont maintenus contre leur gré, dans une situation qui les prive de tout ou partie de la dignité que l'on accorde généralement à ceux qui contribuent par leurs efforts à l'activité productive nécessaire au bien-être de la collectivité car le travail est synonyme de revenu décent, de reconnaissance, de sécurité, de moyens d'expression de soi, d'autonomie des femmes dans des sociétés patriarcales où elles étaient confinées au rôle d'épouse et de mère. Le travail est également le principal facteur de croissance économique.

Mais il n'en a pas toujours été ainsi. De l'ancien français (XII^{ème} siècle), le mot travail provient des mots tourment et souffrance. Du latin (VI^{ème} siècle) « tripaliare », contraindre avec le « tripalium » (instrument de torture à trois poutres)⁶.

Dans la première partie de l'Épopée d'Atrahasis, il est expliqué comment les dieux étaient à l'origine divisés en deux groupes ; les divinités de second ordre travaillant pour celles de premier ordre, qui vivaient tranquillement dans l'oisiveté. Mais les premiers avaient du fait de cette inégalité décidé de cesser leur travail (en brisant leurs instruments de travail) jusqu'à ce que les grands dieux proposent de créer les Humains ; ils travailleraient pour nourrir (au moyen de sacrifices) les divinités de premier et de second ordre⁷.

De même, dans la mythologie grecque, le mythe de Sisyphe est celui qui renvoie à l'expression « *un travail de Sisyphe* », lequel qualifie une tâche interminable et ardue, qu'il faut toujours recommencer pour un résultat nul ou incertain⁸.

Selon la bible, la conséquence du péché originel est la pénibilité du travail et l'enfantement dans la douleur.

Les modalités d'exploitation et de domination sont nombreuses : esclavage, travail forcé, exploitation de la classe ouvrière.

⁴ PAUGAM (Serge), *La Disqualification sociale : Essai sur la nouvelle pauvreté*, 1991, Paris, PUF, 2000.

⁵ PAUGAM (Serge), Les formes contemporaines de la pauvreté et de l'exclusion : Le point de vue sociologique, *Génèses*, n° 31, 1998, pp. 138-159.

⁶ Larousse, *Dictionnaire Erudit de la Langue Française*, 2009, p. 1927, colonne II.

⁷ BOTTERO (Jean), KRAMER (Samuel Noah), *Lorsque les Dieux faisaient l'Homme : Mythologie mésopotamienne*, Gallimard, Paris, 1989, p. 527-564.

⁸ IWASZKO (Ida), *Les expressions issues de la mythologie grecque*, Université Toulouse II Le Mirail, 2013, p. 13.

L'esclavage est l'une des plus vieilles pratiques de l'humanité. Il a des origines dans l'Antiquité. Dans la Rome antique c'est l'institution qui régit la condition des non-libres (appelés *servi*⁹), juridiquement assimilés à des choses.

Dans les colonies françaises l'esclavage a eu pour origine l'exploitation des richesses et des territoires de l'Amérique, qui nécessita alors une main d'œuvre abondante pour alimenter les mines et plantations. Se mit alors en place, dès le 16^{ème} siècle, un commerce transatlantique que l'on a appelé « commerce triangulaire ». Il consista à faire venir d'Afrique noire des hommes qui seront vendus à des colons aux Antilles, au Brésil, en Amérique du Nord, mais aussi dans l'Océan Indien : à la Réunion ou à l'île Maurice.

La relation de sujétion établie, consolida la conquête coloniale et la colonisation.

Dans la même volonté de colonisation, la loi du 30 mai 1854¹⁰ qui institua les bagnes coloniaux décida l'envoi à Cayenne ou en Nouvelle Calédonie de tout condamné aux travaux forcés. Cette loi inaugura le système du « doublage »¹¹. L'autre loi fondamentale pour l'histoire des bagnes est celle dite de la « relégation » du 27 mai 1885¹² : une des lois les plus scélérates de la III^{ème} République, elle décidait l'envoi à Cayenne des récidivistes, des coupables de petits délits. En outre, les « Transportés » aussi appelés « forçats », selon la loi du 30 mai 1854 précitée étaient de loin les plus nombreux, car condamnés à des peines de travaux forcés (de 8 ans à perpétuité) pour des crimes de droit commun (allant de la simple voie de fait ou attentat à la pudeur au meurtre), ils sont pour la plupart placés au pénitencier de l'île Nou (Nouvelle Calédonie) et servent à l'édification des routes et bâtiments de la colonie¹³. Il s'agissait de se débarrasser, pour la Métropole, des gens sans-logis, des petits voleurs. Une fois arrivés à Cayenne ou en Nouvelle-Calédonie, les condamnés étaient séparés suivant l'importance des délits¹⁴.

Après l'esclavage, « les travailleurs libres » vécurent sous une exploitation féroce. Bien que libres, beaucoup restaient attachés aux plantations (dites « habitations »), car le plus souvent ils ne recevaient guère d'argent, étant constamment endettés envers les patrons qui les payaient en bons ou jetons permettant d'acheter des vivres dans des magasins ou boutiques leur appartenant ou dépendant d'eux. Certains travailleurs étaient tout simplement « casés » sur les « habitations », car ils vivaient dans des « cases à nègres » appartenant au patron. Ce sont les « commandeurs », devenus « géreurs » ou

⁹ Tirant son origine du terme latin *servitium*, ce mot désigne l'action de servir (être au service de quelqu'un, prêt à faire ce qui est utile ou ce qu'il demande). Le concept permet également de désigner le fait d'être le domestique de quelqu'un.

¹⁰ Loi du 30 mai 1854 sur l'exécution de la peine de travaux forcés, *JO* du 20 août 1944, p. 269.

¹¹ L'obligation de résidence à la fin de la condamnation, pour un temps égal à celui des travaux forcés, ou à perpétuité, pour une peine de plus de huit ans. Ce « doublage » s'accompagnait de l'attribution de lopins de terre, de concessions.

¹² Loi du 27 mai 1885 relative aux récidivistes, *JORF* du 28 mai 1885, p. 2721.

¹³ DEBIEN-VANMAÏ (Cynthia), *Le rôle des bagnards dans la colonisation de la Nouvelle-Calédonie : 1854-1931* ; <http://histoire-geo.ac-noumea.nc/IMG/pdf/doccolonisationpenale.pdf>.

¹⁴ KRAKOVITCH (Odile), Les archives des bagnes de Cayenne et de Nouvelle-Calédonie, *Revue d'histoire du XIX^{ème} siècle*, 1985, p. 3.

économiques, qui dirigeaient tout de la vie de ces travailleurs. On imagine sans peine les pressions sociales et politiques lors des grèves ou des élections¹⁵.

Concernant le travail des enfants, à l'article 12 du code noir, il est question d'enfants esclaves et de leur appartenance aux maîtres : « *Les enfants, qui naîtront des mariages entre les esclaves, seront esclaves, et appartiendront aux maîtres des femmes esclaves, et non à ceux de leurs maris, si le mari et la femme ont des maîtres différents* ». Les femmes esclaves étaient utilisées non seulement pour le travail servile mais comme force reproductrice¹⁶.

L'une des premières formes de mondialisation capitaliste a été le commerce triangulaire et l'esclavage. Elle a contribué au développement de stéréotypes et d'idéologies racistes et la traite et l'esclavage sont souvent questionnés sous l'angle de la race¹⁷. Les pratiques discriminatoires qui sont aujourd'hui à la fois raciales et sociales prennent leurs sources dans l'esclavage en tant que forme d'exploitation par le travail. Les pratiques discriminatoires sont aujourd'hui bien présentes dans le travail. Le travail, en tant qu'élément de structuration au niveau individuel et collectif est au cœur de la vie de chaque individu. Peut-il être le lieu de discriminations ?

L'opportunité pour chaque individu d'accéder au marché du travail et, en fonction de ses compétences, de pouvoir y évoluer à l'abri des préjugés, sans avoir à subir des discriminations constitue l'un des grands défis de nos sociétés.

2 – Le phénomène de la discrimination

Si le travail est essentiel à la vie de l'homme, toute forme de discrimination qui l'en exclut constitue une forme de mutilation. Comment admettre l'exclusion du monde du travail du simple fait de l'origine, du sexe, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'identité sexuelle, de l'âge, de la situation de famille, de l'état de grossesse et de maternité, des caractéristiques génétiques, de l'appartenance ou de la non appartenance vraie ou supposée à une ethnie, de l'appartenance ou de la non appartenance vraie ou supposée à une nation, de l'appartenance ou de la non appartenance vraie ou supposée à une race, des opinions politiques, des activités ou des opinions syndicales et/ou mutualistes, des convictions religieuses, de l'apparence physique, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, du handicap¹⁸, autant d'éléments clefs qui font l'objet de discriminations.

¹⁵ Lutte ouvrière, Cinquante ans de départementalisation dans les DOM : une fiction juridique qui masque mal la mainmise de l'État colonial et des riches sur ces petits territoires, *Revue lutte des classes*, 1993.

¹⁶ GAUTIER (Arlette), Les Sœurs de Solitude : Femmes et esclavage aux Antilles du XVII^{ème} au XIX^{ème} siècle, *Clio. Femmes*, n° 33, 2011, pp. 281-284.

¹⁷ REGENT (Frédéric), La France et ses esclaves : de la colonisation aux abolitions (1620-1848), *Revue Enjeux*, n° 199, mai 2008.

¹⁸ Article 15 de la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, *JORF* n° 45 du 22 février 2014, p. 3138 ; loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *JORF* n° 0123 du 28 mai 2008, p. 8801 ; Article L. 1132-1 du Code du travail.

C'est ici le lieu de définir, de préciser le sens du mot discrimination. Ce concept a donné lieu à une définition en droit universel, en droit de l'Union européenne, en droit interne, et en droit du travail notamment.

En droit international, la discrimination est une atteinte grave aux droits humains. Les personnes discriminées sont systématiquement empêchées d'exercer leurs droits fondamentaux sur la base de caractéristiques individuelles ou spécifiques à un groupe. La discrimination sous-tend la plupart du temps une fausse idée, selon laquelle les personnes discriminées seraient des êtres « inférieurs ». Cette idée reçue enfreint le principe même de la DUDH qui dispose « *l'égalité de tous les êtres humains* »¹⁹, « *sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* »²⁰.

Le droit international retient trois critères principaux dans sa définition de la discrimination²¹. Selon cette définition, la discrimination suppose, en effet, qu'il y ait :

- une distinction,
- un traitement défavorable,
- que ce traitement défavorable repose sur une base illégitime,
- et, enfin, que cette base illégitime sur laquelle repose ce traitement défavorable à un individu soit dépourvue de justification objective.²²

Le droit de l'Union européenne définit les discriminations directe et indirecte pour la première fois dans une directive du Conseil en date du 29 juin 2000²³ : « *Une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable* »²⁴ ; « *une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette*

¹⁹ Article 1 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies 217 (III) du 10 décembre 1948.

²⁰ Article 2.1 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, *ibidem*.

²¹ Amnesty International : <http://www.amnesty.ch/fr/themes/racisme-et-discrimination/definition-discrimination>.

²² Amnesty International : <http://www.amnesty.ch/fr/themes/racisme-et-discrimination/definition-discrimination>, *ibidem*.

²³ Directive n° 2000/43 du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *JOUE* L.180/22 du 19 juillet 2000, *JORF* n° L 180 du 19 juillet 2000, p. 0022-0026.

²⁴ Article 2 § 1 a) de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, *ibidem*. Pour la définition adoptée par le droit français, voir l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *op. cit.*

pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires »²⁵.

La notion ne prend sens que si la ou les personnes visées se trouvent « *dans une situation comparable* » à celle d'une ou de plusieurs autres personnes. Le texte élargit dans le temps la comparabilité. Non seulement la comparaison porte sur des situations actuelles mais aussi sur des situations passées²⁶. Le passé pris en considération peut jouer ainsi différents rôles : il s'applique à des situations comparables et non à une même situation. L'expression peut viser une succession d'emplois et des situations passées ; ainsi le cas d'une femme moins rémunérée qu'un homme, situation qui a donné lieu à de la jurisprudence de la CJCE²⁷ mais aussi nationale²⁸. Mais le texte va plus loin dans l'élargissement de la comparabilité. Par l'utilisation du conditionnel (ne le serait)²⁹, il permet de comparer le traitement d'une personne avec une autre personne hypothétique. Cela permet de s'interroger sur le point de savoir si le traitement serait le même si des hommes remplaçaient des femmes ou inversement. Il convient de rappeler ici que les critères de classification professionnels devraient être communs³⁰ et les mêmes pour les hommes et les femmes, sans qu'on ait à se soucier de la catégorie de la personne qui effectue le travail³¹.

Cette comparaison avec des personnes hypothétiques offre une clé de lecture de situations de fait, quand, en raison des ségrégations sur le marché du travail, les comparaisons concrètes sont impossibles. Confronté à des personnes qui subissent un traitement paraissant peu favorable, il convient de se demander quel serait le traitement accordé à d'autres personnes qui ne relèveraient pas du même critère. Tant dans les affaires Dekker³² que Barber³³, la CJCE a ainsi eu recours à une comparaison hypothétique. Enfin, la comparaison à l'aide des tests de situation (testing) peut également être envisagée. Pratiquée au Royaume-Uni dans le domaine de la discrimination « raciale » ou de l'origine ethnique, elle consiste à pratiquer une comparaison lors de l'embauche entre des personnes d'apparence différente ayant la même qualification. L'Association SOS Racisme a pratiqué ces tests de situation à l'entrée de « boîtes de nuit »

²⁵ Article 2 § 1 b) de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, *ibidem*.

²⁶ LANQUETIN (Marie-Thérèse), sous la direction de, ALLOUACHE (Anissa), FLAHAUT (Frédéric), RUCKEBUSCH (Thierry), TENAILLEAU (Marie), *La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique : Approche juridique*, Synthèse du Rapport Final, Université Paris X Nanterre, décembre 2002, p. 4.

²⁷ CJCE, 27 mars 1980, *Macarthys Ltd c/ Wendy Smith*, Aff. 129/79, *Rec.* p. 1275. Le principe d'égalité s'applique dans le cas où il est établi qu'un travailleur féminin, eu égard à la nature de ses prestations, a perçu une rémunération moindre que celle que percevait un travailleur masculin, employé antérieurement à la période d'engagement de l'agent féminin et qui effectuait le même travail pour son employeur.

²⁸ Cour d'Appel, 15 avril 1985, *SA Parido c/ Mme Ott.*, *Juri-social*, 1985, F 60. VERWILGHEN (Michel), VON PRONDZYNSKY (Ferdinand), LANQUETIN (Marie-Thérèse), PETTITI (Christophe), SUTTER (Claire), *L'égalité juridique entre hommes et femmes dans la communauté européenne*, Office des publications officielles des communautés européennes, éd. Bruylant, 1994, volume France, p. 180.

²⁹ Pour la définition adoptée par le droit français, l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, *ibidem*.

³⁰ Article 1^{er} alinéa 2 de la directive n° 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins, *JORF* n° L 045 du 19 février 1975, pp. 0019-0020 ; Article L.140-3 du Code du travail ; mais aussi jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, *Cass., Soc.*, 29 octobre 1996, PONSOLLE et *CCass., Soc.*, 15 décembre 1998, *Bull.* 1998, n° 551.

³¹ Article 1 2) de la directive n° 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975, *ibidem*.

³² CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker*, Aff. C-177/88, *Rec.* p. 3941.

³³ CJCE, 17 mai 1990, *Barber*, Aff. 262-88, *Rec.* I-1889.

mais aussi au moment de l'embauche, dans une perspective de répression pénale³⁴. Pourraient-ils l'être en matière de discrimination fondée sur le sexe, quand systématiquement des hommes sont préférés aux femmes dans 70 % des cas³⁵? Les jugements de compétence interfèrent ici également quand systématiquement certaines qualités sont attribuées aux hommes au détriment des femmes³⁶. Mais, à la différence de la discrimination directe, la discrimination indirecte peut être justifiée objectivement à condition que l'objectif soit légitime, c'est-à-dire non discriminatoire, et que la mesure soit proportionnée à l'objectif poursuivi, c'est-à-dire que les moyens pour l'atteindre soient appropriés et nécessaires³⁷.

Alors que la directive de 1976³⁸ n'en donnait pas de définition, celle de 2002³⁹ la définit, mais cette définition est différente de celle retenue par la directive 97/80⁴⁰ relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe⁴¹. Selon la directive 2002/73 on entend par discrimination indirecte : « *la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires* »⁴².

Là encore la parenté de cette définition avec celle contenue dans les directives 2000 est évidente. Et cette définition est plus large que celle retenue dans la directive de 97/80 qui est très centrée sur les comparaisons statistiques⁴³. Selon cette dernière directive, la discrimination indirecte était définie par référence à « *une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre qui affecte une proportion nettement plus élevée d'une personne d'un sexe, à moins que ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés*

³⁴ Le testing est un dispositif expérimental destiné à saisir la discrimination « sur le vif », qui épouse étroitement la logique même des différences de traitement à laquelle le droit français s'attache, à réprimer avec vigueur.

³⁵ DARES, Hommes et femmes recrutés en 2005 : les préférences des employeurs, *Premières synthèses*, n° 31, juillet 2009, p. 3.

³⁶ CJCE, 17 octobre 1989, Danfoos, Aff. 109-88, *Rec.* p. 3199.

³⁷ LANQUETIN (Marie-Thérèse), sous la direction de, ALLOUACHE (Anissa), FLAHAUT (Frédéric), RUCKEBUSCH (Thierry), TENAILLEAU (Marie), *La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique : Approche juridique*, Synthèse du Rapport Final, Université Paris X Nanterre, décembre 2002, *op. cit.*, p. 5.

³⁸ Directive n° 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *JOCE*, n° L 39, 14 février 1976, pp. 40-42, *JORF* n° L 269 du 05 octobre 2002, p. 15-20.

³⁹ Directive n° 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, modifiant la directive n° 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *ibidem*.

⁴⁰ Directive n° 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, *JOCE*, n° L 014, 20 janvier 1998, pp. 0006-0008.

⁴¹ LANQUETIN (Marie-Thérèse), Discriminations à raison du sexe : Commentaire de la directive n° 97/80 du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe, *Droit social*, n° 7/8, juillet-août 1998, pp. 688-695.

⁴² MINE (Michel), *Le droit social international et européen en pratique*, ed. Eyrolles, mai 2010, p. 81. Article 2 de la Directive n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, *JOUE*, n° L 204/23, 26 juillet 2006, pp. 23-36.

⁴³ LANQUETIN (Marie-Thérèse), Synthèse de travaux sur l'immigration et la présence étrangère en France, *Migrations études*, n° 126, septembre 2004, p. 3.

et nécessaires ;[...] que cette appréciation doit se faire en tenant compte de la totalité des salariés placés dans une situation comparable au regard de la pratique en cause ... »⁴⁴.

Le droit de l'Union européenne cherche à réaliser l'égalité en fait et en droit, ce qui impose l'application à des situations différentes de règles différentes.

En droit français, les « discriminations » ou « les mesures discriminatoires » sont interdites par le code du travail⁴⁵, le code des assurances⁴⁶, le code pénal⁴⁷, la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ainsi que la loi créant le Défenseur des droits⁴⁸ (qui se substitue à la loi de 2004 créant la HALDE)⁴⁹.

Dans un sens commun, discriminer ce n'est pas seulement distinguer mais dans le même temps, hiérarchiser, traiter de façon moins favorable⁵⁰. Le langage juridique a dans l'ensemble intégré cette connotation négative et la discrimination apparaît comme la distinction ou la différence de traitement illégitime, arbitraire. Elle apparaît bien comme ce qui est fondamentalement à proscrire.⁵¹

En droit du travail, la conception qui s'impose n'est pas univoque. Elle peut être plus ou moins extensive selon les domaines. Elle renvoie au traitement inégal et défavorable appliqué à certaines personnes en raison des vingt motifs de discriminations prohibés⁵². Cette conception plus large, introduit le concept d'inégalité.

Telle qu'elle s'est construite aujourd'hui, la notion de discrimination est définie comme une notion objective qui peut être directe ou indirecte. Notion objective d'abord, en ce sens que la notion se définit par ses effets et non en référence aux intentions de l'auteur de l'acte⁵³. Cette conception objective est déjà présente en 1958. La discrimination peut ensuite être directe ou indirecte. Mais c'est après la Seconde Guerre mondiale que la volonté de lutter contre les discriminations à l'échelle internationale, prend son essor.

Dans une société démocratique qui vise l'égalité, la non-discrimination permet-elle de réaliser l'égalité ? La question est aujourd'hui débattue. Le principe d'égalité repose sur l'interdiction de toute forme de

⁴⁴ Article 2 2) de la directive n° 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, *op. cit.*

⁴⁵ Article L. 122-45 du Code du travail.

⁴⁶ Article L. 111-7 du Code des Assurances.

⁴⁷ Article 225-1 du Code Pénal.

⁴⁸ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF* n° 0075 du 30 mars 2011, p. 5497.

⁴⁹ Loi n° du 30 décembre 2004, portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations, *JORF* n° 0304 du 31 décembre 2004, p. 22567.

⁵⁰ LANQUETIN (Marie-Thérèse), Synthèse de travaux sur l'immigration et la présence étrangère en France, *Migrations études*, n° 126, septembre 2004, *op. cit.*, p. 3.

⁵¹ LOCHAK (Danièle), Loi du marché et discriminations, dans, BORILLO (Daniel), sous la direction de, *Lutter contre les discriminations*, éd. La Découverte, 2003, pp. 11-37.

⁵² <http://www.charte-diversite.com/charte-diversite-glossaire.php>.

⁵³ Article 1 (a) de la convention n° C111 de l'OIT du 25 juin 1958, concernant la discrimination (emploi et profession), entrée en vigueur le 15 juin 1960, ratifiée par la France le 16 avril 1962 ; Décret n° 82-726 du 17 août 1982 portant publication de la convention internationale du travail n°C111, *JORF* du 22 août 1982, pp. 2630-2631.

distinction entre les individus⁵⁴. Une règle de non- discrimination n'a ni la même signification ni la même portée qu'une règle d'égalité. Une règle de non-discrimination ne parvient pas à l'égalité, même si elle y contribue⁵⁵.

Le droit international et le droit du travail distinguent deux conceptions de l'égalité. La première vise l'égalité de traitement. Celle-ci ne signifie pas « identité de traitement ». La distinction ou la différenciation est autorisée dans la mesure où elle n'est pas illégale. Elle exige simplement que des critères communs soient applicables de la même manière pour tous. Ainsi, la distinction entre deux groupes de personnes se trouvant dans une situation identique ou comparable ne constitue pas une discrimination au sens juridique du terme. Celle-ci est seulement une distinction illégitime⁵⁶. La rémunération individualisée ne viole pas la règle d'égalité salariale et ne constitue pas en principe une discrimination lorsque d'autres critères comme le mérite individuel sont évoqués. La deuxième conception de l'égalité vise l'égalité des chances⁵⁷. Cette égalité consiste à adopter des règles ou des mesures spécifiques destinées à favoriser certains groupes de personnes qui souffrent des inégalités en fait. Cette égalité dite « de départ » est acceptée à titre temporaire et des mesures utilisées devront être retirées lorsque l'objectif fixé sera atteint.

La discrimination désigne un comportement ou un acte qui tend à distinguer un groupe humain ou une personne des autres, à son détriment⁵⁸. Une discrimination est une affaire de motifs (discrimination directe). Il y a discrimination au sens juridique lorsque la différenciation ou la distinction tombe sur un ou plusieurs motifs prohibés par la loi.

Ceci étant, si le principe d'égalité conduit à interdire, en toutes circonstances, certaines différences de traitement, il ne conduit pas à ce que des situations différentes, soient traitées différemment. L'égalité siègerait dans la généralité de la règle⁵⁹. Si des individus sont discriminés, c'est-à-dire traités de façon moins favorable, parce qu'ils appartiennent à un groupe ou en fonction de d'autres critères, il s'agit de discriminations et non plus d'inégalités : le fait de ne pas lutter contre les inégalités constitue un traitement défavorable.

⁵⁴ BORGETTO (Michel), Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit, *Informations sociales*, n° 48, avril 2008, pp. 8-17.

⁵⁵ LANQUETIN (Marie-Thérèse), *La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique : Approche juridique*, Synthèse du Rapport Final, Université Paris X Nanterre, décembre 2002, *ibidem*, p. 3.

⁵⁶ JEAMMAUD (Antoine), Du principe d'égalité de traitement des salariés, *Droit social*, n° 7/8, juillet août 2004, pp. 694-702.

⁵⁷ BARRÉ (Alain), *La discrimination en droit international du travail*, thèse pour l'obtention du doctorat de droit public, sous la direction de, PELISSIER (Jean), Université Jean Moulin Lyon III, 1984, p. 37.

⁵⁸ LOCHAK (Danièle), Réflexions sur la notion de discrimination, *Droit social*, n° 11, novembre 1987, pp. 778-790 ; BÉRAUD (Jean-Marc), La singularisation du droit du travail face aux exigences de non-discrimination et d'égalité, dans, JEAMMAUD (Antoine), BÉRAUD (Jean-Marc), sous la direction de, *Le singulier en droit du travail*, Dalloz, 2006, pp. 79-94.

⁵⁹ LANQUETIN (Marie-Thérèse), *La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique : Approche juridique*, Synthèse du Rapport Final, Université Paris X Nanterre, décembre 2002, *ibidem*, p. 3.

Enfin, sur le plan théorique, il faut noter le rapport étroit qu'entretiennent l'égalité et la liberté⁶⁰, les deux notions relevant de la catégorie des droits fondamentaux⁶¹.

Il n'en demeure pas moins que l'absence de mesures de compensations des inégalités constitue une discrimination. Ces mesures sont prises tant en droit international, en droit européen grâce à une jurisprudence de 1995⁶², qu'en droit français depuis le milieu des années 70. Les politiques d'insertion puis de lutte contre le chômage comportent toute une gamme de mesures imposant aux employeurs le respect de priorités et même d'obligations d'emploi, en les incitant à recruter certaines catégories de personnes de préférence à d'autres. Le juge constitutionnel⁶³ admet parfaitement ce principe. Cependant les politiques et mesures de « discriminations positives »⁶⁴ en vigueur s'avèrent très peu contraignantes.

Dans les collectivités territoriales situées outremer, la mise en œuvre de mesures de compensation des inégalités peuvent avoir pour origine le désir d'effacer les séquelles de la domination coloniale. Le cas de la France est particulièrement éclairant, puisqu'il s'agit d'un pays retissant à la reconnaissance des droits des groupes identifiés à partir de critères illégitimes⁶⁵.

Si la révision constitutionnelle de mars 2003⁶⁶, autorise les collectivités territoriales régies par l'article 74 de la Constitution, à prendre des mesures préférentielles, afin d'assurer la protection du marché du travail notamment⁶⁷, il s'agit là d'une reconnaissance nécessaire à la correction des inégalités. Ces inégalités qui résultent de l'histoire coloniale et des discriminations inhérentes à ce système : persistance d'une économie d'exploitation et non développement.

Selon le Professeur Emmanuel JOS : « *le statut colonial ne reposait pas à l'évidence sur la logique de développement mais sur celle de l'exploitation. [...] Les nations européennes ne colonisèrent pas les territoires conquis dans une optique de développement mais bien d'exploitation. C'est du reste pour assurer une rentabilité maximale que le système esclavagiste fut introduit.* »⁶⁸.

⁶⁰ En droit du travail, les deux textes clefs sont respectivement l'article L. 120-2 du Code du travail, qui résulte de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 (*JORF* n° 1 du 1^{er} janvier 1993, p. 19) et l'article L.122-45 qui trouve son origine dans la loi n° 82-689 du 4 août 1982, relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, *JORF* du 6 août 1982, p. 2518, mais qui accueille la plupart des modifications législatives intervenues depuis et relatives à la discrimination.

⁶¹ LANQUETIN (Marie-Thérèse), *La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique : Approche juridique*, Synthèse du Rapport Final, Université Paris X Nanterre, décembre 2002, *ibidem*, p.3.

⁶² CJCE, 17 octobre 1995, Eckhard Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen, aff. 450/93, *Rec. de jurisprudence* 1995, p. I-03051.

⁶³ CC, 25 juillet 1989, loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles, n° 89-256 DC, *Rec.* p. 53.

⁶⁴ CALVES (Gwénaële), *La discrimination positive*, PUF, septembre 2004, p. 63.

⁶⁵ CALVES (Gwénaële), *La discrimination positive*, *ibidem*, p. 11.

⁶⁶ Article 74, alinéa 10.

⁶⁷ CALVES (Gwénaële), *La discrimination positive*, *ibidem*, pp. 11-12.

⁶⁸ JOS (Emmanuel), Demande d'assimilation, demande d'émancipation et demande de développement, dans, MICHALON (Thierry), sous la direction de, *Entre assimilation et émancipation : L'outremer français dans l'impasse ?*, Les perséides, 2006, pp.423-440.

Dans sa comparaison sur le modèle occidental du travail salarié, l'abolitionniste Victor SCHOELCHER écrira : « *Loin de se conformer au modèle européen d'un travail salarié toujours plus productif, donné comme le moyen d'un constant progrès économique et social, l'idéal de travail qui triomphe dans la classe des libres de couleur comme au sein de la masse servile est, semble-t-il, celui du travail pour soi, travail auto-organisé, mais aussi bien souvent autolimité par l'individu ou le groupe familial qui prétendent ainsi échapper à toute forme de dépendance directe* »⁶⁹.

Les commissaires de la République envoyés dans les colonies pour appliquer le décret d'abolition de 1848 tentèrent de s'opposer à son application en prônant la soumission aux autorités et aux planteurs et l'institution de la famille légale. S'il ne signifia pas nécessairement une amélioration des conditions de vie matérielles des travailleurs, s'il ne mit pas fin à la discrimination raciale⁷⁰, l'avènement du travail libre permit pourtant aux affranchis d'échapper à « *l'arbitraire de maîtres que l'usage du despotisme avait tellement gâtés, qu'ils avaient perdu le sens du juste et de l'injuste, de l'humain ou de l'inhumain* »⁷¹.

Par conséquent, les sociétés nées de l'esclavage et du colonialisme restent marquées par cet héritage d'inégalités, ayant servi à légitimer le statut d'esclave.

Si l'égalité revendiquée procède de l'expérience de la discrimination et de ses conséquences, les mesures favorables, prises à titre de compensation des inégalités sont une nécessité fondamentale. L'action anti-discriminations liée au travail est plus large.

Il y a un intérêt accru pour la sauvegarde des droits fondamentaux de l'homme. L'évolution du droit international depuis la fin de la deuxième guerre mondiale a été, à juste titre, perçue comme une guerre de croisade contre le mépris de la personne humaine érigée en système par le nazisme⁷².

Dans l'ordre juridique international, Il va sans dire que l'adoption, dans le cadre des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme (10 décembre 1948) constitue la preuve, s'il en était encore besoin, que la question des droits de l'homme est devenue une question internationalisée.

En vertu de l'article 2 de la DUDH, la discrimination constitue une atteinte à la liberté et à l'égalité. La lutte contre les discriminations en général et notamment celles liées au travail (principal lieu de discriminations) est bien ancrée dans le droit universel, dans le droit de l'Union européenne, dans les droits régionaux et dans le droit interne.

⁶⁹ SCHOELCHER (Victor), *Des colonies françaises, abolition immédiate de l'esclavage*, 1842, réédition fac-similé Paris, Éditions du Cths, 1998, p. 40.

⁷⁰ OUDIN-BASTIDE (Caroline), *La relation au travail dans la société esclavagiste de la Guadeloupe et de la Martinique (XVIIème-XIXème Siècles)*, La découverte, 2005, pp. 152-153.

⁷¹ SCHOELCHER (Victor), *Des colonies françaises, abolition immédiate de l'esclavage*, 1842, réédition fac-similé Paris, Éditions du Cths, 1998, *ibidem*, p. 40.

⁷² KAMARA (Mactar), La promotion et la protection des droits fondamentaux dans le cadre de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples et du protocole facultatif additionnel de juin 1998, *RTDH*, Dakar, 2004, pp. 709-727.

Bien que la lutte contre la discrimination soit d'actualité depuis plusieurs décennies au plan international et Européen, l'instauration de lois et de politiques interdisant explicitement les discriminations fondées sur la « race », l'appartenance ethnique, l'origine nationale et la couleur est relativement récente dans la plupart des pays.

Par exemple, en France, jusqu'à la loi fondamentale contre le racisme de 1972⁷³, cette discrimination n'était pas interdite officiellement, même si la Constitution affirme les droits inaliénables pour tous les êtres humains « sans distinction de race »⁷⁴. La discrimination est pourtant une cause de préoccupation en France au moins depuis la fin des années cinquante, quand le MRAP (à l'époque Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et pour la paix) et aujourd'hui Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples attire l'attention du Parlement et du gouvernement sur la question, à travers une campagne systématique⁷⁵.

3 – Les actions anti-discriminations liées au travail

La lutte contre les discriminations en général et notamment celles liées au travail (principal lieu de discriminations) est bien ancrée dans le droit universel, les droits régionaux, notamment dans le droit de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, et dans le droit interne français.

L'interdiction de discriminations trouve ses origines dans de nombreux textes internationaux de portée universelle nés après la seconde guerre mondiale. L'évolution du droit international depuis la fin de la deuxième guerre mondiale a été, à juste titre, perçue comme une guerre de croisade contre le mépris de la personne humaine érigée en système par le nazisme⁷⁶.

Dans le cadre des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme (10 décembre 1948) constitue la preuve, s'il en était besoin, que la question des droits de l'homme est devenue une question internationalisée.

En vertu de l'article 2 de la DUDH, la discrimination constitue une atteinte à la liberté et à l'égalité. La DUDH, les deux pactes internationaux de 1966, relatifs aux droits civils et politiques et aux droits

⁷³ Loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, *JORF* n° 0154 du 2 juillet 1972, p. 6803.

⁷⁴ En septembre 1963, quand des clients noirs se voient refuser le service au « Paris-Londres », un bar parisien proche de la Gare du Nord, il n'existe aucune loi à laquelle ils peuvent se référer directement. Faute de quoi, deux des plaignants invoquent l'ordonnance du 30 juin 1945, une disposition conçue pour empêcher les commerçants de retenir des marchandises dans le but de les vendre au marché noir. Elle interdit « *de refuser de satisfaire [...] aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestations de services lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal* ». Le propriétaire, le gérant et le garçon sont tous trois condamnés à une amende pour avoir enfreint l'ordonnance. Néanmoins, aux yeux de nombreux militants antiracistes, cette affaire soulignait à cette époque, l'absence de lois condamnant explicitement les actes de discriminations raciales.

⁷⁵ BLEICH (Erick), Histoire des politiques françaises anti-discrimination : du déni à la lutte, Traduit de l'anglais par Mona DE PRACONTAL, *Philosophies et politiques*, n° 1245, septembre-octobre 2003, pp. 7-8.

⁷⁶ KAMARA (Mactar), La promotion et la protection des droits fondamentaux dans le cadre de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples et du protocole facultatif additionnel de juin 1998, *RTDH*, Dakar, 2004, *op. cit.*, pp. 709-727.

économiques, sociaux et culturels⁷⁷, complètent et renforcent la DUDH pour former la Charte Internationale des Droits de l'Homme. Ces textes consacrent un ensemble de droits de l'homme (civils, politiques, économiques, sociaux et culturels), ainsi que l'égalité des femmes et des hommes quant à la jouissance de l'ensemble de ces droits. Le protocole facultatif au PIDESC⁷⁸ offre aux victimes de violations des droits économiques, sociaux et culturels (DESC), la possibilité de demander réparation au niveau international en déposant plainte auprès du Comité des Nations Unies pour les Droits Économiques, Sociaux et Culturels la possibilité⁷⁹ ; et le protocole facultatif au PIDCP⁸⁰ permet à des particuliers de déposer des « communications » (plaintes) individuelles au sujet du non-respect du Pacte par les États l'ayant ratifié⁸¹.

Quant aux autres instruments internationaux adoptés dans le cadre universel, on peut citer la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ainsi que la déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance fondées sur la religion.

Toujours à l'échelon international, les conventions n^{os} C100 et C111 de l'OIT jouent un rôle crucial en matière de discriminations dans le monde du travail. Les principaux instruments de la Déclaration de Philadelphie⁸² prônent l'égalité salariale et l'égalité des chances et de traitement entre travailleurs féminins et masculins. Mais l'action du BIT ne se limite pas à la production de normes. En effet, lors du dernier forum économique mondiale de Davos (Suisse), Monsieur Juan SOMAVIA, Directeur général de l'OIT a fait référence aux stratégies pour l'emploi à travers diverses actions dans le monde entier : le programme IPEC (programme international pour l'abolition du travail des enfants) concerne plus de 80 pays dans tous les continents (en 2012, il fut consacré au Kenya)⁸³, des actions en faveur des jeunes sont

⁷⁷ Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies, 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 relative au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

⁷⁸ Entré en vigueur le 5 mai 2013, le Protocole facultatif établit un mécanisme de plainte au niveau international pour les personnes dont les droits économiques, sociaux et culturels (tels que définis dans le PIDESC) ont été violés et qui n'ont pas obtenu justice dans leur propre pays.

⁷⁹ Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels peut examiner des plaintes individuelles. La procédure offre la possibilité d'arrangements à l'amiable et de mesures dites « provisoires », qu'un État peut être requis de prendre pour éviter que les victimes des prétendues violations subissent des torts irréparables. Le Protocole facultatif prévoit également une procédure d'enquête qui permet au Comité de diligenter une enquête s'il reçoit des informations crédibles sur des « violations graves ou systématiques » du PIDESC par un État partie.

⁸⁰ Entré en vigueur le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 9.

⁸¹ HUARAKA (Tunguru), Les droits civils et politiques, dans, BEDJAOUI (Mohamed), sous la direction de, *Droit international : Bilan et perspectives*, Tome 2, Paris, Pédone, 1991, p. 1148.

⁸² Le 10 mai 1944, la Conférence générale de l'OIT, réunie à Philadelphie, aux États-Unis, a adopté la Déclaration de Philadelphie qui redéfinit les buts et objectifs de l'OIT, ainsi que des principes dont devrait s'inspirer la politique de ses membres.

⁸³ Bureau International du Travail, Kenya : Découvrir l'évolution de la vie des enfants qui travaillent, *Le magazine de l'OIT*, n° 74, mai 2012, pp. 20-27.

érigées en Indonésie en priorité nationale⁸⁴ ; ainsi que des actions en faveur de la justice sociale et au travail décent pour la jeunesse arabe⁸⁵.

En ce qui concerne le Conseil de l'Europe, le principe de non-discrimination constitue un principe directeur dans nombre de ses documents. La nécessité de lutter contre les discriminations a influencé l'élaboration de textes qui ont conduit à ce que le principe de non-discrimination soit perçu comme fondamental.

S'agissant de la CEDH (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)⁸⁶, si l'article 14 stipule que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toutes autres situations* »⁸⁷, il n'est pas autonome par rapport aux autres droits de la Convention et doit s'appliquer en conjonction avec un autre article de celle-ci. A titre d'exemple, dans l'affaire *Mahieu Mohen et Clerfayt contre Belgique*⁸⁸, la Belgique est condamnée deux fois dans le même arrêt, une fois pour les violences policières au moment de l'arrestation et la garde à vue et une fois pour ne pas avoir fait d'enquête sur la plainte du requérant contre les policiers. Puis la Belgique est condamnée une troisième fois sous l'angle des articles 14 et 3 combinés pour racisme. La Cour considère que le devoir qu'ont les autorités de rechercher s'il existe un lien entre des attitudes racistes et un acte de violence constitue un aspect des obligations procédurales découlant de l'article 3 de la Convention.

Le protocole n° 12, additif à la CEDH, signé le 26 juin 2000 prévoit une interdiction générale de la discrimination. Il est entré en vigueur le 1er avril 2005. Le traité de Lisbonne de 2007 prévoit l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH⁸⁹.

⁸⁴ Bureau International du Travail, Kenya : Donner à la nouvelle génération d'indonésiens les compétences et la confiance en soi pour trouver un travail décent, *Le magazine de l'OIT*, n° 74, mai 2012, *ibidem*, pp. 17-19.

⁸⁵ Bureau International du Travail, Un meilleur départ pour les jeunes : La jeunesse arabe aspire à la justice sociale et au travail décent, *Le magazine de l'OIT*, n° 74, mai 2012, *ibidem*, pp. 8-10.

⁸⁶ La France n'a pas encore ratifié le protocole additionnel n° 12 de la CEDH. Le rapport de la CNCDH relatif à la lutte contre le racisme et la xénophobie recommande la ratification par la France de ce protocole additionnel. Monsieur Laurent Fabius, Ministre des affaires étrangères, indique que la France n'envisagera la ratification de ce protocole que lorsque la CEDH « *sera à nouveau en mesure de traiter le flux des requêtes qui lui est soumis* ». Selon le ministre des affaires étrangères, une telle ratification « *générerait à coup sûr de nouveaux recours devant la Cour européenne des droits de l'homme* ». Or, les dernières réformes procédurales n'ont pas encore permis à la cour de réduire de manière significative le stock des affaires en attente de jugement, souligne-t-il.

⁸⁷ CEDH, 16 novembre 2004, Unal tekeli c/Turquie, Req. n° 29865/96. La Cour indique que la progression vers l'égalité des sexes est un but important du Conseil de l'Europe ; CEDH, 23 juillet 1968, Aff. Régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique, Req. n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, *Grands arrêts de la Cour EDH*, n° 8, 5^{ème} édition.

⁸⁸ CEDH, 02 mars 1987, Mahieu Mohen et Clerfayt c/ Belgique, req. 9267/81.

⁸⁹ Article 6 2) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales. La CEDH, a été ouverte à la signature à Rome le 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur en 1953, ratifié par loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 autorisant la ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *JORF* n° 3 du 3 janvier 1974, p. 67.

La Charte sociale européenne de 1961, révisée en mai 1996⁹⁰ est un traité du Conseil de l'Europe qui sauvegarde les droits sociaux et économiques de l'homme. Elle propose une possibilité de réclamations collectives sans condition d'épuisement des voies de recours⁹¹. Cependant, Il y a une parenté entre l'article E de la Charte Sociale Européenne Révisée⁹² et l'article 14 de la CEDH, prolongée par le Comité Européen des Droits Sociaux. Ils tirent leur définition de la non-discrimination de la Cour EDH⁹³, laquelle consiste à assurer un même traitement aux personnes se trouvant dans la même situation et à traiter de manière différente des personnes en situation différente. De même, par l'expression « toute autre situation », l'article E interdit toute discrimination quel qu'en soit le motif⁹⁴.

S'agissant de l'action anti-discrimination de l'UE, dès 1957, le principe de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes figurait à l'article 141 TCE le traité de Rome. La Cour de Justice de l'Union européenne en a fait une interprétation extensive et a posé le principe général d'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe. En outre, plusieurs directives ont ainsi été adoptées dès 1975 prescrivant l'élimination des discriminations fondées sur le sexe dans différents domaines : rémunération (directive 75/117/CE), accès à l'emploi, à la formation, à la promotion professionnelles (directive 76/207/CEE), affiliation à la sécurité sociale (directive 79/7/CEE), exercice d'une activité indépendante, y compris une activité agricole (directive 86/613/CEE). Par ces directives, l'UE a eu un rôle précurseur en matière de promotion de l'égalité entre hommes et femmes qui a eu un effet d'entraînement sur les politiques en matière de parité mises en place dans les Etats membres.

A partir de 1997 (traité d'Amsterdam), l'UE est intervenue en matière de lutte contre les discriminations fondées sur les sexes, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle (article 13 TCE). La directive 2000/43/CE relative à l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique a posé le principe d'une interdiction de toute discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique en matière d'emploi et dans d'autres domaines (éducation, sécurité sociale et avantages sociaux et l'accès aux biens et services). La directive 2000/78/CE relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation interdit le harcèlement et les rétorsions fondées sur la religion ou les convictions, le handicap, l'orientation sexuelle ou l'âge.

⁹⁰ La Charte sociale européenne est une convention du Conseil de l'Europe, signée le 18 octobre 1961 à Turin (Italie) et révisée le 3 mai 1996. La Charte révisée est entrée en vigueur en 1999, et remplace progressivement le traité initial de 1961, <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/163.htm>.

⁹¹ Le protocole de 1995 établissant la procédure de réclamations collectives qui prévoit en son article 9, que les décisions du Comité sont rendues publiques par une intervention du Comité des ministres, par voie de résolution ou de recommandation. En l'absence d'une telle intervention, elles deviennent publiques après écoulement d'un délai de 4 mois.

⁹² AKANDJI-KOMBE (Jean-François), Actualité de la CSE : Chronique des décisions du CEDS sur les réclamations collectives, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, septembre 2003-avril 2005, pp. 673-708.

⁹³ CEDH, 6 avril 2000, Thlimmenos c/ Grèce, req. n° 34369/97.

⁹⁴ CEDS, 4 novembre 2003, Autisme-Europe c/ France, réclamation n° 13/2002.

Bien que la lutte contre la discrimination soit d'actualité depuis plusieurs décennies au plan international et Européen, l'instauration de lois et de politiques interdisant explicitement les discriminations fondées sur la « race », l'appartenance ethnique, l'origine nationale et la couleur est relativement récente dans la plupart des pays.

La lutte contre les discriminations, ayant eue pour origine de nombreuses normes sur le plan universel, comme sur le plan régional, quant est-il de leur intégration en droit interne français ?

4 – La France et les normes universelles et régionales anti-discrimination

En France, jusqu'à la loi fondamentale contre le racisme de 1972⁹⁵, la discrimination n'était pas interdite officiellement, même si la Constitution affirme les droits inaliénables pour tous les êtres humains « *sans distinction de race* »⁹⁶. La discrimination est pourtant une cause de préoccupation en France au moins depuis la fin des années cinquante, quand le MRAP (à l'époque Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et pour la paix) et aujourd'hui Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples attire l'attention du Parlement et du gouvernement sur la question, à travers une campagne systématique⁹⁷.

Le droit international universel, le droit du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne relatifs à la non-discrimination dans le travail ont influencé à des degrés divers le droit français en fonction du régime de leur applicabilité en droit interne.

Le préambule de la constitution du 27 octobre 1946, intégrée au bloc de constitutionnalité, indique que « *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles de droit public international* ». L'article 26 de cette Constitution indiquait que « *les traités régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi sans qu'il soit besoin d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer sa ratification* ». Cette voie est confirmée par le décret du 14 mars 1953 (ratification et publication des engagements internationaux de la France) et par l'article 55 de la Constitution de 1958. Cet article dispose que « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

⁹⁵ Loi n° 72-546 du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, *op. cit.*

⁹⁶ En septembre 1963, quand des clients noirs se voient refuser le service au Paris-Londres, un bar parisien proche de la Gare du Nord, il n'existe aucune loi à laquelle ils peuvent se référer directement. Faute de quoi, deux des plaignants invoquent l'ordonnance du 30 juin 1945, une disposition conçue pour empêcher les commerçants de retenir des marchandises dans le but de les vendre au marché noir. Elle interdit « *de refuser de satisfaire [...] aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestations de services lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal* ». Le propriétaire, le gérant et le garçon sont tous trois condamnés à une amende pour avoir enfreint l'ordonnance. Néanmoins, aux yeux de nombreux militants antiracistes, cette affaire soulignait à cette époque, l'absence de lois condamnant explicitement les actes de discrimination raciale.

⁹⁷ BLEICH (Erick), Histoire des politiques françaises anti-discriminations : du déni à la lutte, Traduit de l'anglais par Mona DE PRACONTAL, *Philosophies et politiques*, n° 1245, septembre-octobre 2003, *op. cit.*, pp. 7-8.

Selon le Conseil d'Etat⁹⁸ cette supériorité du traité joue pour toute espèce de loi (ordinaire ou organique) et pour toute espèce d'auteur de la loi (Parlement, peuple par référendum). La condition, dite de réciprocité, qui découle de cette supériorité signifie que la France peut se prévaloir de la violation d'un traité par un autre État pour se soustraire aux obligations découlant du traité. Cette supériorité ne joue que pour les actes internationaux directement invocables par les particuliers. Le juge effectue une distinction entre ceux des traités qui ne créent d'obligations qu'entre les États, lesquels ne sont pas invocables devant lui⁹⁹ et les traités qui créent des droits au profit des particuliers, invocables devant le juge avec supériorité sur la loi¹⁰⁰. Parfois, au sein d'une même convention internationale, le juge décèle des stipulations invocables de celles qui ne le sont pas¹⁰¹. Cette supériorité s'applique également lorsque l'incompatibilité entre le traité et la loi surgit postérieurement à l'intervention de la loi. La loi est à l'origine conforme au traité mais devient par la suite contraire du fait d'un changement dans les circonstances¹⁰². La loi est alors modifiée ou écartée.

Cette supériorité ne joue qu'en faveur des traités ou accords selon les termes même de l'article 55, non pour les règles coutumières¹⁰³ ou les principes non écrits du droit international¹⁰⁴. Ainsi, dans les arrêts *Aquarone* de 1997¹⁰⁵ et *Pauline Fraisse* de 2000¹⁰⁶, le Conseil d'Etat se fonde sur l'article 55 de la Constitution pour assurer la primauté de la loi nationale sur la coutume internationale, ce qui place le droit international à un rang infra législatif, en dessous de la norme fondamentale qu'est la Constitution. Dans l'arrêt *Sarran, Levacher et autres* du 30 octobre 1998, le Conseil d'Etat indique que les traités n'ont pas de valeur supérieure à la Constitution.

La Constitution n'a pas prévu la supériorité des traités sur elle en vertu du principe « *nemo plus juris transfere potest quam ipse habet* »¹⁰⁷. Ce principe s'oppose au principe coutumier du droit international « *pacta sunt servanda* »¹⁰⁸ qui soutient la supériorité des normes internationales sur toutes les normes de droit interne y compris la Constitution. C'est de la Constitution seul que les traités tiennent en France la place qu'ils occupent dans la hiérarchie des normes¹⁰⁹. Quand le Conseil constitutionnel déclare

⁹⁸ CE Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, n° 200286 200287, *Rec. Lebon* p. 368.

⁹⁹ CE Ass., 5 mars 1999, *Rouquette, Lipietz et autres*, n° 194658 196116, *RFDA* 1999, p. 357.

¹⁰⁰ CE Ass., 15 avril 1998, *Doukouré*, n°176399, *RFDA* 1996, p. 808.

¹⁰¹ CE Sect., 23 avril 1997, *GISTI*, n° 163043, *Rec. Lebon*.

¹⁰² CE Sect., 2 juin 1999, *Meyet*, n° 207752, *Rec. Lebon*.

¹⁰³ CE Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, n° 148683, *Rec. Lebon*.

¹⁰⁴ CE, 28 juillet 2000, *Paulin*, n° 178834, *Rec.* p. 317.

¹⁰⁵ CE Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, n° 148683, *Rec. Lebon*.

¹⁰⁶ Ccass. Ass., 2 juin 2000, *Mademoiselle Pauline FRAISSE*, pourvoi n° n° 99-60.274, *RDP*, 2000, no 4, p. 1037.

¹⁰⁷ Principe juridique selon lequel nul ne peut conférer à autrui plus de droits qu'il n'en possède lui-même.

¹⁰⁸ Ce principe n'a en France de portée juridique qu'en vertu d'une disposition du Préambule de 1946, constitutionnalisé en 1958.

¹⁰⁹ CC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, n° 92-308 DC, *RJC* I-446, spéc. Point 34 ; CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, n° 226514 DC, *Rec.* p. 642.

inconstitutionnelles une ou plusieurs stipulations d'un traité, il ne peut être procédé à leurs ratifications sans révision de la Constitution¹¹⁰.

Lorsque le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de constitutionnalité de la loi, en vertu de l'article 61¹¹¹, cette constitutionnalité ne dépend aucunement de la conformité de la loi au traité international. Une loi conforme à un traité peut être jugée inconstitutionnelle tandis qu'une loi contraire à un traité ne serait pas *ipso facto* contraire à la Constitution.

Qu'en est-il de l'application des normes de l'Union européenne relatives à la non-discrimination notamment liée au travail ?

Plus que le droit international, le droit de l'Union européenne a les moyens d'infléchir de manière décisive la politique des États membres en matière de discriminations sur le marché du travail.¹¹²

Pour donner au droit de l'Union européenne sa pleine efficacité, la CJCE a dégagé, à travers des arrêts célèbres, trois principes fondamentaux qui font de ce droit une source de droit directement applicable dans l'ordre juridique des États membres et se situant au sommet de la hiérarchie des normes¹¹³. Ces principes sont : l'applicabilité immédiate, l'effet direct et la primauté. Le juge de l'Union européenne définit les conditions dans lesquelles doit être assurée en droit interne la sauvegarde des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union européenne¹¹⁴.

Le monopole d'interprétation assuré par la CJCE se justifie par la nécessité d'assurer dans toute l'Union européenne une même interprétation des règles de droit. Le Conseil d'État s'est longtemps montré réticent à accepter de renvoyer à la CJCE les litiges d'interprétation¹¹⁵, il ne le fera véritablement qu'à partir de 1970¹¹⁶. Il ne le fait d'ailleurs que lorsque les dispositions litigieuses ne sont pas claires. La CJCE condamne cette distinction qui estime qu'il doit y avoir renvoi, dès lors qu'il se pose une question

¹¹⁰ Article 54 de la Constitution. L'article 54 de la Constitution de la V^{ème} Cinquième République française traite de la solution en cas de conflit déclaré entre la Constitution française et un traité : inapplication du traité ou révision constitutionnelle. La saisie du Conseil constitutionnel en vertu de cet article a été étendue aux députés ainsi qu'aux sénateurs par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, relative à la saisine.

¹¹¹ Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 (référendum) avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation.

¹¹² VAN DE WALLE (Isabelle), SEGUETTE (Marie), TARDIEU (Pierre), Droit de l'Union européenne et mesures nationales de lutte contre les discriminations raciales dans l'emploi : Une approche comparée de cinq exemples en Europe, Une, CREDOC, Département « Evaluation des politiques publiques » dirigé par Brune MARESCA, *Cahier de recherche*, n° 209, novembre 2004, p. 11.

¹¹³ CJCE, 5 février 1963, Van Gen en Loos du, Aff. 26/62, *Rec.* p. 3 ; CJCE, 15 juillet 1964, Costa, Aff.6/64, *Rec.* p. 1141.

¹¹⁴ SIMON (Denys) *Le système juridique de l'Union européenne*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^{ème} édition, 2001, p. 155.

¹¹⁵ CE Ass., 19 juin 1964, Soc des pétroles Shell-Berre, n° 47007, *Rec. Lebon*, p. 344.

¹¹⁶ CE Sect., 10 juillet 1970, Syndicat national du commerce extérieur des céréales, *RFDA* 2009, p. 201.

d'interprétation¹¹⁷. La constatation par la CJCE de l'invalidité d'un acte de l'Union européenne s'impose absolument au juge national¹¹⁸. Le juge administratif a l'obligation de suspendre l'application d'un acte de droit interne contraire à une norme de l'Union européenne lorsque la légalité de cette dernière n'est pas contestée¹¹⁹.

La CJCE est chargée de faire respecter cette hiérarchie, grâce aux différents recours institués par le TFUE, tel que le recours en annulation¹²⁰.

Au total, en droit Français, la lutte contre les discriminations dans le travail est le résultat de l'influence du droit international des droits de l'homme et des droits européens. En effet, de nombreuses conventions adoptées par les institutions du Système des Nations Unies affirment le principe de non-discrimination. La CEDH ainsi que la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ont exercé une influence indéniable dans la lutte contre les discriminations. De même, le droit de l'Union européenne primaire et dérivé comporte un ensemble de textes prohibant les discriminations.

Qu'en est-il de l'applicabilité de ces textes aux outremer français ?

S'agissant de l'applicabilité des traités, le principe fondamental est qu'un traité lie un État sur tout son territoire¹²¹. À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie¹²². Ce principe peut être difficilement applicable dans certaines situations. Certaines parties du territoire peuvent être soumises à un régime juridique distinct : c'est le cas par exemple du territoire métropolitain par rapport à ses territoires non métropolitains.

En effet, la France a toujours été confrontée à travers son outremer à la question des différences et des particularismes. Les statuts des outremer français se caractérisent d'abord par leur diversité. Cela entraîne une grande complexité qui est accrue par les incessantes modifications dont ils font l'objet, comme en témoignent les nombreuses révisions constitutionnelles qui interdit de trouver un modèle général.

Ainsi, l'intégration des traités internationaux au sein de l'outremer correspond à des logiques différentes, en fonction de la diversité des statuts.

5 – La diversité des territoires d'outremer et leurs compétences respectives liées au travail

Comme l'indique l'article 72-3 de la Constitution, l'outremer français est régi par divers régimes juridiques.

¹¹⁷ CE, 15 juillet 1964, Costa c/ Enel, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141.

¹¹⁸ CE Sec., 26 juillet 1985, ONIC, n° 42204, *Rec. Lebon*.

¹¹⁹ CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2005, Région de la Guyane, n° 05BX00179.

¹²⁰ Article 263 du TFUE ou le renvoi préjudiciel n° 267 du TFUE.

¹²¹ Article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, conclue à Vienne le 23 mai 1969, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980. <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19690099/index.html> - fn1#fn1.

¹²² Toutefois l'article 29 « Application territoriale des traités » de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités stipule : « *A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire* ».

Les collectivités d'outremer régies par l'article 74 sont : la Polynésie française, les îles Wallis et Futuna Saint-Pierre-et-Miquelon, ainsi que les collectivités territoriales de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin¹²³ suite à la loi organique du 21 février 2007¹²⁴ portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outremer qui les a érigé en collectivités d'outremer aux termes de l'article 74 de la Constitution, ceci conformément à la volonté exprimée par la majorité de leurs électeurs lors de la consultation du 7 décembre 2003.

Les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution sont les départements et régions de la Guyane, la Guadeloupe, la Martinique, La Réunion, le Département de Mayotte et les collectivités uniques se substituant à un département et une région d'outremer, ce qui sera le cas des collectivités territoriales de Guyane et de Martinique à partir de l'élection de leurs assemblées délibérantes en décembre 2015.

La Nouvelle-Calédonie échappe au statut général des collectivités territoriales défini par le titre XII de la Constitution. La Nouvelle-Calédonie relève du titre XIII de la Constitution.

Les TAAF (Terres australes et antarctiques françaises), ont la particularité d'être soumises au principe de spécialité législative. En vertu de ce principe ancien, les textes (qu'ils soient de nature législative ou réglementaire, à l'exception des textes de souveraineté, qui s'appliquent automatiquement à l'ensemble du territoire de la République) n'y sont applicables que s'ils comportent une mention expresse d'applicabilité à cette fin¹²⁵.

Concernant l'applicabilité territoriale du code du travail métropolitain, l'expression « en France » s'entend de la France métropolitaine, des départements d'outremer, de Saint-Pierre-et-Miquelon, de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin (article L. 111-3 du code du travail). Sauf mentions contraires toutes les dispositions du code s'appliquent « en France ».

En Nouvelle-Calédonie, c'est le Congrès et non l'Etat français qui fixe les règles juridiques applicables en matière de droit du travail, d'accès au travail des étrangers, de la protection sociale, de droit fiscal et de réglementation des professions libérales et commerciales entre autres¹²⁶. Ce territoire a son propre code du travail. Le statut de la Nouvelle-Calédonie donne la possibilité au Congrès d'adopter des dispositions favorables à l'emploi local à travers des « lois du pays ». L'accord de Nouméa du 5 mai 1998 dispose que « *Afin de tenir compte de l'étroitesse du marché du travail, des dispositions seront définies pour favoriser l'accès à l'emploi local des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie* ». L'article 24 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative au statut de ce territoire

¹²³ Les collectivités territoriales de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin sont passées du statut de communes du département de la Guadeloupe à celui de COM, le 15 juillet 2007.

¹²⁴ Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outremer, *JORF* n° 45 du 22 février 2007, p. 3121.

¹²⁵ Décret n° 2008-919 du 11 septembre 2008 pris pour l'application du statut des Terres australes et antarctiques françaises, *JORF* n° 0214 du 13 septembre 2008.

¹²⁶ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* n° 0068 du 21 mars 1999, p. 4197.

dispose « *Dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte aux avantages individuels et collectifs dont bénéficient à la date de leurs publication les autres salariés. De telles mesures sont appliquées dans les mêmes conditions à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie et à la fonction publique communale. La Nouvelle-Calédonie peut également prendre des mesures visant à restreindre l'accès à l'exercice d'une profession libérale à des personnes qui ne justifient pas d'une durée suffisante de résidence. La durée et les modalités de ces mesures sont définies par des lois du pays* ». Après avis favorable du Conseil d'Etat, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie a adopté la loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local.

En Polynésie française en vertu de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, l'Assemblée et le Conseil des ministres réglementent certaines matières, notamment les modalités d'application des principes généraux du droit du travail, la délivrance de permis de travail et de cartes professionnelles d'étrangers, la protection sociale, le droit fiscal, le commerce intérieur, l'application des principes fondamentaux des obligations commerciales. L'article 14 qui définit les compétences des autorités de l'Etat leur attribue celle de fixer les règles relatives à l'entrée et au séjour des étrangers mais à l'exception de l'accès au travail des étrangers qui relève des autorités de Polynésie. Comme pour la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie peut prendre des mesures en faveur de l'emploi local. L'article 74 de la Constitution donne aux collectivités d'outremer régies par cet article la possibilité d'adopter « *des mesures justifiées par les nécessités locales...en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle...* ». C'est l'article 18 de la loi organique relative au statut d'autonomie de la Polynésie française qui précise les conditions d'adoption de telles mesures. Deux arrêts du Conseil d'Etat sont venus préciser la portée et les limites des « lois du pays » adoptées dans ce sens. Il s'agit de CE, 25 novembre 2009, n° 328776, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française* et CE, 25 novembre 2009, n° 328776, *Sté Polynésie Intérim*.

Chacune des collectivités d'outremer susmentionnées bénéficie d'un régime ad hoc de sécurité sociale ou de protection sociale. Un système de coordination a été mis en œuvre entre le régime de sécurité sociale métropolitain et celui de la Polynésie française par le décret n° 94-1146 du 26 décembre 1994 portant coordination des régimes métropolitains et polynésiens de sécurité sociale.

Un système de coordination est également applicable en Nouvelle-Calédonie. Il est fixé par le décret n° 66-846 du 14 novembre 1966 portant coordination des régimes métropolitains des assurances sociales (régimes des salariés) et de l'allocation aux vieux travailleurs salariés et du régime de prévoyance et de retraite des travailleurs salariés de la Nouvelle-Calédonie modifié par le décret n° 82-189 du 24 février 1982. Ce texte ne couvre que l'assurance vieillesse.

Chaque collectivité susmentionnée connaît un régime particulier d'accords et de conventions collectives du travail.

La République française connaît deux régimes d'assurance chômage distincts. Les collectivités territoriales situées outremer ainsi que la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon bénéficient du régime UNEDIC : les employeurs situés dans un département d'outremer ou à Saint-Pierre-et-Miquelon pour le compte desquels des salariés travaillent en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, à Wallis et Futuna ou dans les Terres australes et antarctiques françaises sont tenus de respecter les dispositions du règlement annexé à la convention d'assurance chômage UNEDIC relatives à l'obligation d'affiliation des salariés expatriés.

La Nouvelle-Calédonie dispose d'un régime spécifique : il n'existe pas de système de coordination entre le régime d'assurance chômage UNEDIC et celui de la Nouvelle-Calédonie.

Les territoires d'outremer de la Polynésie française, des îles Wallis et Futuna, des Terres australes et antarctiques françaises et la collectivité territoriale ne connaissent pas de régime d'assurance chômage.

Dans les collectivités d'outremer de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin créées par la loi organique du 21 février 2007, une ordonnance¹²⁷ a pour objet de maintenir, les dispositions du code du travail qui leur étaient applicables lorsqu'elles faisaient partie du département de la Guadeloupe. Le principe d'identité législative demeure dans la plupart des domaines : les lois et règlements intervenant dans les matières ne relevant pas de leur compétence sont directement applicables. Il existe néanmoins une exception s'agissant des règles relatives à l'entrée et au séjour des étrangers, qui ne sont applicables que sur mention expresse.

A Saint-Martin, concernant l'emploi, l'apprentissage et la formation professionnelle, les premiers programmes de formations ont été organisés en 2008 dans l'objectif de création d'un service de formation professionnelle, l'île faisant face à un grave problème d'inadéquation entre les formations et les besoins existants sur le marché du travail. S'agissant du volet social, les actions d'éducation et de formation sont devenues des priorités pour la nouvelle Collectivité. Le transfert des compétences sociales de la Guadeloupe oblige l'adoption des politiques en adéquation avec les besoins sociaux. Ainsi, l'ensemble des établissements à caractère socio-éducatif se trouvent sous la responsabilité de la Collectivité, ce qui a notamment permis de demander la mise en place de l'enseignement bilingue pour les écoles maternelles et primaires. En outre, le RMI et le RSA sont désormais à la charge des Collectivité¹²⁸.

A Saint-Barthélemy, en vertu de l'article L.O. 6214-3 du code général des collectivités territoriales, la collectivité de Saint-Barthélemy fixe les règles applicables en matière d'accès au travail des étrangers. Il en est de même à Saint-Martin en vertu de l'article L.O. 6314-2 du CGCT.

¹²⁷ Ordonnance n° 2008-205 du 27 février 2008 relative au droit du travail applicable à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, *JORF* n° 0052 du 1^{er} mars 2008, p. 3688.

¹²⁸ IEDOM, *Saint-Martin*, rapport annuel 2010, 16 septembre 2011, p. 20.

S'agissant de l'application du droit de l'Union européenne, il convient de retenir que la Nouvelle-Calédonie et ses dépendances, la Polynésie française, Saint-Pierre-et-Miquelon, les Terres australes et antarctiques françaises, Wallis-et-Futuna, et depuis le 1^{er} janvier 2012 Saint-Barthélemy, ne font pas partie de l'Union européenne mais ont un statut de pays et de territoires associés (PTOM)¹²⁹.

Ce statut est précisé par une directive adoptée sur la base des articles 198 à 203 du TFUE. La décision actuellement en vigueur est la Décision 2013/755 UE du Conseil en date du 25 novembre 2013, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014.

S'agissant de la liberté de circulation des travailleurs des PTOM, l'article 202 du TFUE prévoit qu'elle doit être explicitement régie par des actes du Conseil. Aucun acte de ce type n'a jusqu'à présent été adopté par le Conseil. Concernant la liberté d'établissement et de prestation de services, sur la base de l'article 199, paragraphe 5, du TFUE, les autorités des PTOM ont l'obligation d'accorder le statut de la nation la plus favorisée aux Etats membres et d'interdire toute discrimination entre les ressortissants, les sociétés ou les entreprises des Etats membres de l'UE.

Selon Monsieur Andris PIEBALGS, répondant à une question écrite au nom de la Commission, le 20 février 2013, « *Etant donné que l'article 202 du TFUE demande explicitement que la libre circulation des travailleurs en relation avec les PTOM soit régie par des actes adoptés par le Conseil, il est impossible de remplacer cette obligation en appliquant mutadis mutandis les dispositions d'un acte du Conseil existant concernant l'association entre PTOM et l'UE, car celui-ci a une base juridique différente* ». Il concluait « *Sur la base de ce qui précède, le droit des citoyens de l'Union européenne dans les PTOM est uniquement régi par le droit territorial propre à chaque PTOM. C'est ce qui détermine si les règles en matière de libre circulation des travailleurs peuvent ou non s'appliquer différemment aux ressortissants des Etats membres de l'UE et aux habitants de chaque PTOM* »¹³⁰.

En revanche, en tant que nationaux français les ressortissants de ces territoires sont des citoyens européens qui disposent de tous les droits qui en découlent.

6 – La particularité des collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution

Du point de vue de la symbolique républicaine, il s'agissait, selon une formule célèbre, de faire des habitants de ces collectivités des citoyens français « à part entière » et non plus « entièrement à part ». Il s'agissait essentiellement d'assurer aux populations locales l'égalité des droits sociaux que ne leur garantissait pas le principe colonial de spécialité législative. Les parlementaires visaient l'identité législative garantissant elle-même l'application du droit social commun. Le paradoxe réside dans le fait

¹²⁹ Le régime applicable à ces pays et territoires est celui d'une association renforcée avec l'Union européenne et fait l'objet de la quatrième partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (articles 198 à 204, lesquels ont remplacé en 2009 les articles 182 à 188 de l'ancien traité sur la Communauté européenne).

¹³⁰ *JORF* C 340 E du 21 novembre 2013.

que cette identité législative n'a pas été acquise. Ces collectivités territoriales situées outremer ont toujours été le théâtre des inégalités, des affrontements, des revendications...

Ces collectivités territoriales sont régies par l'article 73 de la Constitution, conformément au principe d'identité législative posé par l'article 73 de la Constitution, les lois et règlements s'appliquent de plein droit, donc sans mention spéciale, dans les collectivités d'outremer de l'article 73 de la Constitution. Toujours en vertu de l'article 73 de la Constitution, les lois et règlements « *peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités* ». Cette nouvelle rédaction de l'article 73 de la Constitution, issue de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, élargit les cas dans lesquels sont possibles des adaptations, qui étaient auparavant limitées aux mesures « *nécessitées (...) par la situation particulière* » de ces collectivités. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a précisé la portée de cette règle sur deux points : l'exigence de caractéristiques et contraintes particulières¹³¹, l'ampleur des adaptations possibles¹³².

Le Conseil d'État¹³³ a rappelé que l'adaptation ne doit pas porter atteinte à l'esprit général du texte ; il ne peut, indique-t-il, « *être fait échec au principe d'assimilation que le législateur a voulu faire prévaloir* »¹³⁴. Le juge de l'excès de pouvoir exerce également un contrôle sur l'appréciation au terme de laquelle le pouvoir réglementaire estime que les éléments propres aux collectivités territoriales situées outremer justifient qu'il soit procédé à des adaptations¹³⁵, en faveur ou en défaveur de ces territoires.

En outre, les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution se trouvent englobées dans la personnalité internationale de l'Etat et dans une situation comparable aux collectivités locales décentralisés existants en Métropole. Les traités s'appliquent normalement sur l'ensemble du territoire des Etats contractants. Cependant, des dérogations sont toujours possibles car les dispositions relatives à l'application territoriale d'un traité font l'objet de clauses (inscrites dans les traités) ou de réserves (décidées par les Etats)¹³⁶. Le silence des traités concernant l'application territoriale, oblige en principe

¹³¹ CC, 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales, n° 2004-503 DC, *JORF* du 17 août 2004, p. 14648, *Rec.* p. 144. Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle sur l'existence de caractéristiques et contraintes particulières justifiant des adaptations et, en leur absence, déclare inconstitutionnelles les dispositions prises. Le juge administratif se livre à un contrôle identique pour les dispositions de nature réglementaire.

¹³² Avant la révision de 2003 le Conseil avait fait prévaloir une interprétation restrictive de l'adaptation (CC, 2 décembre 1982, loi portant adaptation de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion). Le Conseil constitutionnel vérifie que l'ampleur des mesures d'adaptation n'excède pas ce qu'autorise l'article 73 de la Constitution. Il estime que les mesures d'adaptation, lorsqu'elles sont justifiées, « *ne sauraient avoir pour effet de conférer aux départements d'outremer une organisation particulière, prévue par l'article 74 de la Constitution pour les seuls territoires d'outremer* » et, avec des nuances et des précisions complémentaires (CC, 25 juillet 1984, loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion, n° 84-174 DC, *JORF* du 28 juillet 1984, p. 2493, *Rec.* p. 48). Il apprécie dès lors si les mesures proposées n'excédaient pas les mesures d'adaptation tenant aux caractéristiques et contraintes de ces collectivités.

¹³³ CE, 29 avril 1957, Charneau, *Rec. Lebon*, p. 272 ; CE, 9 février 1983, Esdras et autres, n° 47899, *Rec. Lebon* p. 48.

¹³⁴ CE, 4 octobre 1967, époux Butel, n° 63647, *Rec.* p. 350, *RDA*, 1967, n° 377.

¹³⁵ CE, 10 novembre 2004, Association Droit de cité, n° 253670, *Rec. Lebon*.

¹³⁶ ONU, *Recueil des clauses finales des traités Multilatéraux*, United Nations Publications, 21 sept. 2007, p. 70.

les États concernés à appliquer le traité sur la totalité de leur territoire¹³⁷. Par exception, lorsqu'un État exprime son consentement à être lié par un traité, il peut déclarer que le traité ne s'applique pas à un territoire donné¹³⁸, c'est le cas de la réserve territoriale appliquée aux collectivités territoriales situées outremer.

Certains traités interdisent implicitement la formulation de réserves. C'est le cas de la plupart des traités relatifs aux droits de l'homme¹³⁹.

D'autres traités posent une obligation de principe d'observer leurs dispositions dans les territoires non métropolitains, mais dans la mesure où cela est jugé possible et compte-tenu des circonstances qui rendraient difficile une application pure et simple. Il s'agit des conditions géographiques ou sociales, ou alors de la nécessité de respecter les compétences reconnues aux autorités propres de chaque territoire. La portée de la clause territoriale est ainsi ramenée dans des limites plus étroites. Cette tendance s'est manifestée en particulier au sujet des conventions de l'OIT¹⁴⁰.

Avant la période moderne de la décolonisation, les traités multilatéraux contenaient couramment des dispositions prévoyant leur extension territoriale¹⁴¹. Ainsi, l'article XII de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide énonce : « *Toute Partie Contractante pourra, à tout moment, par notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, étendre l'application de la présente Convention à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont elle dirige les relations extérieures* »¹⁴². De même, selon l'article 40 de la convention relative au statut des réfugiés : « *Tout État pourra, au moment de la signature, ratification ou adhésion, déclarer que cette Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international, ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Une telle déclaration produira ses effets au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État ; A tout moment ultérieur cette extension se fera par notification adressée au Secrétaire général des Nations Unies et produira ses effets à partir du quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date à laquelle le Secrétaire général des Nations Unies aura reçu la notification ou à la date d'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État si cette dernière date est postérieure. En ce qui concerne les territoires auxquels cette Convention ne s'appliquerait pas à la date de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, chaque État intéressé examinera la possibilité de prendre aussitôt que*

¹³⁷ Article 29 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, *op. cit.*

¹³⁸ LAMPUÉ (Pierre), L'application des traités dans les territoires et départements d'outremer, *AFDI*, volume 6, 1960. pp. 907-924.

¹³⁹ Voir le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, New York, 16 décembre 1966, et l'Accord portant création du fonds pour les peuples autochtones d'Amérique latine et des Caraïbes de 1992.

¹⁴⁰ En ce qui concerne les territoires non métropolitains, l'État s'engage à appliquer aux territoires non métropolitains les dispositions de la convention, à moins qu'elles ne soient rendues inapplicables par les conditions locales, ou sous réserves des modifications qui seraient nécessaires pour les adapter aux conditions locales. A la suite de la ratification, une déclaration doit être adressée au directeur du Bureau International du Travail, pour lui faire connaître dans quelle mesure l'État s'engage à ce que la convention soit appliquée.

¹⁴¹ ONU, *Recueil des clauses finales des traités Multilatéraux*, United Nations Publications, 21 sept. 2007, *op. cit.*, p. 70.

¹⁴² Article XII de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, adoptée en 1948.

possible toutes mesures nécessaires afin d'aboutir à l'application de la Convention relative au statut des réfugiés auxdits territoires sous réserve, le cas échéant, de l'assentiment des gouvernements de ces territoires qui serait requis pour des raisons constitutionnelles »¹⁴³.

En ce qui concerne l'exclusion territoriale, lorsqu'il semblait plus pratique d'exclure certains territoires du champ d'application d'un traité, des dispositions prévoyaient¹⁴⁴ l'exclusion facultative de la totalité ou d'une partie des territoires d'un État, en ces termes « *Les dispositions de la présente Convention s'étendent ou s'appliquent dans les mêmes conditions aux territoires non autonomes, sous tutelle, ou à tout territoire dont une Partie contractante assure les relations internationales, à moins que ladite Partie contractante, en ratifiant la présente Convention ou en y adhérant, ne déclare que la Convention ne s'appliquera pas à tel ou tel de ces territoires. Toute Partie contractante qui aura fait cette déclaration pourra ultérieurement, à tout moment, par notification adressée au Secrétaire général, étendre l'application de la Convention aux territoires ainsi exclus ou à l'un quelconque d'entre eux* »¹⁴⁵.

Dans certaines circonstances particulières, certains États peuvent ne pas vouloir appliquer un traité à la totalité de leur territoire. Une pratique s'est instituée qui veut que les États précisent alors les territoires d'outremer auxquels le traité s'appliquera. Lorsqu'ils deviennent parties au traité, ces États ajoutent, à l'instrument par lequel ils expriment leur consentement à être liés, une déclaration selon laquelle le traité dont il s'agit (ou certaines de ses dispositions) soit s'applique au seul territoire métropolitain, soit s'étend à certains territoires non métropolitains ou collectivités territoriales situées outremer notamment.

La réserve territoriale est une déclaration que fait un État pour exclure ou modifier les effets juridiques de certaines dispositions d'un traité. Une réserve ne peut être incompatible avec l'objet et le but du traité. C'est un élément de particularisme qu'un Etat veut introduire en limitant la portée des obligations découlant d'un traité.

Dans un sens général, une réserve est une « *déclaration unilatérale formulée par un Etat ou une organisation internationale, avant et/ou lors de l'expression de son consentement à être lié par un traité, tendant à modifier, au regard du texte conventionnel adopté, la portée des engagements du déclarant à son égard* »¹⁴⁶.

Les principales réserves de la France relatives aux collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution portent sur la CIDE¹⁴⁷, la CEDH¹⁴⁸ et la CSE.

¹⁴³ Article 40 de la Convention relative au statut des réfugiés, dite Convention de Genève, Genève, 28 juillet 1951.

¹⁴⁴ Par exemple, les traités antérieurs à 1960.

¹⁴⁵ Article 12 de la Convention sur le recouvrement des aliments à l'étranger, 20 juin 1956.

¹⁴⁶ SALMON (Jean), sous la direction de, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 988.

¹⁴⁷ La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), dite aussi « Convention de New York » a été adoptée par l'Organisation des Nations Unies le 20 novembre 1989. Elle est entrée en vigueur, en France, le 2 septembre 1990.

¹⁴⁸ Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Les conventions de l'OIT ne sont assorties d'aucune restrictions territoriales, ni dans les textes, ni lors des ratifications. Elles s'appliquent donc sur l'ensemble du territoire national et notamment dans les territoires régis par l'article 73 de la Constitution.

En ce qui concerne les traités internationaux, la réserve qui porte sur l'article 30¹⁴⁹ de la CIDE concerne le droit à « sa propre vie culturelle » (religion, langue) pour notamment les populations autochtones de la Guyane. En effet, l'article 30 de la convention relative aux droits des enfants stipule : « *Dans un Etat où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe.* ». La conception française postule que l'affirmation de l'identité est le résultat d'un choix personnel, non de critères applicables définissant *a priori* tel ou tel groupe. De cette conception procède le refus de considérer les différentes composantes du peuple français comme formant une ou plusieurs minorités. La France considère que l'application des droits de l'Homme à tous, dans l'égalité et la non-discrimination, apporte normalement à ceux-ci, quelle que soit leur situation, la protection la plus pleine et entière à laquelle ils peuvent prétendre. Il s'agit donc d'une conception particulièrement exigeante des droits de l'Homme. L'ensemble de ces principes n'implique cependant pas un cadre juridique tendant à nier la diversité culturelle de la France.

S'agissant des textes adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe, la CEDH s'applique outremer sous réserve de « nécessités locales ».

Dans la déclaration consignée dans l'instrument de ratification, la France déclare que la CEDH s'appliquera à l'ensemble du territoire de la République. En ce qui concerne les territoires d'outremer, elle tient compte des nécessités locales auxquelles l'article 56 de la CEDH¹⁵⁰ fait référence. De même en ratifiant le protocole n° 7 de la CEDH, la France a émis une réserve relative à l'égalité entre époux qui « *ne doit pas faire obstacle à l'application des dispositions de droit local dans la collectivité territoriale de Mayotte* ».

La jurisprudence s'oppose à une interprétation extensive de « nécessités locales » susceptibles d'invalider l'application de la CEDH. Deux décisions de la Cour de Strasbourg, dont la motivation repose sur un usage injustifié de ce terme dans l'outremer, portent sur l'applicabilité de l'article 3 qui

¹⁴⁹ « *Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe* ».

¹⁵⁰ « (...) *Dans lesdits territoires les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales* ».

interdit les peines et traitements inhumains et dégradants¹⁵¹ et de de l'article 14, et sur l'article 10 qui portent sur la liberté d'expression¹⁵². En théorie les nécessités locales peuvent justifier une ingérence dans l'exercice d'un droit conditionnel, c'est-à-dire d'un droit auquel la Convention admet des restrictions. La motivation n'en est pas moins surprenante puisque la juridiction européenne exclut l'effet justificatif des nécessités, semble-t-il, parce que la conjoncture politique qui en serait constitutive « pourrait aussi se rencontrer en métropole ». S'agissant spécifiquement de la liberté d'expression, la reconnaissance de l'existence des nécessités locales devrait, comme l'ont suggéré les juges dissidents, « aider à choisir dans quelle optique il faut examiner la question d'une éventuelle justification au regard du § 2 de l'article 10 ». L'interprétation restrictive de la notion de nécessité locale que confirme l'arrêt *Piermont* amène à conclure que les exigences tenant à l'application de l'article 10 ne sont, en pratique, pas fondamentalement différentes de ce qu'elles sont en France métropolitaine¹⁵³.

A la ratification de la Charte Sociale européenne, chacun des États devait déclarer l'application obligatoire des articles ou paragraphes de la Charte, sur certaines des terres ultramarines¹⁵⁴. La France s'étant abstenue, on peut donc considérer qu'elle ne reconnaît la validité de la Charte qu'en métropole. S'agissant de l'applicabilité des traités de la CEE¹⁵⁵, la CE puis de l'UE aux territoires classés parmi les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution à savoir la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, Mayotte et La Réunion, on constate une évolution substantielle. Le traité instituant la communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA)¹⁵⁶ dans son article 79 limite son champ d'application aux territoires européens des Etats membres et aux territoires européens dont ils assument les relations extérieures ce qui exclut les départements d'outremer.

Le traité instituant la communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA ou Euratom)¹⁵⁷ s'applique en vertu de son article 198 aux territoires européens des Etats membres mais aussi aux territoires non-européens soumis à leur juridiction, ce qui inclut les départements d'outremer.

En ce qui concerne, le traité instituant la communauté économique européenne, il conserve aux départements d'outremer un statut qualifié de mixte ou encore d'hybride¹⁵⁸. En vertu de l'article 227 § 2

¹⁵¹ CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, Série A. 26, § 31.

¹⁵² CEDH, 27 avril 1995, *Piermont c/ France*, req. n° 15773/89 et 15774/89.

¹⁵³ Universités de Rouen, Université de Paris-Sud, La France et la Cour européenne des droits de l'homme : la jurisprudence de 1994 à 1996 (présentation, commentaires et débats), *Les Cahiers du CREDHO*, n° 3, 1997, Actes du Troisième Séminaire, Rouen, 11 novembre 1996, p. 47.

¹⁵⁴ Partie VI, article L de la Charte Sociale Européenne, *op. cit.*

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 67 et suivantes.

¹⁵⁶ VESTRIS (Isabelle), *Le statut de l'Union européenne des régions ultrapériphériques, contribution à la construction d'un modèle attractif et perfectible d'intégration différenciée*, Thèse de doctorat, Université des Antilles et de la Guyane, Bruylant, 2012, p. 60.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 65.

¹⁵⁸ GAUTRON (Jean-claude), La situation des DOM et des TOM au regard de la CEE, *Annuaire du tiers monde*, 1977, pp. 140-141.

du traité CEE¹⁵⁹, les DOM sont inclus dans la communauté européenne selon des modalités particulières. Par ailleurs, vu les similitudes existantes entre les réalités socio-économiques des PTOM avec celles des départements français d'outremer, ces derniers se sont vus appliquer certaines dispositions de la convention d'application destinée à préciser les modalités de l'association des PTOM à la CEE. L'article 16 de la convention prévoyait l'application aux DOM et à l'Algérie des articles 1 à 8 relatifs notamment aux fonds européens de développement.

En 1957, une partie des ressources du FEDOM¹⁶⁰ est utilisée pour stabiliser la rémunération des producteurs¹⁶¹. Cette initiative prend fin en 1975, avec le Fonds européen de développement régional (FEDER) de l'Union européenne dont la mission consiste à réduire les écarts de développement et à renforcer la cohésion économique et sociale entre pays et régions de l'Union européenne. D'autres programmes de l'Union européenne spécifiques mis en place, reposait davantage sur une jurisprudence ponctuelle, conjoncturelle, que sur la loi fondamentale. Tout, sans cesse, pouvait être remis en question. En outre, « *Les belles certitudes établissant que l'article 227 constituait le fondement obligé d'une réponse au problème des DOM sont remises en causes. La situation des DOM se trouva ainsi banalisée par le recours à un texte de droit commun (article 235) qui écarta l'application d'une disposition spécifique (article 227)* »¹⁶².

Au cours des débats à l'Assemblée Nationale en 1957 relatifs aux dispositions concernant les DOM, le député de Martinique Aimé CESAIRE a ainsi développé trois raisons majeures expliquant son désaccord : la disparition inscrite à terme dans le traité de l'octroi de mer qui alimente de façon substantielle le budget des communes et protège les productions locales ; l'absence de garantie pour la production bananière des Antilles, « *l'Allemagne ayant alors demandé le respect des accords commerciaux qu'elle avait passés avec certains pays d'Amérique centrale dont les conditions de production peuvent être qualifiées de déloyales en comparaison de celles des DOM* »¹⁶³; les incertitudes quant au maintien d'une fiscalité dérogatoire sur la production de rhum.

La question de l'application du droit primaire à ces collectivités territoriales peut être qualifiée de différenciée.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 67 et suivantes

¹⁶⁰ Fonds Européen d'investissements pour les pays d'outremer.

¹⁶¹ GARAND (Albert), L'outremer français et la Communauté économique européenne, dans, *Politique étrangère*, n° 1, 1960, 25^{ème} année, pp. 33-51.

¹⁶² VITALIEN (Christian), Le statut de l'Union européenne des DOM : Approximation et interrogations, dans, JOS (Emmanuel), PERROT (Danielle), sous la direction de, *L'outremer et l'Europe communautaire : quelle insertion pour quel développement*, CRPLC, Economica, Paris, octobre 1991, pp. 371-374.

¹⁶³ DARSIÈRES (Camille), *Les régions ultrapériphériques et les propositions de règlement du Conseil*, Rapport d'information, n° 3034, Assemblée Nationale, 3 mai 2001, *op. cit.*, p. 17.

En effet, dès l'entrée en vigueur du Traité CEE, la distinction faite par l'article 227 § 2¹⁶⁴ entre les domaines d'application immédiate et ceux d'application différée avait été justifiée par la volonté de laisser aux départements d'outremer, dans un premier temps, un délai de transition préalable à leur insertion complète dans la Communauté. Non seulement cette distinction allait perdurer, le Conseil n'ayant pas statué dans le délai de deux ans prévu par le Traité de Rome, mais elle allait donner lieu à une jurisprudence controversée sur l'application du droit de l'Union européenne dans les départements d'outremer¹⁶⁵.

Madame Isabelle VESTRIS soutient dans sa thèse¹⁶⁶ que « *l'applicabilité du traité CEE aux possessions ultramarines de quatre des six Etats fondateurs* »¹⁶⁷ est présentée comme « *la seule à soulever des difficultés* »¹⁶⁸. Les institutions européennes étaient peu enclines à déterminer les conditions d'application dans le délai de 2 ans prévu¹⁶⁹. Peu de décisions ont en effet été adoptées sur cette base.

L'arrêt Hansen du 10 octobre 1978 reconnut dans un premier temps un principe de pleine applicabilité du droit de l'Union européenne aux départements d'outremer, avec, comme corollaire indispensable, un principe général d'adaptation¹⁷⁰. Cette reconnaissance générale du principe d'application a néanmoins été fluctuante. S'il résulte de l'arrêt Hansen l'assimilation des DOM au territoire communautaire sous réserve d'adaptation spécifique, ce principe d'adaptation confirmé en 1987 par l'arrêt *Coopérative agricole d'approvisionnement des avirons*¹⁷¹, connut une interprétation restrictive avec les arrêts *Legros*¹⁷² en 1992, et *Lancry* en 1994¹⁷³, dans la mesure où la CJCE avait fait une distinction entre les domaines de l'Union européenne applicables immédiatement aux DOM et ceux bénéficiant d'un délai de deux ans préalable à leur application¹⁷⁴.

¹⁶⁴ L'article 227 § 2 premier alinéa a été applicable dans les DOM dès l'entrée en vigueur du traité CEE.

¹⁶⁵ CJCE 10 octobre 1978, Hansen, Aff. 148/77, *Rec.* p. 1781, *op. cit.* La Cour a considéré qu'après l'expiration du délai de deux ans prévu, « *les dispositions du traité et du droit dérivé doivent s'appliquer de plein droit aux DOM, en tant qu'ils font partie intégrante de la République française, étant cependant entendu qu'il reste toujours possible de prévoir ultérieurement des mesures spécifiques en vue de répondre aux besoins de ces territoires* ». La décision est intéressante à plusieurs égards. Elle démontre, tout d'abord, le parallélisme qui marque l'analyse de la situation des DOM en droit interne et en droit de l'Union européenne. Ce parallélisme puise pour l'essentiel sa substance dans le premier alinéa de l'article 72 de la Constitution de 1958. Il a pour pendant le premier paragraphe de l'article 227 qui définit le champ d'application territoriale du traité qui inclut la République française et, par conséquent, les DOM.

¹⁶⁶ *op. cit.*

¹⁶⁷ COUSSIRAT-COUSTERE (Vincent), L'Article 227, dans CONSTANTINESCO (Vlad), sous la direction de, *Traité instituant la CEE : Commentaire article par article*, Economica, 1992, p. 1419.

¹⁶⁸ EURATOM, *L'association des PTOM au marché commun*, Conférence intergouvernementale, 20 février 1957.

¹⁶⁹ Article 227, § 2 alinéa 2 du Traité CEE, Rome, 1957.

¹⁷⁰ QUENTIN (Didier), *L'octroi de mer*, Rapport, n° 1612, Assemblée Nationale, 27 mai 2004, p. 13.

¹⁷¹ CJCE, 26 mars 1987, *Coopérative agricole d'approvisionnement des avirons c/ Receveur des douanes de Saint-Denis et Directeur régional des douanes de la Réunion*, Aff. 58/86, *Rec.* 1987 p. 01525 ; voir VESTRIS (Isabelle), *op. cit.*, pp. 92-96.

¹⁷² CJCE, 16 juillet 1992, *Administration des douanes et droits indirects c/ Léopold LEGROS et autres*, Aff. C-163/90, *Rec.* p. I-4625.

¹⁷³ CJCE, 9 août 1994, *René LANCERY SA e.a. c/ Direction générale des douanes e.a.*, Aff. C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 et C-411/93, *Rec.* p. I-3957.

¹⁷⁴ QUENTIN (Didier), *L'octroi de mer*, Rapport sur le projet de loi n° 1518, n° 1612, Assemblée Nationale, 27 mai 2004, p. 13, *ibidem*.

Il fallut attendre, en 1997, le Traité d'Amsterdam pour que soit réellement reconnue la place des régions ultrapériphériques ; l'introduction d'un nouvel article 299 § 2 à la place de l'article 227 § 2 consacre ainsi un véritable statut spécifique pour ces régions¹⁷⁵.

La seule limite à ce principe d'adaptation figure au dernier alinéa 299-2 du Traité d'Amsterdam : les mesures particulières ne doivent pas nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique communautaire¹⁷⁶. Cette restriction constitue, un sérieux motif d'inquiétude pour l'avenir des politiques spécifiques aux régions ultrapériphériques¹⁷⁷.

Actuellement, en vertu de l'article 355 du TFUE (ex-article 299, § 2, premier alinéa et § 3 à 6, du TCE), les deux traités (TFUE et TCE) sont applicables à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique, à La Réunion et désormais à Mayotte. Ce principe avait, avant qu'il ne soit inscrit explicitement dans le traité, été affirmé par la CJCE¹⁷⁸. Afin de tenir compte « *des caractéristiques et contraintes particulières des régions ultrapériphériques* », le Conseil peut par ailleurs arrêter des mesures spécifiques pour ces territoires¹⁷⁹.

Il est intéressant de remarquer que les motifs invoqués il y a plus de 50 ans pour justifier des dispositions spécifiques relatives aux DOM, constituent toujours des sujets de préoccupation¹⁸⁰. La spécificité des DOM résulte en grande partie d'une histoire marquée par les discriminations notamment liées au travail.

¹⁷⁵ La notion d'ultrapériphérie, fondée sur les handicaps structurels permanents, l'éloignement et les spécificités géographiques, est d'abord énumérée de façon limitative : seuls sont cités à l'article 299 § 2 les quatre départements d'outremer, Madère, les Açores et les îles Canaries. La distinction entre domaines de l'UE, directement applicables, et domaines d'application différée disparaît ; la possibilité d'adopter des mesures spécifiques pour ces régions est ainsi reconnue de manière générale.

¹⁷⁶ PERROT (Danielle), Le nouvel article 299 § 2 du traité instituant la Communauté européenne : Vers un approfondissement de la différenciation juridique en faveur des régions ultrapériphériques ?, *Revue du CRPLC*, 2000, pp. 111-152.

¹⁷⁷ DARSIERES (Camille), *Les régions ultrapériphériques et les propositions de règlement du Conseil*, Rapport d'information, n° 3034, Assemblée Nationale, 3 mai 2001, p. 6.

¹⁷⁸ CJCE, 10 octobre 1978, Hansen, aff. 148/77, *Rec.* p. 1781.

¹⁷⁹ Article 349 du TFUE (ex-article 299, § 2, deuxième à quatrième alinéa, du TCE).

¹⁸⁰ MARIN (Philippe), *Réflexions sur les limites du droit de la coopération régionale DOM/ACP à la lumière de l'exemple des régions-départements des Antilles*, dans, JOS (Emmanuel), PERROT (Danielle), sous la direction de, *L'outremer et l'Europe communautaire : quelle insertion pour quel développement*, éd. Economica, Coll. Collectivités Territoriales, *op. cit.*, pp. 477-492, p. 481. Les DOM pâtissent du principe de non-réciprocité à l'égard de leurs voisins ACP. Ainsi, dans la zone Caraïbe, ils doivent recevoir les marchandises en provenance des pays Caraïbe sans droits de douane. Par contre, les pays Caraïbe peuvent frapper de droit de douane les productions des DOM de la Caraïbe, parce qu'elles sont considérées comme « européennes ». Plus grave encore, les pays Caraïbe peuvent interdire d'entrée sur leur territoire toute marchandise de la Caraïbe européenne qu'ils estimeraient constituer un handicap à leur développement. Le droit d'inscrire un produit sur une « negative list » est un héritage juridique qui avantage les anciennes colonies de la Couronne britannique.

7 – Une histoire lourdement marquée par les discriminations notamment liées au travail

L'esclavage a été aboli en France en 1794¹⁸¹, son rétablissement par Napoléon en 1802¹⁸² et son abolition définitive en 1848.

La première abolition fut décrétée par la Convention le 4 février 1794. Aucune indemnisation ne fut accordée aux colons. Elle fut le résultat conjugué de l'action des abolitionnistes tels que l'Abbé Grégoire et des révoltes d'esclaves, notamment à Saint-Domingue en 1791. (Vous pourrez réutiliser vos notes de bas de page n° 178 et 179 de la version papier que j'ai). Le rétablissement de l'esclavage par la loi du 20 mai 1802 a eu pour conséquence non seulement de remettre en place un système de discrimination liée au travail mais aussi de discrimination raciale. En effet l'arrêté RICHPANCE du 17 juillet 1802 disposait, entre autres, dans son article 1^{er} que, s'agissant de la Guadeloupe, « *Jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné, le titre de citoyen français ne sera porté, dans l'étendu de cette colonie et dépendances, que par les blancs. Aucun autre individu ne pourra prendre ce titre ni exercer les fonctions ou emplois qui y sont attachés* »¹⁸³.

Quand la révolution de Février 1848¹⁸⁴ porta au pouvoir des abolitionnistes aussi résolus que CREMIEUX¹⁸⁵, LAMARTINE¹⁸⁶ et LEDRU-ROLLIN¹⁸⁷, il apparut clairement que les républicains mettraient bientôt à exécution leur programme d'émancipation. L'un des premiers actes du Gouvernement provisoire de 1848 fut d'établir une commission dont la tâche serait de préparer l'acte d'émancipation des esclaves dans les colonies, présidée par Victor SCHOELCHER, l'abolitionniste français le plus éminent, récemment nommé sous-secrétaire d'État à la Marine¹⁸⁸. En moins de deux mois cette commission menait son œuvre à bien et présentait au Gouvernement le décret qui fut promulgué le 27 avril¹⁸⁹. Mais en fait, le décret d'Abolition du 27 avril a été appliqué aux Antilles grâce au soulèvement de la population noire : à Fort-de-France et Saint-Pierre en Martinique le 22 mai, et en Guadeloupe le 27,

¹⁸¹ L'Abbé Grégoire fait voter l'abolition complète de l'esclavage colonial en 1794, dans, BENOT (Yves), DORIGNY (Marcel), *Grégoire et la cause des Noirs*, APECE, Société Française d'Histoire d'outremer, Paris, 2000.

¹⁸² Une révolte d'esclaves à Saint Domingue en 1791 donna l'indépendance à Saint Domingue le 1^{er} janvier 1804, sous le nom d'Haïti.

¹⁸³ CASTALDO (André), *Codes noirs, de l'esclavage aux abolitions*, introduction de Christiane TAUBIRA, Dalloz-Sirey, mai 2006, p. 74.

¹⁸⁴ Nom donné au mouvement révolutionnaire de février 1848, qui substitua la II^{ème} République à la Monarchie de Juillet et prit fin le 26 juin 1848 avec l'écrasement des forces révolutionnaires.

¹⁸⁵ Isaac Adolphe CRÉMIEUX est l'un des leaders républicains de l'époque et un farouche opposant à Napoléon III. Son décret du 24 octobre 1870 déclare citoyens français les Israélites indigènes d'Algérie.

¹⁸⁶ De par ses nombreuses prises de position depuis son entrée à la Chambre des députés, le 23 décembre 1833, Alphonse DE LAMARTINE contribua, avec Victor SCHËLCHER notamment, pour une grande part, à l'élaboration et au décret du 27 avril 1848, relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies et les possessions françaises.

¹⁸⁷ La SFAE (Société Française pour l'Abolition de l'Esclavage) a été fondée à Paris en 1834. Ses fondateurs et ses membres les plus actifs étaient des libéraux illustres comme Alphonse DE LAMARTINE, ou des républicains prononcés comme Alexandre LEDRU-ROLLIN.

¹⁸⁸ Le Moteur universel, 5 mars 1848 ; Le National, 6 mars 1848. Les autres membres de la commission étaient : MESTRO, directeur des Colonies ; PERRINON, chef de bataillon d'artillerie de marine ; GATINE, avocat aux conseils ; GAUMONT, ouvrier horloger ; WALLON et PERCIN, secrétaires.

¹⁸⁹ JENNINGS (Lawrence), L'abolition de l'esclavage par la II^{ème} République et ses effets en Louisiane (1848-1858), *Revue française d'histoire d'outremer*, tome 56, n° 205, 4^{ème} trimestre 1969, pp. 375-397.

deux mois avant la date prévue par le décret d'abolition¹⁹⁰. Cette abolition définitive ne s'est pas faite sans compensation financières pour les maîtres¹⁹¹.

Les esclaves régis par le code noir¹⁹² étaient considérés comme des biens meubles. En 1848, La Commission d'abolition de l'esclavage décrète dès les premières séances que tous les affranchis « *deviennent citoyens français* »¹⁹³. La transition de la société esclavagiste à la société post esclavagiste a été abordée dans les années soixante-dix par Jacques ADELAIDE-MERLANDE¹⁹⁴, Josette FALLOPE¹⁹⁵, et Nelly SCHMIDT¹⁹⁶ notamment. Ces études ont révélé les contradictions de la politique d'émancipation dans les colonies. Certains travaux de chercheurs (historiens, géographes et sociologues) ont attiré l'attention sur l'importance des transformations sociales autour de l'appropriation de la terre dont beaucoup ont été amorcées avant l'abolition juridique du système esclavagiste¹⁹⁷. L'historien Jean-Pierre SAINTON évoque certains écrits sur la société post esclavagiste : « *dans leurs études sur les fondements de la citoyenneté aux Antilles françaises, Edouard GLISSANT, Fred CONSTANT, Fred RENO, et Mickaëlla PERINA notamment, ont mis en lumière le cœur du problème : toute une communauté servile pouvait-elle passer, par le simple jeu d'un décret de l'état de complète « mort sociale » qui caractérise l'état d'esclave à la pleine existence sociale et à légalité politique ?* »¹⁹⁸ Des revendications visant à une égalisation des conditions s'expriment encore aujourd'hui.

Pendant la période post esclavagiste, les ouvriers continuaient à travailler sur les plantations comme travailleurs agricoles. Les colons s'inquiétaient alors pour leurs revendications salariales. Ils imposaient en effet, le prix de leur travail. Ils réclament notamment la suppression du SMAG (salaire minimum garanti dans l'agriculture), plus bas que le SMIG¹⁹⁹ métropolitain.

¹⁹⁰ ARZALIER (Francis) *Les chemins d'une liberté, esclavage et abolitions*, études, CRDP, Académie de Versailles, p. 47.

¹⁹¹ BLÉRIOT (Laurent), La loi d'indemnisation des colons du 30 avril 1849 : aspects juridiques, *Revue des Mascareignes*, n° 2, 2000, pp. 147-161. En France, la loi n° 285 du 30 avril 1849 d'indemnisation des colons, promulguée le 1^{er} mai suivant, et le décret « *pour la répartition de l'indemnité coloniale* » du 24 novembre 1849 indemnise les planteurs et les colons pour dédommagement de la libération de leurs quelque 250 000 esclaves (principalement à La Réunion, Martinique et Guadeloupe).

¹⁹² Texte applicable aux îles de l'Amérique française, puis étendu à la Guyane (1704). Des édits similaires (mais plus ségrégatifs) seront pris pour les Mascareignes (1723) et la Louisiane (1724). Pour une analyse juridique d'ensemble de ce texte, Voir HAROUEL (Jean-Louis), Code Noir, dans, ALLAND (Denis), sous la direction de, *Le Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige dicos poche, 1^{ère} édition, 03 octobre 2003.

¹⁹³ GIROLLET (Anne), La politique coloniale de la II^{ème} République : Un assimilationniste modéré, *Revue française d'histoire d'outremer*, tome 85, n° 320, 3^{ème} trimestre 1998, pp. 71-83.

¹⁹⁴ ADELAIDE-MERLANDE (Jacques), Le bon travailleur ; essai sur l'idéologie du travail aux Antilles françaises (1845-1861), Guadeloupe, dans, Associations des Historiens de la Caraïbe, *La question de l'organisation du travail en Guadeloupe et à la Martinique à la veille et au lendemain de l'abolition de l'esclavage*, Colloques, Jamaïque, 1975.

¹⁹⁵ FALLOPE (Josette), PÉROTIN-DUMON (Anne), Esclaves et citoyens : les Noirs à la Guadeloupe, au XIX^{ème} siècle dans les processus de résistance et d'intégration (1802-1910), *Revue française d'histoire d'outremer*, tome 81, n° 303, 2^{ème} trimestre 1994, Basse-Terre, 1992, pp. 254-255.

¹⁹⁶ SCHMIDT (Nelly), *Victor Schœlcher et l'abolition de l'esclavage*, étude, Fayard, 1994, Paris, 440 p.

¹⁹⁷ GEODE CARAÏBE, La question de la terre dans les colonies et départements français d'Amérique (1848-1988), Comptes rendus, Annales d'histoire, *Sciences Sociales*, 57^{ème} année, avril 2002, p. 1069-1144.

¹⁹⁸ SAINTON (Jean-Pierre), De l'état d'esclave à l'état de citoyen : Modalités du passage de l'esclavage à la citoyenneté aux Antilles françaises sous la Seconde République (1848-1850), dans, *outremer*, tome 90, n°338-339, 1^{er} semestre 2003, *L'Etat et les pratiques administratives en situation coloniale*, pp. 47-82.

¹⁹⁹ WILLIAM (Jean-Claude), RENO (Fred), ALVAREZ (Fabienne), *Mobilisations sociales aux Antilles, Les évènements de 2009 dans tous leurs sens*, éd. Karthala, 2012, p. 142.

La volonté de Napoléon III de maintenir la société telle qu'elle était avant 1848 avait eu comme conséquence pour les nouveaux affranchis, de lutter avec plus d'acharnement pour leur assimilation. Les colons faisaient alors pression sur l'Empire pour que les nouveaux affranchis soient remplacés par des travailleurs étrangers, afin que leurs profits soient sauvegardés.

La France accède à cette demande 5 ans seulement après l'abolition de l'esclavage, c'est-à-dire en 1853, avec l'arrivée massive de « koolis »²⁰⁰ qui vont prendre la place des anciens esclaves²⁰¹. Ils seront soumis à l'exploitation sans vergogne des planteurs colons²⁰².

Cette volonté nationale de maintenir la situation se traduit par les décrets de 1852 : celui du 13 février²⁰³ et celui du 4 septembre²⁰⁴. Ces derniers ont été transposés en 1855 par le Gouverneur Henri de GUEYDON qui impose que les personnes de plus de 16 ans soient munies, pour tout déplacement, d'un passeport délivré par le maître. En l'absence de ce passeport, le travailleur est puni d'une amende allant jusqu'à 100 jours de travail. De fait, le travailleur qui ne parvient pas à obtenir ce passeport reste enchaîné à son employeur. « *N'ayant plus de chaînes, les noirs n'étaient même plus libres de circuler. Ils étaient tenus économiquement, et de manière humiliante* »²⁰⁵.

L'univers colonial avait en effet opéré une radicalisation aux extrêmes de la division sociale du travail, sous l'effet de sa « racialisation » : « *Les blancs ne pourraient travailler, sans danger, dans nos colonies à la culture de la terre, à cause du climat, mais surtout parce que ce serait abaisser leur espèce et la mettre au niveau de l'espèce noire, ce qui n'est pas admissible* »²⁰⁶.

Les colons blancs exercent et assument leur domination : « *Il n'y a pas de véritables français ici que nous, les blancs, entendez le bien, vaniteux africains, car nous le sommes de naissance ; quant à vous, vous ne l'êtes que par décret. Nous tenons à vous dire, avec tous ceux qui vous connaissent, que vous êtes nés pour l'esclavage et que vos instincts sont ceux de l'esclave* »²⁰⁷.

L'instauration du suffrage universel ouvre la voie de la représentation à des hommes de couleurs. Cela va renforcer leur détermination en politique. En effet, si ces derniers ne sont guère favorables à une révolution, ils veulent parvenir à modifier la condition des Noirs sur l'île de la Martinique : « *Le premier besoin d'une société longtemps méprisée, est de se relever aux yeux de ceux-là même qui l'avaient*

²⁰⁰ Non donné aux travailleurs Indiens.

²⁰¹ SINGARAVELOU (Pierre), L'apport culturel indien : le cas de la Guadeloupe, dans, *Historial Antillais*, vol. 1, pp. 290-303.

²⁰² CALMONT (André), DANIEL (Justin), DESTOUCHES (Didier), DUBOST (Isabelle), GIRAUD (Michel), MILIA MARIE-LUCE (Monique), *Histoire et mémoire des immigrations en régions Martinique - Guadeloupe*, Rapport final, Université des Antilles et de la Guyane, mai 2008, p. 32.

²⁰³ Décrets sur l'immigration des travailleurs dans les colonies, les obligations respectives des travailleurs et des propriétaires, la police rurale et la répression du vagabondage, 13 février 1852, *Recueil des décrets, arrêtés, circulaires concernant l'immigration aux colonies de travailleurs étrangers*, Basse-Terre, Imprimerie du Gouverneur, 1872, p. 5.

²⁰⁴ Les décrets de 1852 préservent la domination des maîtres sur les affranchis alors qu'elle ne devrait plus avoir lieu.

²⁰⁵ DARSIERES (Camille), *Des origines de la nation martiniquaises*, ed. Désormeaux, 1974, p. 55.

²⁰⁶ OUDIN-BASTIDE (Caroline) *Travail, capitalisme et société esclavagiste. Guadeloupe, Martinique (XVIIe - XIXe siècles)*, Paris, La Découverte, 2005, p. 112.

²⁰⁷ *La défense coloniale*, 2 mars 1882, Archives, Bibliothèque Schœlcher.

injustement méconnue. Ce besoin, nous l'éprouvons tous. Nous savons que l'estime s'impose, et nous avons la prétention d'arracher l'estime de nos anciens détracteurs »²⁰⁸.

L'instruction en est le premier moyen. Certes, dès 1840, le ministre du culte ouvre l'instruction aux enfants esclaves, mais ces derniers étaient trop occupés dans les plantations. L'administration n'y est pas favorable : « *Les esclaves ont aujourd'hui le droit d'aller à l'école, mais il n'est pas encore temps qu'ils en usent* »²⁰⁹

En Martinique, les révolutionnaires ouvrent droit à un enseignement élémentaire, gratuit et laïc pour les filles et les garçons en 1848. En 1871, Ils poursuivirent leur combat pour l'assimilation avec le service militaire, qui aboutit sous la 3^{ème} République (1870-1940). Les représentants de couleur du nouveau Conseil Général, décident de voter des subventions pour la construction du premier lycée laïc à Saint-Pierre²¹⁰. Après quelques obstacles liés au clergé ainsi qu'au gouverneur, le projet voit le jour en 1880. Peu à peu, la laïcité sera étendue à toute la Martinique, avec des maîtres d'école laïque²¹¹. Les hommes politiques de couleur du Conseil général considéraient que « *l'assimilation est le meilleur moyen d'assurer la paix et la concorde entre les anciennes classes divisées de la société coloniale* ». Dès 1890, les sénateurs de la Guadeloupe, ISAAC, et de la Martinique, ALLEGRE, avaient déposé sur le bureau de leur Chambre une proposition de loi allant dans le sens de l'assimilation. Le succès de ces hommes politiques de couleur les pousse vers d'autres projets : entre autres, le droit pour les colonies d'être soumises à la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée. Là encore, ils se heurtent à plusieurs obstacles, ce qui les amène à s'expliquer : « *Nous demandons avec une légitime fierté à être traités en soldat pendant la guerre et en citoyens pendant la paix* »²¹², c'est-à-dire une égalité de traitement, quelle que soit la race. Quand, quelques années plus tard, une loi nationale prévoyait l'extension du service militaire à la Martinique, le gouverneur s'y opposait encore car pour qu'une loi soit applicable, il faut qu'elle soit promulguée par le gouverneur, seul maître sur les îles pour ce qui est de l'application de la législation²¹³. Le gouverneur est sous l'influence des colons. Finalement, un arrêté pris par le gouverneur GOUJON²¹⁴, à la veille de la première guerre mondiale, énonce : « *Les Antillais de toute couleur se*

²⁰⁸ DEPROGE (Ernest), *Discours du Lamentin*, septembre 1881, p. 14.

²⁰⁹ GAMESS (Thibault), *La loi de départementalisation du 19 mars 1946, un tournant dans l'exécutif de la Martinique*, Mémoire, Sciences juridiques politiques et sociales, Faculté des sciences juridiques de Lille, Lille, septembre 2012, p. 34.

²¹⁰ Capitale de la Martinique jusqu'en 1902, après l'éruption de la Montagne Pelée. Aux lendemains de la destruction de Saint-Pierre par la montagne Pelée, La ville reste en cendres pendant plusieurs années et Fort-de-France lui ravit alors logiquement le titre de capitale économique et culturelle de l'île.

²¹¹ GAMESS (Thibault), *La loi de départementalisation du 19 mars 1946, un tournant dans l'exécutif de la Martinique*, op. cit., p. 35.

²¹² GAMESS (Thibault), *La loi de départementalisation du 19 mars 1946, un tournant dans l'exécutif de la Martinique*, Mémoire, Sciences juridiques politiques et sociales, *ibidem*, p. 76.

²¹³ GIRAULT (Arthur), *Traité de législation coloniale*, tome 2, Sirey, Paris, 1929, 807 p.

²¹⁴ L'arrêté de promulgation est pris en 1914 par le gouverneur GOUJON. Pour la première fois des antillais sont partis lors de la première guerre mondiale 1914-1918. Mais malgré la guerre et un recrutement amplifié à partir de 1915, malgré le paiement de « l'impôt du sang », les signes d'une reconnaissance ne sont pas au rendez-vous, renforçant la soif d'assimilation qui semble être le seul horizon.

*montrèrent dignes d'eux par leur discipline, leur dévouement et leur courage, ils méritèrent encore une fois le titre de Français »*²¹⁵. Les Antillais avaient mérité d'être français mais au péril de leur vie.

Une autre proposition de loi fut déposée en 1915 par les députés de la Guadeloupe, BOISNEUF, et de la Martinique, LAGROSILLIERE. Ensuite, ce sont les parlementaires antillais qui reprendront à leur compte cette lutte pour l'assimilation sans succès car la première guerre mondiale les rendra « inaudibles ». En 1925, à nouveau une proposition de loi fut déposée par le sénateur LEMERY²¹⁶ mais leur projet n'aura aucune suite.

Avec la libération en 1944, et le vote de la loi de départementalisation en 1946, c'est la méthode volontariste qui est censée devoir s'appliquée. « *Transformer une colonie en département équivaut en effet à l'assimiler au régime métropolitain, et donc à supprimer tous les particularismes juridiques hérités de la période coloniale »*²¹⁷.

Avec l'émergence des forces politiques de gauche dans le monde et bien entendu en France, le Parti Communiste martiniquais soutenu par le parti communiste français se révèle être une véritable force politique en Martinique : aux élections municipales de 1945, trois villes importantes sont remportées par le PCF. Il s'agit de Fort-de-France²¹⁸, Lamentin²¹⁹ et Sainte-Marie²²⁰. Deux députés, Aimé CESAIRE et Léopold BISSOL, remportent les législatives. Aussi, les élus Guadeloupéens, Guyanais et Martiniquais, forts d'un soutien national commencent à croire que l'égalité est possible.

Les députés des quatre vieilles colonies, Léopold BISSOL, Aimé CESAIRE²²¹ pour la Martinique, Gaston MONNERVILLE pour la Guyane, Raymond VERGES et Léon DE LEPERVANCHE pour la Réunion, proposent la loi du 19 mars 1946 devant l'Assemblée Constituante²²².

La loi du 19 mars 1946 prévoyait l'extension des lois sociales par décrets d'application dès le 1^{er} janvier 1947.

Dans son discours devant l'Assemblée Nationale Constituante²²³, Aimé CESAIRE précisait : « ...*Nous qui pouvons juger ces expériences avec le recul de l'histoire, nous pouvons affirmer, sans risquer de nous tromper, que la tendance de tous les régimes autoritaires qu'a connus la France a été de rejeter la*

²¹⁵ THÉOBALD (Gérard), *La Liberté est ou n'est pas*, 1^{ère} édition, éd. Publibook, 2014, p.64.

²¹⁶ ZILLER (Jacques), *Les DOM-TOM*, LGDJ, Paris, 1991, p. 40.

²¹⁷ MICLO (François), *Le régime législatif des DOM et l'unité de la République*, Paris, Economica, 1982, p. 3.

²¹⁸ Aimé CESAIRE.

²¹⁹ Fernand GUILON.

²²⁰ Le Conseil d'Etat annule les élections de 1945 à Sainte-Marie (Martinique) par décision du 20 avril 1947. Aux élections du 17 août 1947, Emmanuel VÉRY-HERMENCE est réélu, dans, ACCOYER (Bernard), *Hommage à Aimé Césaire : 1913-2008*, Assemblée Nationale, Discours, p. 36.

²²¹ JOS (Emmanuel), La loi du 19 mars 1946 : une lecture rétrospective, dans MARION (Gérard Gabriel), sous la direction de, *Mélanges en hommage à Bernard VONGLIS*, L'Harmattan, 2000, p. 177.

²²² JOS (Emmanuel), *Contribution à l'histoire juridico-politique de l'outremer français : Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte, La Réunion*, L'Harmattan, 2012, p 44.

²²³ CESAIRE (Aimé), *Classement de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane française comme départements français*, Discours, Assemblée Nationale Constituante, 1^{er} séance, 12 mars 1946, *JORF* du 13 mars 1946, pp. 659-662.

Martinique et la Guadeloupe hors de la communauté nationale et qu'au contraire la tendance de tous les régimes libéraux qui ont gouverné la métropole a été d'arracher ces territoires à l'arbitraire des décrets, pour les admettre au bénéfice des générosités de la loi française. Rappelons, à titre de précision, que sous le Consulat et l'Empire, les colonies sont déclarées (nous respectons la terminologie de l'époque, qui a le mérite de la franchise en dehors du droit national. Sous la Restauration, l'article 73 de la charte du 4 juin 1814 déclare que les colonies sont régies par des règlements particuliers. Quant au Second Empire, il soumet les Antilles à un véritable régime d'exception, tant sur le plan social, et, en 1869, l'amiral Rigault DE GRENOUILLY, Ministre de la marine et des colonies, déclarait hautement au corps législatif : dans les colonies le travail demeure organisé dans des conditions exceptionnelles qui ne peuvent changer »²²⁴.

Dans les faits, l'égalité républicaine promise par cette loi a nourri beaucoup de déceptions.

Aimé CESAIRE dénonce la départementalisation comme un marché de dupes.

De fait, les conditions de vie des travailleurs de la canne à sucre sont misérables, des salaires dérisoires génèrent de grands conflits sociaux concernant les relations entre salariés agricoles et propriétaires fonciers.

L'identité législative qui devait naître de la départementalisation n'a pas empêché aujourd'hui à un taux record de chômage, plus de la moitié de la population vit en-dessous du seuil de pauvreté, plus de 50 % de chômage chez les moins de 25 ans²²⁵, plus de 21 % illettrés²²⁶, etc. Ces données alarmantes signent le constat de l'échec de la politique mais peut-être pas de l'assimilation²²⁷.

Plus encore, le dévoiement de la départementalisation a abouti à un système qui est totalement à l'opposé de l'esprit de la loi du 19 mars 1946, qui était une loi qui se voulait émancipatrice et où l'intégration à la République était censée sortir les collectivités territoriales d'outremer de la misère afin qu'elles puissent être les acteurs responsables de leur développement.

En effet, les anciennes colonies allaient continuer à vivre sous un régime particulier qui se traduit par des méfaits de toutes sortes : arrestations, voire assassinats de travailleurs lors de grèves²²⁸, déplacement d'office de fonctionnaires jugés trop anticolonialistes²²⁹.

²²⁴ MOUTOUSSAMY (Ernest), *Aimé CESAIRE : Député à l'Assemblée Nationale, 1945-1993*, l'Harmattan, 1993, pp. 18-19.

²²⁵ DOM-TOM : palme d'or du chômage, *Alternatives Economiques*, n° 265, janvier 2008.

²²⁶ <http://www.fpspp.org/portail/portal/action/SimpleDownloadActionEvent/oid/00q-00001k-07c>.

²²⁷ ASSATI (Emilie), Le 19 mars 1946 : la décolonisation des outremer dans les textes, *Le Quotidien*, 19 mars 2012. <http://www.lequotidien.re/opinion/le-courrier-des-lecteurs/155062-le-19-mars-1946-la-decolonisation-des-outremer-dans-les-textes-et-aujourd-hui.html>.

²²⁸ CHAUVET (Camille), *La Martinique au temps de l'Amiral ROBERT, Historial antillais*, tome V, éd. Dajani, 1980.

²²⁹ Ordonnance n° 60-1101 du 15 octobre 1960 relative au rappel d'office par le Ministre dont ils dépendent, des fonctionnaires de l'Etat en service dans les DOM et dont le comportement est de nature à troubler l'ordre public, *JORF* du 18 octobre 1960, p. 9483.

Certes, le niveau de vie de la population a augmenté. Dans ces collectivités où une forte proportion des salariés est constituée de fonctionnaires de l'État, il a suffi que ceux-ci réussissent à obtenir les 40 à 50 % de prime de vie chère²³⁰, en 1953²³¹, pour que cela ait un effet bénéfique sur le niveau de vie d'une catégorie de la population. Le débat sur la prime de vie chère a été relancé, les propositions de suppression qui ne concerneraient que les nouveaux fonctionnaires conduiraient à remplacer une inégalité entre métropole et DOM, par d'autres inégalités au sein des administrations des DOM²³².

Cependant, l'extension aux nouveaux départements des « avantages sociaux » censés remédier au chômage fut surtout caractérisée par la lenteur et la parcimonie de leur application²³³. Il fallut bien des protestations pour un rapprochement partiel promis entre 1988 et 1992. Les Allocations familiales furent amputées de la moitié de leur valeur, seuls 50 % étaient versés aux familles, l'autre moitié placée dans une caisse spéciale : le FASSO (fonds d'action sanitaire et sociale)²³⁴.

Si le gouvernement a réussi à stabiliser le chômage pendant les années 1960-1970, c'est à cause des départs massifs des jeunes vers la métropole pour y trouver des emplois, dans le cadre du BUMIDOM²³⁵. Au-delà de cet aspect, on observe des discriminations : la fonction publique est peu représentative de son bassin de vie et l'accès des ultramarins aux emplois est difficile, d'avantage pour les postes à responsabilité. Les médias, pendant longtemps, étaient réservés essentiellement aux métropolitains. Les autorisations de travail pour les étrangers sont limitées territorialement. Le chômage y est massif

²³⁰ La majoration applicable aux salaires des fonctionnaires civils se compose de plusieurs strates, dont deux sont communes aux départements français d'Amérique et à La Réunion : d'une part, une majoration de 25 % du traitement brut instituée en 1950 (article 3 de la loi n° 50-407 du 3 avril 1950 concernant les conditions de rémunération et les avantages divers accordés aux fonctionnaires en service dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de La Réunion) ; d'autre part, un « complément temporaire » à la majoration de traitement créé au taux de 5 % en 1953 (Article 10 du décret n° 53-1266 du 22 décembre 1953 portant aménagement du régime de rémunération des fonctionnaires de l'État en service dans les départements d'outremer) et porté quatre ans plus tard à 10 % à La Réunion (Décret n° 57-333 du 15 mars 1957 portant majoration du complément temporaire alloué aux fonctionnaires de l'État en service dans le département de La Réunion. Il est prévu que le complément soit payé « à sa contre-valeur en monnaie locale d'après la parité en vigueur pendant la période sur laquelle porte la liquidation ») et à 15 % aux Antilles et en Guyane (Décret n° 57-87 du 28 janvier 1957 portant majoration du complément temporaire alloué aux fonctionnaires de l'État en service dans les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane français). Dans les DFA, la majoration de traitement n'a pas évolué depuis cette date ; elle est ainsi fixée à 40 % et à La Réunion, il est en outre appliqué au traitement majoré un coefficient de 1,138 (soit + 13,8 %).

²³¹ Décret n° 53-1266 du 22 décembre 1953 portant aménagement du régime de rémunération des fonctionnaires de l'Etat en service dans les départements d'outremer, *JORF* du 23 décembre 1953, p. 11479. Autrefois la prime de vie chère était accordée uniquement aux fonctionnaires métropolitains.

²³² OMARJEE (Ismâël), La loi d'orientation pour l'outremer et la lutte contre l'exclusion : Commentaire des articles 22 à 29, dans, ELFORT (Maude), FABERON (Jean-Yves), GOESEL-BIHAN (Valérie), MICHALON (Thierry), RENO (Fred), sous la direction de, *La loi d'orientation pour l'outremer du 13 décembre 2000*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 4^{ème} trimestre 2001, pp. 309-329.

²³³ Cela prit des années avant de parvenir à une sorte de parité des prestations d'allocations et de sécurité sociale, avec la métropole qui fut votée en 1986.

²³⁴ Il en fut ainsi du salaire minimum qui, pendant des années, resta officiellement inférieur à celui appliqué en France. Il ne remonta que progressivement pour arriver à égalité avec la France en 1996. Ce fut aussi le cas du RMI appliqué dans ces collectivités mais qui est amputé d'une partie, là aussi gérée par les assemblées locales.

²³⁵ Lutte Ouvrière, Cinquante ans de départementalisation dans les DOM : une fiction juridique qui masque mal la mainmise de l'État colonial et des riches sur ces petits territoires, *Revue Lutte de Classe*, Série actuelle (1993) n°19, Avril 1996 ; <http://www.lutte-ouvriere.org/documents/archives/la-revue-lutte-de-classe/serie-actuelle-1993/cinquante-ans-de>, *op. cit.*

comparativement au chômage hexagonal. Selon des derniers chiffres de l'IEDOM le chômage dans l'océan indien se situe entre 15 % pour Mayotte et 32 % pour La Réunion. Les DFA ont un taux de chômage qui varie entre 27 et 33 %, tandis que la métropole affiche un taux de moins de 10,3 %²³⁶.

Le constat des inégalités avec les départements métropolitains révèle les discriminations en matière d'emploi au sein de ces collectivités territoriales et ce, malgré l'apparition dès la fin de la seconde guerre mondiale²³⁷, d'un droit international, puis d'un droit régional, prohibant les discriminations liées au travail, dont l'influence reste limitée en droit interne, et difficilement applicable aux collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution.

On ne l'évoquera jamais assez : la revendication d'assimilation dont le corollaire est l'instauration d'un statut égalitaire, « *s'est arrêtée aux Antilles et à La Réunion à l'orée de la justice sociale* »²³⁸. Aimé CESAIRE fut un ardent défenseur de la départementalisation, non pas pour l'assimilation culturelle et sociétale telle que la rêvait l'idéologie coloniale, mais bien pour des raisons avant tout humaines. En effet, pour le peuple, la départementalisation signifiait en réalité devenir les égaux des Français de France, avec les mêmes droits sociaux, les mêmes salaires. Il fallait offrir aux anciens colonisés les mêmes chances que l'ensemble des citoyens français.

Classer ces territoires ultramarins en départements français de plein exercice, était avant tout, pour CESAIRE, en finir avec leur statut d'anciennes colonies pour les intégrer pleinement dans la République et leur conférer les privilèges et droits qui y sont attachés.

Avec l'avènement d'un droit universel, européen et interne qui condamne toutes formes de discriminations en matière de travail, n'y a-t'il pas lieu de s'interroger : les discriminations en matière de travail en Guadeloupe, en Guyane française, en Martinique, à Mayotte, et à La Réunion, ne constituent t'elles pas une véritable remise en cause du droit à l'égalité, tel que régi par l'article 73 de la Constitution, assiste-t-on à des discriminations territoriales, ou à une remise en cause de l'identité législative ?

Mais quatre siècles après, les inégalités persistent au point que différents mouvements ouvriers ont marqué l'histoire sociale. En février 1974, des ouvriers agricoles réclament une augmentation de leurs salaires. Ils se heurtent à l'intransigeance des planteurs. Les grévistes sont brusquement encerclés par 200 gendarmes qui sans sommation, ouvrent le feu, relayés par un hélicoptère qui depuis le ciel bombarde les

²³⁶ IEDOM, *Rapport annuel 2013*, juin 2014, p. 4.

²³⁷ Le concept de discrimination sociale fait son apparition à la suite des luttes politiques pour l'égalité de droit entre les hommes qui aboutissent dans la plupart des pays occidentaux au début de la seconde moitié du XX^{ème} siècle à l'abolition progressive des différences légales de traitement (fin de la colonisation, de la ségrégation aux États-Unis, etc.). Dans un contexte où la société évolue dans le sens d'une généralisation des mécanismes de concurrence, certains groupes sociaux ne bénéficient pas objectivement des mêmes chances que les autres, malgré l'égalité de droit dont ils jouissent en principe.

²³⁸ CESAIRE (Aimé), *Débats*, Assemblée constituante, *JORF* du 11 mars 1946, p. 659.

travailleurs. Le bilan de ces affrontements sanglants avec les forces de l'ordre est lourd : un tué et 5 blessés graves²³⁹.

Il semble que la pesanteur de cette idéologie esclavagiste se soit fait ressentir bien au-delà de la départementalisation. « *Parmi les conséquences de ce système, l'existence de fortes inégalités économiques. Les vieilles inégalités héritées de la société coloniale et de l'économie de plantation, n'ont pas été éradiquées et les rentes de monopole, héritières directes du système colonial de l'exclusif sont plus puissantes que jamais. Derrière les dénonciations récentes de 2009, se cachent une dénonciation implicite d'un modèle de développement fondé sur des graves inégalités qui rappellent singulièrement la période coloniale des dénonciations* »²⁴⁰.

8 – Méthodologie, thèse et annonce du plan

Alors que le droit universel et régional, en particulier de l'Union Européenne a beaucoup progressé, il est mis en œuvre de façon mitigée en droit interne et de façon insuffisante dans les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution.

Ceci est le résultat de notre recherche qui a consisté à identifier les différentes institutions internationales liées à la lutte contre les discriminations dans le travail, telles l'ONU, le CICR (Comité International de la Croix rouge), l'OIT (Organisation Internationale du Travail), l'OMS (Organisation Mondiale de la Santé) et au niveau des institutions européennes, le Conseil de l'Europe ainsi que l'Union Européenne. Nous avons ensuite procédé au recensement des dispositions universelles et européennes produites par ces différentes institutions. Nous nous sommes appuyés sur les différentes universités de Martinique et de Guyane ainsi que de l'université de la Sorbonne, de Montpellier et de Bordeaux. Cette recherche a été nécessaire pour se rendre compte de l'ampleur des normes internationales qui prônent la non-discrimination liée au travail au niveau international et régional et des progrès effectués sur la question.

Quand il a fallu examiner leur applicabilité et leur application, il s'est avéré que ces normes sont mises en œuvre de façon mitigée au niveau interne et insuffisantes dans les collectivités territoriales régies par l'article 73,

Le corpus juridique anti-discrimination s'est significativement étoffé, témoignant du chemin parcouru depuis près de 70 ans. Ces évolutions concernent, bien entendu, l'ensemble de la société, mais le monde du travail occupe une place particulière dans l'histoire récente des politiques de lutte contre les discriminations.

²³⁹ MAUGEE (Louis), Février 1974 : Il y a 30 ans, deux ouvriers agricoles grévistes étaient assassinés à Chalvet au Lorrain, *Combat Ouvrier*, n° 898, 21 février 2004, p. 3.

²⁴⁰ WILLIAM (Jean-Claude), RENO (Fred), ALVAREZ (Fabienne), *Mobilisations sociales aux Antilles, Les évènements de 2009 dans tous leurs sens*, éd. Karthala, 2012, *op. cit.*, p. 142. 369 p.

Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, d'un important dispositif institutionnel et juridique en matière de lutte contre toutes les formes de discriminations (conventions internationales et les directives européennes), la référence aux discriminations liées au travail a été introduite dans de nombreuses législations nationales. Le droit européen a donc joué un rôle prépondérant dans la prise en compte de ces discriminations comme problème public dans les États membres et tout particulièrement en France métropolitaine.

S'agissant du vocabulaire retenu dans notre travail, nous avons préféré utiliser l'expression « liée au travail » plutôt que « dans le travail » dans la mesure où la problématique de la lutte contre les discriminations ne concernent pas seulement ce qui se déroule pendant le travail mais plus largement à ce qui permet l'accès au travail ou les diverses politiques publiques qui concourent à une meilleure égalité des chances. Nous avons dû parfois utiliser le terme de territoire au lieu de celui de collectivité territoriale dans la mesure où, notamment en droit de l'Union européenne, le statut n'est pas lié à une catégorie de collectivité territoriale du droit interne.

Dès lors après avoir souligné à quel point il y a eu expansion des normes universelles et européennes relatives à la non-discrimination liée au travail et leur mise en œuvre en droit interne français (première partie) il s'agira de montrer que ce droit se décline de façon insuffisante au sein des territoires régis par l'article 73 de la Constitution (deuxième partie).

PREMIERE PARTIE :
L'EXPANSION DES NORMES UNIVERSELLES ET EUROPEENNES RELATIVES
A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL ET LEURS MISES EN
CEUVRE EN DROIT INTERNE FRANCAIS

INTRODUCTION DE LA PREMIERE PARTIE

L'objectif de lutte contre les discriminations liées au travail est aujourd'hui regardé comme central dans les politiques publiques, sous l'influence, notamment, du droit international en général et européen en particulier²⁴¹.

En effet, au sein des Nations Unies, si de nombreuses conventions prohibent les discriminations en général, une multitude de normes ciblent spécifiquement les discriminations dans le domaine du travail.

Il s'agit de la DUDH²⁴², des Pactes de 1966²⁴³ qui complètent la Déclaration pour constituer la Charte internationale des droits de l'homme. D'autres normes interdisent toute distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance. L'OIT a joué un rôle primordial en matière de lutte contre les discriminations liées au travail, de même que la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et celle sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. L'Organisation internationale du travail a notamment adopté trois conventions relatives à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes (1951), à la discrimination en matière d'emploi et de profession (1958) et à la réadaptation professionnelle et d'emploi des personnes handicapées (1983).

Un certain nombre de conventions intervenues dans des domaines précis comme l'emploi, les droits des personnes handicapées²⁴⁴ et l'enseignement²⁴⁵ reprennent également le principe de non-discrimination : celle sur la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille²⁴⁶ et celle pour la protection des droits et de la dignité des handicapés²⁴⁷.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 stipule dans son article 14 : « *la jouissance des droits et libertés reconnus doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou*

²⁴¹ Au nom des principes fondamentaux du droit de l'Union européenne.

²⁴² Articles 2 et 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, *op. cit.*

²⁴³ Il s'agit du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

²⁴⁴ Convention n° C159 sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées, 1983, adoptée le 20 juin 1983, entrée en vigueur le 20 juin 1985.

²⁴⁵ Convention concernant la lutte contre la discrimination dans la domaine de l'enseignement, adoptée le 14 décembre 1960, entrée en vigueur le 22 mai 1962.

²⁴⁶ La Convention des Nations Unies sur la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée le 18 décembre 1990, entrée en vigueur en Juillet 2003. Son objectif premier est de protéger les travailleurs migrants, une population particulièrement vulnérable, de l'exploitation et de la violation de leurs droits humains.

²⁴⁷ La Convention relative aux droits des personnes handicapées est une convention internationale dont le but est de « *promouvoir, protéger et assurer la dignité, l'égalité devant la loi, les droits humains et les libertés fondamentales des personnes avec des handicaps en tous genres* ». L'objectif est la pleine jouissance des droits humains fondamentaux par les personnes handicapées et leur participation active à la vie politique, économique, sociale et culturelle. Elle a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 13 décembre 2006, et est entrée en vigueur le 3 mai 2008. Handicap International a aussi participé au processus d'élaboration.

sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». La Charte Sociale Européenne, adoptée en 1961 et révisée en 1996, étend la liste des droits substantiels.

Au niveau de l'Union européenne, le droit de l'Union européenne primaire et dérivé comporte un ensemble de textes prohibant les discriminations. L'article 13 du Traité instituant la communauté européenne (TCE) permet ainsi au Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, de « *prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* »²⁴⁸. Les directives de l'Union européenne adoptées en matière de lutte contre les discriminations depuis les années 1970, reprenant des principes énoncés par la CJCE²⁴⁹, évolue progressivement de l'égalité de traitement dans le monde du travail vers les principaux domaines de la vie économique et sociale.

La Commission européenne conduit de multiples initiatives en matière de lutte contre les discriminations liées au travail, tel le programme d'action de l'Union européenne de lutte contre la discrimination²⁵⁰, parvenu à son terme en 2006 et remplacé par le programme Progress²⁵¹. Il s'agit d'un programme européen en faveur de l'emploi et de la solidarité sociale. Il a été établi pour soutenir financièrement la réalisation des objectifs définis dans l'agenda social de l'Union européenne dans les domaines de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances.

La Stratégie EUROPE 2020²⁵² s'avère être fondamentale pour soutenir l'investissement créateur d'emploi. Elle bénéficie non seulement aux acteurs économiques, entreprises et salariés mais aussi aux jeunes, l'éducation et la formation faisant partie des objectifs principaux d'Europe 2020.

Ainsi l'incidence de cette multitude de normes, aussi bien au niveau international, régional qu'interne est certaine mais insuffisante sur le plan national.

S'agissant du principe de non-discrimination liée au travail, il est fréquent de distinguer les discriminations selon la manière dont celles-ci se formalisent dans l'action. On peut parler de

²⁴⁸ Le traité établissant une constitution pour l'Europe, signé le 29 octobre 2004 à Rome, mentionne en son article 2 le principe de non-discrimination parmi les valeurs sur lesquelles l'Union est fondée. En outre, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000, reprise par le traité, comporte un article 21 interdisant, de façon plus large que l'article 13 du TCE, « *toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.* ».

²⁴⁹ LECERF (Jean-René), *Le projet de loi portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Rapport, n° 65, Sénat, 17 novembre 2004, p. 16.

²⁵⁰ Ce dernier soutenait des activités telles que des études en matière de discrimination, des réseaux et organisations œuvrant à la promotion de l'échange d'informations et de bonnes pratiques à travers l'UE, ainsi que des initiatives destinées à sensibiliser les populations, à les informer de leurs droits et obligations légaux.

²⁵¹ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=327&langId=fr>.

²⁵² En mars 2010, la Commission européenne a présenté sa nouvelle stratégie sur dix ans, destinée à relancer l'économie européenne. Intitulée Europe 2020, celle-ci réforme et prolonge la précédente stratégie de Lisbonne par une gouvernance plus étroite au sein de l'Union. Elle vise à développer une croissance « *intelligente, durable et inclusive* » s'appuyant sur une plus grande coordination entre les politiques nationales et européennes.

discriminations directes lorsque celles-ci procèdent d'une intention affirmée, volontaire et clairement démontrée par un ou plusieurs individus. Dans ce cas, le traitement discriminatoire est perceptible et sans équivoque. Mais, c'est un autre type de discriminations qui attire l'attention des experts : il s'agit des discriminations indirectes. Elles peuvent être définies comme le résultat d'une chaîne de décisions et de pratiques diverses qui, sous couvert d'un traitement égalitaire, produit de réelles inégalités de traitement sans pour cela que le résultat procède d'une volonté discriminatoire de la part d'un ou de plusieurs acteurs. Ce traitement discriminatoire est mesuré sur la base de ses effets. Ce n'est donc pas en partant de l'intention avérée ou supposée de l'acte discriminatoire que l'on peut repérer ce type de traitement, mais en l'envisageant sous l'angle de ses conséquences.

De nombreux rapports font état de discriminations intentionnelles : forme de discriminations indirectes produites par les formes, le fonctionnement des organismes, administrations, services, etc.

L'objectif de cette première partie est d'une part de montrer qu'il y a eu une expansion des normes universelles et européennes relatives à la non-discrimination liée au travail (Titre I) et de vérifier l'applicabilité de ces normes en France (Titre II).

TITRE I

L'EXPANSION DES NORMES UNIVERSELLES ET EUROPEENNES RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL

Au cours des dernières décennies, les États membres de l'ONU ont dû adopter de nouvelles conventions pour mieux protéger les individus contre les discriminations fondées sur un ensemble de critères : le sexe, l'origine raciale ou ethnique, la religion, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle. On assiste ainsi, sur le plan juridique, à l'émergence et au renforcement d'un véritable droit universel de la non-discrimination liée au travail.

Le droit universel relatif à la non-discrimination liée au travail comprend la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, le pacte international relatif aux droits civils et politiques, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que leurs protocoles facultatifs, qui forme ensemble la Charte Internationale des Droits de l'Homme ; la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; la Convention sur l'élimination de toutes les discriminations raciales ; ainsi que l'ensemble des conventions de l'Organisation Internationale du Travail.

L'impact de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme est incontestable, comme en témoigne la pratique des Nations Unies²⁵³ ou des Etats²⁵⁴. En outre, les textes de protection des droits de l'homme s'en inspirent : les pactes de 1966²⁵⁵ citent deux sources : la Charte des Nations Unies, qui énonce de grands principes, et la DUDH qui vise un idéal à atteindre²⁵⁶. Les conventions sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et sur l'élimination de toutes les discriminations raciales, ont fait évoluer immanquablement les questions de discriminations raciales et sexuelles au niveau international. Les conventions de l'OIT s'attachent en particulier aux discriminations liées au travail.

En France, l'expansion des normes universelles et européennes relatives à la non-discrimination liée au travail, s'explique par les contributions substantielles du droit universel à l'action anti-discrimination, d'une part, (chapitre I) ; et les contributions innovantes du droit européen de la non-discrimination liée au travail, d'autres part (chapitre II).

²⁵³ GARRETON (Robert), La valeur juridique de la Déclaration Universelle dans le Système des Nations Unies, dans, *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 1948-1998, Avenir d'un idéal commun*, éd. CCDH, Paris, La documentation française, 1999, pp. 271-281.

²⁵⁴ GARRETON (Robert), La valeur juridique de la Déclaration Universelle dans le Système des Nations Unies, *ibidem*, pp. 273-274 ; Robert GARRETON relève que « *le constitutionnalisme moderne a fini par accepter la nature obligatoire de la DUDH en l'incorporant au droit interne avec une valeur supérieure à la législation ordinaire et, quelquefois, supérieure à la constitution elle-même* » (*Espagne en 1978*).

²⁵⁵ Pactes sur les Droits Civils et Politiques et sur les Droits Economiques, Sociaux et Culturels, signés le 16 décembre 1966 par l'Assemblée Générale des Nations Unies, prolongements conventionnels de la DUDH.

²⁵⁶ Alinéas 4 des préambules des deux pactes internationaux de 1966.

CHAPITRE I.
LES CONTRIBUTIONS SUBSTANTIELLES DU DROIT UNIVERSEL A L'ACTION ANTI-
DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL

En 1993, la Conférence mondiale sur les droits de l'homme tenue à Vienne a marqué une étape décisive dans l'histoire de l'ONU. L'adoption de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne progresse dans la défense des principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et la DUDH. Elle a renforcé de grands principes, à savoir l'universalité des droits de l'homme et le devoir des États de défendre ces droits. Elle a proclamé sans équivoque les droits des femmes afin qu'elles jouissent pleinement, et dans des conditions d'égalité, de tous leurs droits fondamentaux. Elle œuvre à la promotion et à la protection des droits des personnes appartenant à des groupes rendus vulnérables, y compris les travailleurs migrants et des membres de leur famille, en suscitant plus d'harmonie et de tolérance entre les travailleurs migrants et le reste de la population dans l'État dans lequel ils résident ; à l'élimination de toutes les formes de discrimination à leur égard. Elle réaffirme que les droits de l'homme s'appliquent sans réserve, aux personnes souffrant d'incapacités et que toute forme de discrimination directe, tout traitement discriminatoire à leur encontre constituent donc une violation des droits de celles-ci. Elle prône un renforcement et une application plus efficace des instruments relatifs aux droits de l'homme²⁵⁷. Cette conférence a abouti à la décision cruciale de créer le poste de HCDH (Haut-commissaire aux droits de l'homme)²⁵⁸.

Le Conseil des droits de l'homme, quant à lui, a pour objectif principal d'aborder des situations de violations de droits de l'homme et d'émettre des recommandations. Le 18 juin 2007, le Conseil a adopté sa mise en place des institutions²⁵⁹ et, pour guider les futurs travaux, le nouveau mécanisme d'examen périodique universel²⁶⁰. D'autres dispositifs incluent un nouveau Comité consultatif²⁶¹, ainsi que le mécanisme révisé de procédé de plaintes²⁶². Le Conseil des Droits de l'Homme a été créé par

²⁵⁷ Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Département de l'information des Nations Unies, *Déclaration et programme d'action de Vienne : 20 ans au travail pour vos droits*, Conférence mondiale sur les droits de l'homme, 25 juin 1993.

²⁵⁸ Le Haut-Commissaire aux droits de l'homme est le principal responsable des droits de l'homme des Nations Unies.

²⁵⁹ Résolution 5/1 du 18 juin 2007 concernant la mise en place des institutions.

²⁶⁰ Résolution n° 60/251 de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 15 mars 2006 relative à la Mise en place des institutions du Conseil des droits de l'homme. L'Examen Périodique Universel (EPU) est un processus unique en son genre. Il consiste à passer en revue les réalisations de l'ensemble des États membres de l'ONU dans le domaine des droits de l'homme.

²⁶¹ Résolution 5/1 du Conseil des Droits de l'Homme du 15 mars 2006, *ibidem*. Le Comité consultatif du Conseil des droits de l'homme, est composé de 18 experts, établi pour fonctionner comme un « groupe de réflexion » pour le conseil et l'expertise et sur des questions thématiques des droits de l'homme. Il remplace l'ancienne sous-commission de la promotion et la protection des droits de l'homme.

²⁶² Résolution 2000/3 du Conseil Economique et Social du 27 mai 1970, relative aux droits de l'homme. Le procédé de plaintes permet à des individus et à des organismes de porter à la connaissance du Conseil des plaintes sur les violations de droits de l'homme.

l'Assemblée générale de l'ONU²⁶³, le 15 mars 2006. C'est un organe intergouvernemental du Système des Nations Unies, composé de 47 Etats qui ont la responsabilité de renforcer la promotion et la protection des droits de l'homme sur la planète.

La Charte internationale des droits de l'homme intègre la DUDH, le PIDESC (Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels) ainsi que le PIDCP (Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques). A ce titre, il s'agit là du socle de la protection des droits de l'homme à l'échelle internationale ayant une portée universelle et une valeur hautement morale pour la DUH (I) ; et juridique pour les différentes conventions, qui apportent en outre un nouvel élan sur le plan international (II).

I – L'APPORT DES DISPOSITIONS ANTI-DISCRIMINATION DE LA CHARTE INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME²⁶⁴

L'une des premières actions de l'Assemblée générale des Nations Unies²⁶⁵ a été l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme (A). Puis, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies s'est employée à convertir ces principes en traités internationaux protégeant des droits précis : droits économiques, sociaux et culturels et droits civils et politiques. L'Assemblée générale en offert à la signature et à la ratification des Etats, deux pactes internationaux en 1966 (B).

A – LA DUDH, UN TEXTE PRECURSEUR DE PORTEE JURIDIQUE LIMITEE

La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme n'a d'autre valeur juridique que celle de la résolution 217 A (III) du 10 décembre 1948, par le biais de laquelle elle a été adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies. Universelle par son inspiration, la portée de la DUDH est avant tout morale (1). Le principe d'égalité reconnu à l'article 1^{er}, a une valeur coutumière (2).

1/ Une inspiration universelle, une portée morale

La DUDH, bien que précurseur, n'a cependant pas la valeur juridique d'un traité international. Elle n'a qu'une valeur de proclamation de droit, confirmée en France par l'arrêt *Roujansky* (a) ; elle influencera la construction d'un corpus de traités légalement contraignant (b).

²⁶³ L'Assemblée générale est le principal organe délibérant.

²⁶⁴ La Charte internationale des droits de l'homme comprend la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que les protocoles facultatifs annexés aux deux pactes.

²⁶⁵ Résolution 217 A (III) de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 10 décembre 1948, DUDH.

a) Une valeur morale confirmée par le Conseil d'Etat français dans l'arrêt Roujansky

La DUDH n'a pas de dimension contraignante et ne peut en conséquence être invoquée devant un juge. Le Conseil d'État a d'ailleurs affirmé notamment par un arrêt *Roujansky*²⁶⁶ de 1984, qu'elle était dépourvue de valeur normative²⁶⁷. C'est donc un texte dont la portée est avant tout morale, puisqu'elle s'appuie sur l'autorité que confère la signature des 53 États²⁶⁸ premiers membres de l'ONU, en 1948.

b) Une influence certaine sur la construction d'un corpus législatif contraignant

Dans son ensemble, la DUDH a largement influencé la construction d'un corpus de traités internationaux juridiquement contraignant relatif à la discrimination liée au travail. Il s'agit notamment des Conventions sur l'égalité de rémunération, sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales, de la déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction. Elle est généralement reconnue comme étant le fondement du droit international relatif aux droits de l'homme²⁶⁹.

Le développement de ces droits à l'échelle internationale au cours des six dernières décennies continue d'être, pour chacun, une source d'inspiration, que ce soit pour redresser les injustices ou pour aider à parvenir au respect universel des droits de l'homme.

Il faut cependant souligner que ce texte de la Déclaration universelle des droits de l'homme n'a pas été établi sans mal. En effet, les pays occidentaux et les pays socialistes ont dû se mettre d'accord sur une version commune, ce qui a conduit à quelques compromis²⁷⁰. Le texte juxtapose ainsi les libertés classiques et les libertés de portée économique et sociale qui nécessitent une intervention volontariste des pouvoirs publics²⁷¹.

Toutefois, de manière à assurer plus efficacement le respect des libertés fondamentales sur le plan international, il a été décidé de rédiger des déclarations des droits ayant valeur juridique. Tel fut l'objet

²⁶⁶ LACHAUME (Jean-François), Jurisprudence française concernant le droit international public, *AFDI*, Volume 37, 1991, pp. 893-932, p. 895. CE, Ass., 23 novembre 1984, Roujansky, *AJDA*, 1985, p. 216, concl. LABETOULLE). Le Conseil d'Etat rappelle « que la seule publication faite au Journal officiel du 9 février 1949 du texte de la Déclaration Universelle des droits de l'homme ne permet pas de ranger cette dernière au nombre des traités ou accords internationaux qui, ayant été ratifiés et publiés, ont, aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 une autorité supérieure à celle des lois... » (CE., 21 décembre 1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, *Rec.* p. 369).

²⁶⁷ WEIL (Prosper), Vers une normativité relative du droit international, *RGDIP*, 1982, pp. 5-47.

²⁶⁸ Aucun des 56 États membres des Nations Unies n'a voté contre le texte, mais l'Afrique du Sud, l'Arabie saoudite et l'Union Soviétique se sont abstenus.

²⁶⁹ La DUDH a inspiré un corpus abondant de traités internationaux légalement contraignants relatifs aux droits de l'homme et le développement de ces droits à l'échelle internationale au cours des six dernières décennies, et elle continue d'être une source d'inspiration, que ce soit en période de conflits, dans les sociétés soumises à la répression, pour redresser les injustices, et pour aider dans les efforts déployés pour parvenir à l'exercice universel des droits de l'homme.

²⁷⁰ GEVART (Pierre), CRETTEZ-NEDEY (Corinne), MODICA (Bruno), MONDOU (Christophe), *Les droits de l'Homme*, éd. L'Etudiant, 2006, p 75.

²⁷¹ GEVART (Pierre), CRETTEZ-NEDEY (Corinne), MODICA (Bruno), MONDOU (Christophe), *Les droits de l'Homme*, ed. L'Etudiant, 2006, *ibidem*, p 75.

des deux Pactes adoptés le 16 décembre 1966 : le premier relatif aux droits civils et politiques, le second aux droits économiques et sociaux. Cette valeur contraignante qui devait être conférée à ces deux pactes se heurte à quelques obstacles qui sont à l'origine des protocoles facultatifs relatifs aux pactes de 1966²⁷².

2/ La valeur coutumière du principe d'égalité

Egalité et non-discrimination ne sont-elles que deux manières d'exprimer la même chose ? La question est suscitée par l'emploi considérable de l'une et de l'autre de ces deux notions. L'égalité a les caractères d'une norme idéale et son application renvoie nécessairement à la représentation de ce qui est juste. Il y a une distinction classique entre égalité par la généralité de la norme juridique et égalité par la différenciation de traitement. Le principe de non-discrimination constitue à la fois l'instrument privilégié et une expression particulière du principe fondamental d'égalité²⁷³, tiré des valeurs humanistes de l'OIT fondée en 1919 (a) ; il s'exprime notamment à travers le principe d'égalité salariale : « *à travail égal salaire égal* »²⁷⁴ (b).

a) Une expérience tirée des valeurs humanistes de l'OIT

En effet, lorsque les cinquante-huit Etats de la Communauté mondiale des Nations unies adoptent, en Assemblée générale, la DUDH, la même communauté avait déjà près de trente ans d'activité au sein de l'OIT, fondée en 1919, pour promouvoir et défendre les droits de l'Homme au travail. Dès 1946, cette organisation internationale avait rejoint les Nations unies, devenant la première organisation spécialisée du « système », « *née du traité de paix de Versailles qui clôt la Première Guerre Mondiale, survivante des crises de l'entre-deux-guerres qui firent s'effondrer la Société des nations, résistante aux totalitarismes et au second conflit mondial, l'OIT devait et doit encore sans doute sa longévité, sa vitalité et son actualité aux valeurs humanistes* »²⁷⁵ qu'elle véhicule.

Certains des concepts de la DUDH demeurent encore révolutionnaires. Si la plupart des membres des sociétés dite civilisées souscrivent sans hésitation au « *...droit à la vie et à la liberté...* »²⁷⁶ pour tout individu, le « droit au travail » peut sembler contradictoire dans les termes. Le mot « travail » évoque souvent une image de routine quotidienne, de servitude. Comment alors le présenter comme un droit ?

²⁷² Le PIDCP est complété par deux protocoles : le 1^{er} daté du 16 décembre 1966 et le 2nd interdisant la peine de mort, en date du 15 décembre 1989. Le Protocole facultatif au PIDESC entré en vigueur en mai 2013, permet de renforcer la capacité des personnes à faire valoir leurs droits économiques, sociaux et culturels non seulement à l'ONU, mais aussi aux niveaux régional et national en encourageant le développement de voies de recours utiles.

²⁷³ HERNU (Rémy), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, tome 232, coll. Bibliothèques de droit public, juin 2003, LGDJ, p. 521.

²⁷⁴ Le principe « *à travail égal, salaire égal* » impose à l'employeur de rémunérer égale aux salariés qui effectuent le même travail.

²⁷⁵ MANCERON (Gilles), Un texte dont l'application essentiel laisse à désirer, *D'hommes & libertés*, n° 136, octobre-novembre-décembre 2006, pp. 4-32.

²⁷⁶ Article 3 de la DUDH.

Le travail se transforme en un droit et en un privilège dès l'instant où il est lié :

- aux compensations qui permettent d'entretenir et d'embellir l'existence individuelle ;
- aux conditions qui garantissent, selon les termes de la Déclaration, « *...une existence conforme à la dignité humaine...* »²⁷⁷ ;
- à « *...un niveau de vie suffisant pour assurer santé, bien-être..., notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux, ainsi que pour les services sociaux nécessaires...* »²⁷⁸.

b) L'égalité salariale : un des principes de la non-discrimination liée au travail

Il est stipulé dans la Charte des Nations Unies, que « *nous peuples des Nations Unies sommes résolus à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des hommes et des femmes...* »²⁷⁹

Dans la DUDH, le principe d'égalité est reconnu à l'article 1^{er}²⁸⁰ ; l'article 2 y ajoute le principe de non-discrimination en ce qui concerne la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. Quant à l'article 7, alinéa 2, elle évoque la protection contre les discriminations ou contre la provocation à la discrimination.

C'est à l'article 23 qu'il est fait référence aux discriminations liées au travail à travers le principe de l'égalité salariale²⁸¹. Ce principe « à travail égal salaire égal » précise : que « *Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal. Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille, une existence conforme à la dignité humaine et complétée s'il y a lieu, par tous autres moyens de protection sociale. Toute personne a le droit de fonder, avec d'autres, des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts* »²⁸². Par deux arrêts du 12 juin 2013, la chambre sociale de la Cour de cassation apporte de nouvelles pierres à l'édifice « *A travail égal, salaire égal* »²⁸³.

Cependant, les chômeurs permanents, les jeunes qui sont incapables de trouver un emploi ou les migrants, qui craignent d'être expulsés et dont les droits ne sont pas reconnus, se trouvent dans des

²⁷⁷ Article 23, alinéa 3 de la DUDH.

²⁷⁸ Article 25, alinéa 1 de la DUDH.

²⁷⁹ Préambule de la Charte des nations Unies.

²⁸⁰ « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité* ».

²⁸¹ Article 23 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948.

²⁸² Article 23 de la DUDH.

²⁸³ CCass., Soc., 12 juin 2013, la société GRT Gaz c/ Fabien X, n° 1115, Rec. n° 1113 ; CCass., Civ., Soc., 12 juin 2013, la société San Marina, n° 12-14153, Rec. n° 1113.

conditions qui ne sont guère favorables à l'harmonie sociale et au sentiment de bien-être, sans lesquels il ne peut y avoir de développement social, et encore moins de droit au travail ou de libre choix de travail.

B – LES PACTES INTERNATIONAUX DE 1966 RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME ET LEURS PROTOCOLES, DES AVANCEES DE PORTEE JURIDIQUE DIFFERENCIEE

Les pactes de 1966 relatifs aux Droits Economiques, Sociaux et Culturel²⁸⁴ et aux Droits Civils et Politiques²⁸⁵ ont pour principal intérêt de reprendre, en détail, l'ensemble des libertés évoquées dans la Déclaration universelle de 1948 et de leur conférer une valeur juridique contraignante²⁸⁶. Cependant cette notion de valeur contraignante se heurte à quelques obstacles relatifs à leur applicabilité (1) qui oblige à leur reconnaissance à travers les protocoles facultatifs (2).

1/ Des préoccupations relatives à l'applicabilité des pactes

Le premier (le PIDESC) reconnaît un certain nombre de droits dont la réalisation, nécessairement progressive est tributaire du niveau de développement, des ressources disponibles par chaque Etat et de la coopération internationale²⁸⁷. Son applicabilité ne sera examinée que par le biais de rapports étatiques précisant les progrès accomplis et remis au Conseil économique et social²⁸⁸ (a). Le second consacre des droits dont la violation doit pouvoir faire l'objet de recours au niveau national²⁸⁹, ainsi que d'une communication interétatique²⁹⁰ ou individuelle²⁹¹, devant le Comité des Droits de l'Homme au niveau international (b).

a) Le Pacte International relatif aux Droits Economiques Sociaux et Culturels

Le Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels reconnaît le droit à toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment la rémunération qui procure, au minimum, à tous les travailleurs, un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune. La justiciabilité des DESC est confrontée au contenu multidimensionnel du droit à des conditions minimales d'existence. La notion de « conditions minimales

²⁸⁴ Entré en vigueur en France en 1981.

²⁸⁵ Entré en vigueur le 23 mars 1976. Il est en principe applicable directement par les juridictions des États signataires.

²⁸⁶ GEVART (Pierre), CRETTEAZ-NEDEY (Corinne), MODICA (Bruno), MONDOU (Christophe), *Les droits de l'Homme*, ed. L'Etudiant, 2006, *ibidem*, p 77. Le soubassement est celui des grands principes, hérités de la Déclaration de 1789 : droits personnels, droit à la vie, la liberté et la sûreté de la personne, libertés publiques, droits politiques fondamentaux, liberté de pensée, de croyance, de parole, d'expression, de réunion, d'association, affirmation, droits économiques sociaux et culturels.

²⁸⁷ Article 2 § 1.

²⁸⁸ Article 16 du PIDCP.

²⁸⁹ Article 2 § 3.

²⁹⁰ article 41.

²⁹¹ Premier protocole facultatif au PIDCP.

d'existence » renvoie en premier lieu à la nécessité de garantir un droit de survivre. L'objectif est de prendre en compte des moyens d'existence non pas convenables mais minimas, articulés au premier chef autour du fonctionnement biologique du corps humain. Le droit au minimum comprend alors le droit de se procurer de la nourriture, un toit et des vêtements.

La principale difficulté concerne l'identification plus précise des besoins de l'individu. Premier élément : le droit à l'alimentation²⁹², auquel est parfois associé le droit à l'eau²⁹³. Celui-ci, loin d'être synonyme d'un simple accès à une nourriture, se rapporte à l'accès à une « *nourriture quantitativement et qualitativement adéquate et suffisante* ». A ce premier besoin essentiel vient s'ajouter le droit de pouvoir se vêtir. Souvent oublié, celui-ci représente pourtant un élément essentiel du droit général de chacun à un niveau de vie adéquat. Son non-satisfaction entraîne de facto la mise à l'écart des plus démunis. Par ailleurs, le droit au logement, plus classique, est parfois associé au droit à un abri (*right to shelter*). Le droit à la santé, met en évidence l'accès de tous aux services médicaux légaux et à des soins suffisants²⁹⁴.

b) Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Les droits énoncés dans le PIDCP²⁹⁵ seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. Selon l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, la loi doit interdire toute discrimination, garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion... Les Etats s'engagent à « *garantir à tous les individus se trouvant sur le territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* »²⁹⁶.

Les dispositions de l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques²⁹⁷ ne sont invocables que par les personnes victimes d'une discrimination relative à l'un des droits civils et politiques²⁹⁸ énumérés par ce Pacte.

²⁹² NIVARD (Carole), Le droit à l'alimentation, *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012, pp. 244-260.

²⁹³ L'article 27 alinéa 1 b dispose : « *Everyone has the right to have access to [...] sufficient food and water* ».

²⁹⁴ GRÜNDLER (Tatiana) La doctrine des libertés fondamentales : à la recherche des droits sociaux, *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012, pp. 103-116.

²⁹⁵ Le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 49.

²⁹⁶ Article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

²⁹⁷ « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

²⁹⁸ Il s'agit des droits et libertés classiques qui protègent les particuliers contre les ingérences de l'État, comme le droit à la vie, l'interdiction de la torture, de l'esclavage et du travail forcé, le droit à la liberté, etc.

En tout état de cause, lorsqu'un particulier invoque le bénéfice d'une convention, c'est au juge qu'il appartient de décider si les stipulations de celle-ci sont ou non directement applicables.

2/ Les protocoles facultatifs aux deux pactes

Ces deux protocoles facultatifs ouvrent la voie à une procédure internationale en cas de violation d'un des droits garantis. Le protocole au PIDESC contribue à une reconnaissance des DESC (a) et celui au PIDCP contribue à une meilleure protection des particuliers (b).

a) Le protocole facultatif au PIDESC, une protection des Droits Economiques, Sociaux et Culturels

La signature et la ratification du Protocole facultatif au PIDESC non seulement s'inscriraient dans la lignée des engagements de la France en la matière, mais constitueraient également un progrès significatif pour la protection des droits garantis par ce Pacte.

La France a joué un rôle moteur au moment des négociations autour du Protocole, notamment au sein du groupe de travail du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies qui a rédigé le texte²⁹⁹. Elle soulignait l'importance de « *favoriser activement l'achèvement rapide de la négociation relative à un protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui permette que l'ensemble des droits reconnus par le Pacte puissent faire l'objet de communications individuelles* »³⁰⁰.

Le 11 décembre 2012, Madame Najat VALLAUD-BELKACEM, ministre des droits des femmes et porte-parole du gouvernement, a signé à New York le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC).

Le Comité établit une symétrie avec le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966. Ouvert à signature le 24 septembre 2009, le Protocole est entré en vigueur après le recueil des dix ratifications nécessaires³⁰¹.

b) Le protocole facultatif au PIDCP, Une protection des droits civils et politiques

En ratifiant le PIDCP, les Etats parties s'engagent à garantir le respect des droits prévus par ce pacte pour les personnes relevant de leur juridiction. La ratification entraîne une obligation pour les Etats de créer des moyens efficaces de protection de ces droits.

²⁹⁹ CNDH, Avis sur le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté en assemblée plénière le 5 mai 2011, p. 1.

³⁰⁰ Rapport de mai 2008 soumis au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies dans le cadre de l'EPU.

³⁰¹ Au 28 avril 2011, 35 Etats avait signé le Protocole et trois Etats parties au Pacte (Equateur, Espagne et Mongolie) l'avait ratifié.

Le respect des obligations imposées aux Etats est contrôlé par le Comité des Droits de l'Homme, auquel chaque Etat partie doit remettre, tous les quatre ans, un rapport sur les mesures prises sur les progrès accomplis pour assurer les droits garantis par ce Pacte³⁰². De plus, le PIDCP prévoit une procédure facultative de requête étatique (Etat contre Etat)³⁰³.

Ce Protocole permet à des individus de présenter des plaintes « communications individuelles » au CDH faisant valoir que leurs droits garantis par le PIDCP ont été violés, à la condition que les voies de recours internes aient été épuisées³⁰⁴.

Ces plaintes individuelles ne peuvent être présentées qu'à l'encontre d'Etats. Si le Comité détermine qu'un Etat partie a violé ses obligations liées au PIDCP, il demandera des réparations. L'Etat doit rendre compte des mesures prises pour donner suite aux recommandations du CDH. Les décisions du CDH et ses activités de suivi sont publiques, et elles figurent dans le rapport annuel du Comité présenté devant l'Assemblée Générale de l'ONU.

Actuellement, 115 Etats parties³⁰⁵ (état au 15 octobre 2014) ont donné leur accord pour que chaque personne relevant de leur juridiction puisse porter plainte contre une violation d'un droit garanti par ce Pacte.

Pour conclure, aux côtes de ces instruments, l'Organisation des Nations Unis a souhaité donner un nouvel élan à la lutte en matière de discriminations liée au travail.

II – L'APPORT DES CONVENTIONS SPECIALES RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION

Certains textes couvrent des types de discrimination autres que le sexe et la race : il s'agit de la déclaration de 1981 sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, qui prévoit que « *les États prennent des mesures efficaces pour prévenir et éliminer les discriminations notamment dans la [...] vie économique* »³⁰⁶. Il s'agit encore de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) de 1979 et de la Convention sur l'élimination de toutes les discriminations raciales (CERD) de 1965, sur « la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique ».

³⁰² Article 40 du PIDCP, *op. cit.*

³⁰³ C'est-à-dire que les Etats parties peuvent reconnaître la compétence du Comité des droits de l'homme concernant la recevabilité d'une plainte d'un Etat.

³⁰⁴ La règle de l'épuisement des voies de recours internes implique que les plaintes recevables seront limitées mais porteront sur des litiges inédits qui n'ont pas pu être tranchés par le juge national.

³⁰⁵ La France a émis la réserve suivante : « *La France fait une réserve à l'alinéa a) du § 2 de l'article 5 en précisant que le Comité des droits de l'homme ne sera pas compétent pour examiner une communication émanant d'un particulier si la même question est en cours d'examen ou a déjà été examinée par une autre instance internationale d'enquête ou de règlement* ».

³⁰⁶ Article 3, alinéa 2 de la Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction religieuse du 25 novembre 1981 (résolution 36/55).

Cette dernière a donné lieu à la création du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale. La France reconnaît la compétence de ce dernier pour recevoir et examiner des plaintes. Le Comité s'est félicité de l'intervention française au sujet du devoir de mémoire³⁰⁷.

Il est à noter que les observations finales sur le rapport périodique de la France de mars 2005 font mention de sa préoccupation concernant « *la situation défavorable des immigrés [et des populations issues de l'immigration] dans les domaines de l'emploi et de l'éducation* »³⁰⁸ notamment. Il semble qu'il y ait une meilleure prise en compte des discriminations dans l'emploi au niveau universel à travers ces deux derniers textes.

En tout état de cause, ces nouveaux textes sont marqués par une évolution des questions de sexe et de race (A) ainsi que par des avancées majeures portées par l'OIT (B).

A – LES APPORTS DE LA CEDEF ET DE LA CERD A LA LUTTE ANTI-DISCRIMINATION

Deux traités sont spécifiques aux discriminations liées au le travail : il s'agit de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 (1) et celle sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965(2).

1/ La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes : un texte à portée interprétative et transversale

Les obligations liées à la CEDEF sont l'inscription dans la législation interne du principe de l'égalité des hommes et des femmes. Les Etats doivent prendre tous les moyens appropriés afin d'éliminer la discrimination à l'égard des femmes et d'assurer leur plein développement, et cela dans les domaines civil, culturel, économique, politique et social, en vue de leur garantir l'exercice de leurs droits et libertés sur le même pied d'égalité que les hommes. Le CEDEF prône une reconnaissance des discriminations faites aux femmes (a) et une licéité générale et indiscutable des actions positives (b)

a) Une reconnaissance des phénomènes de discriminations en direction des femmes

La CEDEF³⁰⁹ reconnaît que les phénomènes de discrimination touchent, pour l'essentiel, les femmes. Malgré son caractère novateur, et le fait que son protocole optionnel³¹⁰ autorise l'examen de plaintes présentées par des groupes ou des individus, cette convention est restée peu utilisée.

³⁰⁷ Le Comité se félicite de l'intervention du chef de la délégation française qui a rappelé au sujet du devoir de mémoire que la France, lors de la Conférence d'examen de Durban, avait exprimé le souhait qu'un hommage soit rendu à la mémoire des victimes de l'esclavage, de la traite des esclaves, de l'apartheid et du colonialisme.

³⁰⁸ Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination raciale, 66^{ème} session.

³⁰⁹ Article 11 alinéa 1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations unies, entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

³¹⁰ Ratifié par la France en juin 2000.

Cette convention comporte la définition en droit international de « *la discrimination à l'égard des femmes* »³¹¹. Celle-ci est prohibée sous tous les aspects que relève l'article 1^{er} et, pour éviter toute ambiguïté, les articles de la Convention définiront par la suite les différents droits fondamentaux pour lesquels l'interdiction de discrimination pèsera³¹².

L'article 4 de la CEDEF, relatif aux actions positives, constitue une disposition du droit international ayant une valeur et une signification juridiques tout à fait originales : il s'agit d'un texte à portée interprétative et transversale³¹³. En effet, alors que la Convention a pour objet d'éliminer tous les actes de discrimination à l'égard des femmes dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil, l'article 4 stipule que l'application de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination au sens de la définition donnée par l'article 1^{er}³¹⁴.

b) Des actions positives favorisant les femmes, non constitutives de discriminations sexuelles

L'article 4 de la CEDEF relatif aux actions positives constitue une disposition du droit international ayant une valeur et une signification juridiques tout à fait originales. Il s'agit d'un texte à portée interprétative, transversale à toutes les normes et obligations énoncées par le Traité, cas d'une clause générale. Alors que la Convention a pour objet d'éliminer tous les actes de discrimination à l'égard des femmes dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil, l'article 4 stipule que des mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination au sens de la définition donnée par l'article 1^{er}³¹⁵.

L'article 4 a pour objet de conférer une licéité, générale et indiscutable, aux actions positives, afin d'éviter toute hésitation ou toute contestation futures sur la compatibilité de mesures favorisant les femmes uniquement, avec le Traité, alors que celui-ci prohibe la discrimination entre les sexes, et pourrait dès lors, en l'absence de l'article 4, susciter le doute au sujet du caractère licite de telles mesures³¹⁶.

³¹¹ Article 1^{er} de la CEDEF.

³¹² Article 3 de la CEDEF.

³¹³ VOGEL-POLSKY (Eliane), Commentaire sur la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes : l'article 4 sur les actions positives, dans, NACIRI (Rabea), *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes : pour la levée des réserves et la ratification du Protocole facultatif à la CEDEF en Afrique du Nord : Progrès, défis et perspectives*, Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique, Rabat, 15-16 mars 2011, étude, février 2011, pp. 20-40.

³¹⁴ VOGEL-POLSKY (Eliane), Commentaire sur la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes : l'article 4 sur les actions positives, *ibidem*, p. 1.

³¹⁵ VOGEL-POLSKY (Eliane), Commentaire sur la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes : l'article 4 sur les actions positives, *ibidem*, pp. 1-2.

³¹⁶ NACIRI (Rabea), La CEDEF en Afrique du Nord : Progrès, défis et perspectives, dans, *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes : Pour la levée des réserves et la ratification du Protocole facultatif à la CEDEF en Afrique du Nord*, Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique, Rabat, 15-16 mars 2011, étude, février 2011, p. 4.

Si les discriminations envers les femmes dans le travail, ont suscité l'intervention de la communauté internationale à travers la CEDEF ; la question raciale qui est à l'origine de nombreux crimes à l'échelle internationale, qualifiés de « crimes contre l'humanité » telles que l'esclavage³¹⁷ ; La CERD, symbolise quant à elle, la reconnaissance universelle de l'égalité entre tous les êtres humains.

Le contrôle de l'application de la Convention CEDEF et de son protocole facultatif est assuré par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, composé de 23 experts indépendants. Les Etats parties à la CEDEF s'engagent à présenter au Comité, dans l'année qui suit sa ratification, puis tous les quatre ans, un rapport décrivant toutes les mesures mises en place. Le Comité est chargé de contrôler l'application de la CEDEF, il émet des recommandations générales³¹⁸.

Contrairement à la CEDEF, le protocole facultatif n'admet aucune réserve des Etats parties lors de leur adhésion. Il prévoit en outre que « *des communications peuvent être présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un Etat partie, qui affirment être victimes d'une violation par cet Etat Partie d'un des droits énoncés dans la Convention* »³¹⁹.

La question raciale, ayant conduit à de nombreux crimes contre l'humanité, qu'il a semblé nécessaire voire indispensable, de reconnaître les discriminations raciales, dans un texte de portée universelle.

2/ La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, une reconnaissance universelle

La convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale est l'une des conventions les plus universellement reconnues (a) qui va au-delà des questions de l'emploi (b). C'est aussi le premier instrument des Nations Unies à avoir institué le mécanisme conventionnel de contrôle, par le moyen des rapports étatiques (c).

a) Une nécessaire reconnaissance de l'égalité de tous les êtres humains

La CERD affirme solennellement la nécessité d'éliminer rapidement toutes les formes et toutes les manifestations de discriminations raciales dans toutes les parties du monde et d'assurer la compréhension et le respect de la dignité de la personne humaine. Elle s'attache spécifiquement aux discriminations fondées sur la race. Elle les condamne et prône la mise en œuvre de politiques étatiques de lutte contre de

³¹⁷ Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité?, *JORF* n° 0119 du 23 mai 2001, p. 8175.

³¹⁸ Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes tient deux sessions par an. Les 23 experts du Comité, qui y siègent à titre personnel, ont pour tâche de surveiller l'application de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, (CEDEF). Après l'examen des rapports nationaux, le Comité transmet aux États parties des observations finales. Il formule également des recommandations générales sur certaines questions que couvre la Convention.

³¹⁹ Article, Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 6 octobre 1999.

telles discriminations. « *Les États parties condamnent la discrimination raciale et s'engagent à poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale et à favoriser l'entente entre toutes les races* »³²⁰.

Les raisons qui avaient initialement conduit les Etats parties à rédiger cette Convention y sont rappelées dans son préambule en ces termes : les Etats s'y déclarent convaincus que « *toute doctrine de supériorité fondée sur la différenciation entre les races est scientifiquement fausse, moralement condamnable et socialement injuste et dangereuse* » et que « *rien ne saurait justifier, où que ce soit, la discrimination raciale, ni en théorie, ni en pratique* », puis ils réaffirment que « *la discrimination entre les êtres humains pour des motifs fondés sur la race, la couleur ou l'origine ethnique est un obstacle aux relations amicales et pacifiques entre les nations et est susceptible de troubler la paix et la sécurité entre les peuples* »³²¹. La Convention contient une liste longue mais non exhaustive de droits et libertés dont les parties s'engagent à respecter mais en s'interdisant et en éliminant toutes formes de discrimination raciale³²².

La Convention est considérée comme le seul instrument juridique international qui porte spécifiquement sur les questions de fond de la discrimination raciale. Elle est aujourd'hui, (après la Convention sur les droits de l'enfant et celle sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes), l'une des conventions internationales sur les droits de l'homme les plus universellement reconnues, puisqu'elle a été ratifiée par 156 Etats.

b) Une protection contre les discriminations en matière d'emploi

Les droits économiques, sociaux et culturels, qui sont protégés par le PIDESC³²³ le sont également par la CERD. Il s'agit du droit au travail, à la protection contre le chômage, à un salaire égal pour un travail égal, à une rémunération équitable ; droit au logement, à la santé, à l'éducation et à la formation professionnelle ; droit de fonder des syndicats et de s'y affilier ; droit de prendre part aux activités culturelles ; droit d'accès à tous les lieux et services destinés à l'usage du public.

En vertu de la Convention, a été constitué un comité composé de 18 experts indépendants qui sont chargés de surveiller la mise en œuvre des dispositions de la Convention³²⁴.

Un important aspect de la Convention est le fait qu'elle couvre les droits à titre individuel et collectif, comme il est indiqué, en ces termes : « *Chaque Etat partie s'engage à ne se livrer à aucun acte ou*

³²⁰ Article 2.1 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, entrée en vigueur le 4 janvier 1969.

³²¹ Préambule de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, *ibidem*.

³²² La liste inclut certains droits qui ne sont pas expressément énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, tels les droits à l'égard desquels la discrimination raciale est interdite, comme le droit au travail, le droit de s'affilier à des syndicats.

³²³ Article 1, alinéa 1 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, *ibidem*.

³²⁴ Article 8 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, *op. cit.*

pratique de discrimination raciale contre des personnes, groupes de personnes ou institutions »³²⁵. Ce fait est particulièrement important pour les groupes minoritaires et les populations autochtones dont les droits collectifs font souvent l'objet de discrimination³²⁶.

c) Un mécanisme conventionnel de contrôle par le moyen des rapports étatiques

Après avoir ratifié la Convention ou y avoir adhéré, chaque État partie souscrit à l'obligation de soumettre des rapports périodiques au Comité, ou à la demande de ce dernier, sur les mesures qu'il a adoptées pour appliquer la Convention.

Le Comité formule des « suggestions et recommandations d'ordre général »³²⁷ prévues dans la CERD (Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale)³²⁸, aux fins d'aider les États parties à s'acquitter de leurs obligations, qui sont fondées sur l'examen des rapports des États parties. Les Recommandations générales sont formulées lorsque le Comité ne trouve pas de renseignements suffisants sur des articles spécifiques de la Convention qui lui sont utiles pour établir les faits et résumer son opinion.

Ces Recommandations générales permettent aux États parties et au Comité de mieux comprendre les types de questions et de problèmes que rencontrent les États lorsque ces derniers s'efforcent d'interpréter la Convention³²⁹.

Les recommandations générales peuvent également aider les ONG à comprendre le sens et les conséquences des diverses dispositions de la Convention. Toutefois, elles n'ont pas force de droit à l'égard des États parties. Outre les Recommandations générales, les directives d'ordre général adoptées par le Comité, quant au format et à la teneur des rapports que doivent soumettre les États parties³³⁰, ont pour objet de donner efficacement suite aux prescriptions de la Convention.

A titre d'exemple, en date du 19 août 2005, le Comité note avec préoccupation que, selon certaines informations et compte tenu du § 2 e) de la résolution 59/206 de l'Assemblée générale en date du 22 décembre 2004, les minorités nationales ethniques sont victimes de restrictions sévères dans le domaine de l'emploi, en particulier dans le secteur public. Il s'inquiète en particulier d'informations faisant état de l'exclusion de nombreuses personnes dans la fonction publique et de l'imposition du « *critère de la*

³²⁵ Article 2 a) de la Convention CERD, *ibidem*.

³²⁶ Voir par exemple la recommandation générale XXI sur le droit à l'autodétermination, et la recommandation générale XXIII sur les droits des populations autochtones.

³²⁷ Il s'agit des recommandations générales.

³²⁸ Article 9.2 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, *ibidem*.

³²⁹ TANAKA (Atsuko), NAGAMINE (Yoshinobu), *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale : Guide à l'usage des ONG*, IMADR (International Movement Against All Forms of Discrimination and Racism), janvier 2001, p. 9.

³³⁰ Article 9, § 1 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, *ibidem*.

troisième génération » aux personnes qui souhaitent accéder à l'enseignement supérieur et à des postes dans le secteur public³³¹.

L'une des forces de la CERD est le rapport annuel à l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette arme est, certes, essentiellement d'ordre politique et psychologique mais il ne faut pas la sous-estimer pour autant. L'attention que les Etats portent à la présentation de leurs rapports, l'importance des délégations qui viennent devant le Comité et leur vigilance face aux questions en sont la preuve. Le rapport public à l'Assemblée générale est, en effet, de nature à gêner les Etats défaillants, qui craignent de se voir ainsi stigmatiser devant l'organe le plus large des Nations Unies. Cela suffit souvent à les persuader d'aligner au moins leur législation sur les exigences de la Convention. Par ailleurs, le rapport annuel pour l'Assemblée générale contient les Recommandations générales de la CERD, dans lesquelles se reflète la doctrine du Comité sur les questions fondamentales qu'il a rencontrées et sur l'interprétation qu'il convient de donner aux dispositions de la Convention³³².

Cependant, depuis 1965, malgré de considérables efforts et évolutions, les idéaux portés par la Convention sont loin d'avoir été totalement réalisés³³³. Plus encore, on ne peut nier dans le contexte social et politique actuel que les discriminations raciales en matière d'emploi sont au cœur de très vifs débats.

La question des discriminations est évoquée à plusieurs reprises en droit international, notamment dans les textes fondateurs du nouvel ordre international. Le principe de non-discrimination y est alors par la suite énoncé avec force dans de nombreux textes internationaux. Ces textes tendent à lutter contre toute forme de discrimination et plus particulièrement les discriminations raciales, dans tous les domaines notamment celui du travail, avec une intervention déterminante de l'OIT notamment à travers les conventions C100 et C111.

B – L'APPORT DES CONVENTIONS DE L'OIT A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL

Sur les huit conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du travail, bon nombre sont consacrées au domaine de la non-discrimination liée au travail. Les principales sont les conventions C100 et C111.

³³¹ Article 2 et 5 du Pacte International relatif aux Droits Economiques Sociaux et Culturels, *op. cit.*

³³² DE GOUTTES (Régis), Le rôle du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale, *RTDH*, décembre 2000, p. 579.

³³³ Il s'agit de difficultés liées à la persistance de l'antisémitisme, à l'islamophobie, aux difficultés croissantes rencontrées par les demandeurs d'asile, difficultés pour une part liées à l'impact du 11 Septembre. Des États tels que la France et le Royaume-Uni qui adhèrent aux principes universels des droits de l'homme sont cependant l'objet de critiques (Voir Conclusions du CERD sur les rapports de la France de 2004 §10 – 30 Sujets de préoccupations, recommandations et Conclusions du CERD sur les rapports du Royaume-Uni de 2003 §11- 31 Concerns and recommendations).

En effet, dès 1944, la déclaration de Philadelphie rappelait déjà un principe d'égalité de tous les travailleurs. La déclaration sur l'égalité des chances et de traitement pour les travailleuses, de 1975, et surtout de nombreuses conventions et recommandations visent les questions de rémunération et de protection de la maternité. La convention n° C100 de 1951 sur l'égalité de rémunération a introduit la notion d'égalité substantielle, à savoir l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale, et non plus seulement l'égalité formelle³³⁴.

La convention n° C111 de 1958 interdit « *toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession* »³³⁵.

Il existe peu de références sur les seniors, hormis la recommandation sur les travailleurs âgés de 1980. Selon Jean-Michel Servais « *d'autres motifs de discrimination n'ont pas conduit à l'adoption de normes internationales spécifiques : la langue, la vie privée, des maladies telles que le sida, les poursuites ou les condamnations judiciaires* »³³⁶.

La convention n° C156 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales de 1981 était pionnière en ce qu'elle prévoyait que « *chaque membre doit, parmi ses objectifs de politique nationale, viser à permettre aux personnes ayant des responsabilités familiales qui occupent ou désirent occuper un emploi d'exercer leur droit de l'occuper ou de l'obtenir sans faire l'objet de discrimination et, dans la mesure du possible, sans conflit entre leurs responsabilités professionnelles et familiales* »³³⁷.

Enfin, la déclaration des droits et principes fondamentaux du travailleur de juin 1998 est un texte directement applicable dans les États.

Le rapport global du BIT sur l'égalité au travail notait, en 2007, que « *l'un des thèmes majeurs du rapport est la persistance des écarts hommes-femmes au regard de l'emploi et des salaires, et la nécessité de politiques qui intègrent à la fois des mesures contre la discrimination sexuelle en matière de rémunération et contre la ségrégation sexuelle en entreprise, tout en réconciliant travail et responsabilités familiales* »³³⁸. Les conventions de l'OIT proposent de combattre les représentations passéistes avec la convention n° C100 (1) et un élargissement des motifs de discrimination avec la convention n° C111 (2).

³³⁴ BERTHOU (Katell), *Discriminations au travail : Panorama du droit international et du droit communautaire, Informations sociales*, n° 148, éd. CNAF, 2008, pp. 46-47.

³³⁵ Article 1, alinéa (a) de la Convention n° C111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, du 25 juin 1958, adoptée à Genève le 25 juin 1958, approuvée par l'Assemblée fédérale le 15 juin 1961.

³³⁶ SERVAIS (Jean-Michel) *Normes internationales du travail*, LGDJ, juillet 2004, p. 118.

³³⁷ Article 3 de la convention n° C156 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales de 1981, adoptée le 23 juin 1981, entrée en vigueur le 11 août 1983.

³³⁸ Communiqué de Presse relatif au Nouveau Rapport global du BIT sur l'égalité au travail, 10 mai 2007.

1/ La nécessité de combattre les représentations passéistes : la convention C100

Cette convention consacre le principe d'égalité salariale entre les sexes (a) ainsi qu'une obligation de collaboration de l'Etat avec les organisations professionnelles (b).

a) Une consécration du principe d'égalité salariale entre hommes et femmes

La convention C100 sur l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine consacre le principe de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes pour un travail de valeur égale.

Cette convention a marqué l'aboutissement de plus de 30 années de travail de la Commission de la condition de la femme³³⁹. Les travaux de la Commission ont contribué à mettre en évidence tous les domaines dans lesquels les femmes se voient dénier l'égalité avec les hommes. Ces efforts en faveur de la cause des femmes ont trouvé leur expression concrète dans plusieurs déclarations et conventions, et notamment dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, l'instrument juridique fondamental, le plus complet sur la question.

L'Etat doit encourager et, dans la mesure où le permettent les méthodes en vigueur pour la fixation des taux de rémunération, assurer l'application à tous les travailleurs du principe de l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale³⁴⁰.

La convention s'applique au salaire ou traitement de base et à tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de son emploi. Elle définit l'« égalité de rémunération »³⁴¹ pour un travail de valeur égale comme une rémunération déterminée sans discrimination fondée sur le sexe.

b) Une obligation de collaboration de l'Etat avec les organisations professionnelles

Le principe de l'égalité salariale peut être appliqué par la voie de la législation nationale, de tout système de fixation des salaires établi ou reconnu par la législation, de conventions collectives ou d'une combinaison de ces divers moyens. Un des moyens préconisés pour faciliter l'application de la convention est l'évaluation objective des emplois sur la base de la nature du travail exercé³⁴².

La convention prévoit que les gouvernements collaboreront avec les organisations d'employeurs et de travailleurs en vue de donner effet à ses dispositions³⁴³.

³³⁹ Organe fondé en 1946 par les Nations Unies pour examiner la situation des femmes et promouvoir leurs droits.

³⁴⁰ BIT, *Egalité entre hommes et femmes et travail décent : Conventions et recommandations clés de l'OIT pour la promotion de l'égalité entre hommes et femmes*, 2012, p 12. Article 2 de la convention C100 sur l'égalité de rémunération du 29 juin 1951, entrée en vigueur le 23 mai 1953.

³⁴¹ Article 1^{er} alinéa 2 de la Convention CEDEF *op. cit.*

³⁴² Article 3.3 de Convention n° C100 sur l'égalité de rémunération, 1951, *ibidem*.

³⁴³ Article 4 de Convention n° C100 sur l'égalité de rémunération, 1951, *op. cit.*

Deux principaux obstacles empêchent la réduction des écarts de salaires entre les sexes : le maintien de la part prépondérante des femmes dans l'accomplissement des tâches ménagères, l'éducation des enfants et les soins aux personnes âgées, ainsi que la difficulté de concilier, en pratique, ces activités avec la vie professionnelle. Il serait particulièrement opportun de souligner que les capacités et les aspirations à l'emploi des femmes sont en harmonie avec la nécessité de maintenir, en France, un taux d'activité suffisamment élevé³⁴⁴.

Au-delà, une répartition des salaires plus équitable est de nature à stimuler la mobilisation des talents féminins et à apporter à la France le nouveau dynamisme dont elle a besoin³⁴⁵.

S'il est fondamental de combattre fermement les représentations passéistes du travail des femmes et les comportements souvent discriminatoires qu'elles entraînent, une politique efficace en la matière doit se faire avec les entreprises et non pas contre elles³⁴⁶.

2/ Des innovations relatives aux motifs de discrimination : la convention C111

Cette convention sur la discrimination (en matière d'emploi et de profession) de 1958 (n° C111) a été identifiée comme l'une des huit conventions fondamentales de l'OIT que les membres de l'OIT doivent respecter, promouvoir et appliquer. En 2015, la convention a été ratifiée par 172 pays.

Cependant, si c'est le 25 juin 1958 que l'OIT adopte pour la première fois la convention internationale relative à la discrimination en matière professionnelle dit Convention C111, elle entre en vigueur en France le 28 mai 1982, après vingt-quatre ans de réflexion. Son objectif est d'éliminer le défaut d'égalité des chances sur le marché du travail (a) et son originalité réside dans la possibilité pour les Etats d'étendre la liste des motifs de discrimination (b).

a) Un objectif de favoriser l'égalité des chances dans le travail

Cette convention protège tous les travailleurs contre la discrimination. Les motifs de discrimination qui sont énumérés dans la convention sont la race, la couleur et la nationalité. Elle a pour objectif d'éliminer la discrimination et le défaut d'égalité des chances en ce qui concerne l'accès au travail et à l'emploi.

Elle traite des discriminations sur le marché du travail, que celles-ci soient ou non liées à la race, et prône la mise en œuvre de politiques nationales d'égalité des chances et de traitement dans l'emploi. « *Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à formuler et à appliquer une*

³⁴⁴ GAUTIER (Gisèle), *Les inégalités salariales entre les hommes et les femmes*, Rapport d'information sur l'activité de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes pour l'année 2002, n° 210, Sénat, 12 mars 2003, p. 24.

³⁴⁵ GAUTIER (Gisèle), *Les inégalités salariales entre les hommes et les femmes*, Rapport d'information sur l'activité de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes pour l'année 2002, *ibidem*, p. 25.

³⁴⁶ GAUTIER (Gisèle), *Les inégalités salariales entre les hommes et les femmes*, Rapport d'information sur l'activité de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes pour l'année 2002, *ibidem*, p. 25.

politique nationale visant à promouvoir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, afin d'éliminer toute discrimination en cette matière »³⁴⁷.

b) Une possibilité d'extension des motifs de discriminations prohibés

La convention n° C111 définit la discrimination comme « *toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession* »³⁴⁸. En plus des motifs de discrimination explicitement cités dans la convention C111³⁴⁹, les États membres peuvent identifier d'autres motifs de discrimination nécessitant une protection, après avoir consulté les organisations d'employeurs et de travailleurs³⁵⁰.

On distingue trois éléments importants : une différence de traitement (distinction, exclusion ou préférence) ; un motif à la base de la différence de traitement, et enfin, le résultat de la différence de traitement (diminution de l'égalité de chances ou de traitement).

La discrimination peut avoir lieu à l'occasion de l'embauche, pendant l'emploi ou lors du licenciement. Elle consiste en un traitement différencié sur la base des critères de discrimination énoncés à l'article premier, ou pour d'autres motifs non liés aux exigences inhérentes du poste³⁵¹.

Concernant l'application interne des conventions de l'OIT, on constate que la France se conforme bien aux conventions qu'elle a ratifiées. L'OIT ne dispose certes pas de juridictions qui pourraient prononcer des décisions exécutoires, comme la Cour EDH ou la CJUE Mais elle exerce une surveillance constante et « harcèle » de demandes de rapports les États, concernant tous les domaines ou presque de la vie sociale³⁵².

Pour conclure sur l'expansion des normes universelles, il s'avère que toutes les conventions citées reprennent systématiquement le principe de non-discrimination : celle de 1983, concernant la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées : n° 159³⁵³ ; celles relatives aux droits des personnes handicapées et de l'enseignement³⁵⁴ ; aux droits de l'enfant (1989)³⁵⁵ ; à la protection des

³⁴⁷ Article 2 de la Convention n° C111, concernant la discrimination (emploi et profession) du 25 juin 1958, *op. cit.*

³⁴⁸ Article 1 (1) (a) de la Convention n° C111, concernant la discrimination (emploi et profession) du 25 juin 1958, *ibidem.*

³⁴⁹ La race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale.

³⁵⁰ Article 1(1) (b) de la Convention n° C111, concernant la discrimination (emploi et profession) du 25 juin 1958, *ibidem.*
La discrimination syndicale est couverte séparément dans le dossier juridique sur la liberté d'association et de négociation collective

³⁵¹ Article 1 de la Convention n° C111, concernant la discrimination (emploi et profession) du 1958, *ibidem.*

³⁵² LYON-CAEN (Pierre), L'application par la France des Conventions internationales du travail, *Droits fondamentaux*, n° 8, janvier 2010 – décembre 2010, p. 11.

³⁵³ Convention n° C159 sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées, 1983, *op. cit.*

³⁵⁴ Convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 13 décembre 2006, entrée en vigueur le 3 mai 2008.

³⁵⁵ Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

travailleurs migrants et des membres de leur famille (1990)³⁵⁶ et celle pour la protection des droits et de la dignité des handicapés (2006)³⁵⁷. Enfin la convention de l'UNESCO relative à la lutte contre les discriminations dans le domaine de l'enseignement (1960)³⁵⁸, définit le terme discrimination ainsi : « toute distinction, exclusion, limitation ou préférence qui, fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la condition économique ou la naissance, a pour objet ou pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de définit traitement en matière d'enseignement ».

Progressivement s'est ainsi constitué au fil des décennies un droit international qui reconnaît le droit de toute personne, sans distinction, à l'égalité devant la loi et à la protection contre la discrimination sur le marché du travail. Cependant, les dispositifs prévus pour les mettre en œuvre semblent insuffisants.

Avec la création du Conseil des droits de l'homme, le 15 mars 2006 par l'Assemblée générale de l'ONU, le but principal était d'aborder des situations de violations de droits de l'homme et d'émettre des recommandations à l'encontre de l'Etat fautif. Un an après sa première réunion, le 18 juin 2007, le Conseil a adopté sa mise en place des institutions³⁵⁹, lui fournissant les éléments pour le guider dans ses futurs travaux. Parmi ces éléments, on trouve le nouveau mécanisme d'examen périodique universel³⁶⁰ qui permet d'évaluer les situations de droits de l'homme dans chacun des 192 Etats membres de l'ONU. D'autres dispositifs incluent un nouveau Comité consultatif³⁶¹, ainsi que le mécanisme révisé de procédé de plaintes, qui permet à des individus et à des organismes de porter à connaissance du Conseil des plaintes de violations de droits de l'homme.

En outre, les comités pour l'élimination de la discrimination raciale et pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes contrôlent, chacun, l'application par les Etats membres des conventions spécifiques, établissant en cas de manquement un rapport adressé à l'Etat concerné³⁶².

³⁵⁶ Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003.

³⁵⁷ Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006, entrée en vigueur le 3 mai 2008.

³⁵⁸ SABA (Hanna), Convention et la Recommandation de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, *AFDI*, volume 6, 1960, pp. 646-659.

³⁵⁹ Conformément au mandat qui lui a été confié par l'Assemblée générale dans sa résolution 60/251 du 15 mars 2006.

³⁶⁰ Il consiste à passer en revue les réalisations de l'ensemble des Etats membres de l'ONU dans le domaine des droits de l'homme. Il s'agit d'un processus mené par les Etats, sous les auspices du Conseil des droits de l'homme. Il fournit à chaque Etat l'opportunité de présenter les mesures qu'il a pris pour améliorer la situation des droits de l'homme sur son territoire et remplir ses obligations en la matière. Mécanisme central du Conseil des droits de l'homme, l'EPU est conçu pour assurer une égalité de traitement à chaque pays.

³⁶¹ Un « groupe de réflexion » au Conseil, fournissant expertise et conseil sur des questions thématiques des droits de l'homme.

³⁶² Si cette attitude se justifie pleinement lors de violations, il peut paraître plus étonnant de trouver, presque systématiquement, des suggestions et des recommandations même quand il n'y a pas constat de manquement. Dans ces hypothèses, le Comité demande à l'Etat de « compléter sa législation », de « garantir que les demandes de réparations justes et adéquates des victimes de discrimination raciale soient examinées compte dûment tenu des cas où la discrimination n'a pas entraîné de dommages corporels mais a provoqué une humiliation ou une souffrance de nature similaire ».

Si, au niveau international, un important dispositif vise à assurer l'égalité de traitement et à sanctionner les discriminations, le dispositif prévu pour leur mise en œuvre au niveau interne, demande à être respecté. Il n'en est pas de même pour le droit de l'Union européenne.

En effet, le droit de l'Union européenne pénètre le droit national sans aucune forme de « réception ». Ceci vaut pour l'ensemble des sources du droit européen. Cette immédiateté est articulée par rapport au droit national autour de deux principes : l'effet direct et la primauté, des principes fondamentaux qui influencent considérablement le droit interne.

CHAPITRE II
LES CONTRIBUTIONS INNOVANTES DU DROIT EUROPEEN DE LA NON-
DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL

Les textes adoptés au niveau européen ont eu un rôle important dans le développement de normes juridiques relatives aux discriminations et pour l'égalité des chances dans le monde du travail. Le refus de la discrimination, du moins sur le critère de la nationalité, s'est ainsi logiquement trouvé au centre de l'élaboration du droit européen. Dès 1957, le traité de Rome, interdit toute discrimination à l'encontre des individus. L'Union européenne rédige ensuite deux directives et un programme d'action de lutte contre les discriminations. La première consultation des partenaires sociaux européens par la Commission a abouti à l'adoption par le Conseil de la directive du 15 décembre 1997³⁶³.

Ensuite, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne abrite dans le chapitre intitulé « l'égalité », un article sur la « non-discrimination »³⁶⁴.

L'année 2000 aura été très productive : une première directive interdit toute discrimination fondée sur l'origine raciale ou ethnique dans des domaines plus larges (éducation, protection sociale, culture, etc.), offrant une protection juridique aux victimes de discriminations³⁶⁵. Une seconde interdit toute forme de discrimination en matière d'emploi³⁶⁶.

Il y a lieu de souligner que le principe de non-discrimination constitue également un principe directeur dans nombre de documents du Conseil de l'Europe³⁶⁷. Il importe ainsi de noter que la version de la Charte sociale européenne de 1996 garantit tant le droit à l'égalité des chances que le droit à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe³⁶⁸. De plus, une protection supplémentaire contre la discrimination est assurée par la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales³⁶⁹.

Il conviendra, ci-après, de montrer que les contributions du droit européen de la non-discrimination liée au travail ont été innovantes par l'apport majeur du droit de l'Union Européenne relatif à la non-

³⁶³ Directive n° 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE (l'Union des Confédérations de l'Industrie et des Employeurs d'Europe), le CEEP (Centre Européen des Entreprises à Participations publique), et la CES (Confédération Européenne des Syndicats) - Annexe de Accord-cadre sur le travail à temps partiel, *JOCE* L 14 du 20 janvier 1998, pp. 9-14.

³⁶⁴ « est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

³⁶⁵ Directive n° 2000/43 du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *ibidem*.

³⁶⁶ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JORF* n° L 303 du 2 décembre 2000, p. 0016-0022.

³⁶⁷ THIBERT (Rémi), Discriminations et inégalité à l'école, *Dossier de veille de l'IFÉ*, n° 90, Février 2014, p. 1.

³⁶⁸ Article 20 et la partie V, article E, de la Charte sociale européenne, *op. cit.*

³⁶⁹ Article 4, article 6, § 2, et l'article 9 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, du Conseil de l'Europe, du 1^{er} février 1995, entrée en vigueur le 1^{er} février 1998.

discrimination dans le travail (I) et de mettre en relief les apports importants de la Charte Sociale Européenne en matière de non-discrimination liée au travail (II).

I – LES APPORTS MAJEURS DU DROIT DE L’UNION EUROPEENNE RELATIF A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL

La question des discriminations en matière d’emploi a été abordée, dans un premier temps, sous le seul prisme du principe de l’égalité des rémunérations sans distinction de sexe dans le Traité de Rome.

En effet, le Traité instituant la Communauté économique européenne contenait une disposition interdisant toute discrimination fondée sur le sexe dans le domaine de l’emploi. Bien que le droit de l’Union européenne ait considérablement évolué au fil du temps, il n’en reste pas moins que, jusqu’en 2000, la législation en vigueur dans l’Union européenne en matière de non-discrimination s’appliquait exclusivement aux domaines de l’emploi et de la sécurité sociale, et prohibait uniquement la discrimination fondée sur le sexe.

Dans les années 90, des groupes de pressions ont œuvré afin que l’interdiction de la discrimination prévue par le droit de l’Union européenne soit étendue à d’autres motifs de discrimination, tels que la race et l’origine ethnique, l’orientation sexuelle, les convictions religieuses, l’âge et le handicap. La crainte d’une résurgence du nationalisme extrémiste dans certains États membres a fait naître une volonté politique suffisante, pour procéder à une modification du Traité CE donnant compétence à la Communauté pour légiférer dans ces domaines.

En 1997, le Traité d’Amsterdam a introduit un nouvel objectif du droit de l’Union : « *combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l’origine ethnique, la religion, les convictions, un handicap, l’âge ou l’orientation sexuelle* »³⁷⁰.

Durant l’année 2000, deux Directives ont été adoptées. Ces deux Directives ont marqué une étape cruciale dans l’élargissement du champ d’application du droit de l’UE, en reconnaissant que, pour que les individus aient toutes leurs chances de trouver un emploi sur le marché du travail, il est essentiel de leur garantir l’égalité d’accès à des domaines tels que la santé, l’éducation et le logement. En 2004, la Directive sur l’égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l’accès aux biens et aux services a étendu le champ d’application de l’interdiction de la discrimination fondée sur le sexe au domaine des biens et services.

Néanmoins, la protection contre la discrimination fondée sur le sexe ne correspond pas exactement à la portée de la protection prévue par la Directive sur l’égalité raciale, dans la mesure où la Directive sur l’égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale garantit l’égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale uniquement et ne l’étend pas au

³⁷⁰ Article 13 du TUE, signé à Maastricht le 7 février 1992, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

régime plus vaste de l'assistance sociale (qui inclut la protection sociale et l'accès aux soins de santé et à l'éducation).

L'orientation sexuelle, les convictions religieuses, le handicap et l'âge sont reconnus comme des motifs de discrimination prohibés en matière d'emploi et de travail.

Les traités fondateurs ne contenaient aucune référence aux droits de l'homme ou à la protection de ces droits. Toutefois, au fur et à mesure qu'elle a été saisie de recours fondés sur des violations des droits de l'homme par la législation de l'Union européenne, la CJCE a élaboré un ensemble de règles jurisprudentielles qui constituent ce que l'on appelle les « *principes généraux du droit de l'Union européenne* »³⁷¹.

Soucieux de rapprocher l'Union de ses citoyens, l'UE et ses États membres ont proclamé, en 2000, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Celle-ci établit une liste des droits de l'homme. Lors de son adoption en 2000, la Charte se résumait à une simple « déclaration » et n'avait donc pas force obligatoire. Avec l'entrée en vigueur en 2009 du Traité de Lisbonne, la Charte s'est vu conférer une force juridique contraignante, obligeant les institutions de l'Union européenne ainsi que les États membres à s'y conformer.

Par conséquent, les différents instruments de lutte au niveau de l'UE offrent une protection élargie (A), Ils connaissent également une étape majeure avec la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 qui met en œuvre cette ambition en matière d'emploi et de travail : créer un cadre général en faveur de l'égalité de traitement (B).

A – UNE PROTECTION ELARGIE AUX CRITERES ET AUX CAUSES DES DISCRIMINATIONS

L'élargissement de la protection contre les discriminations concerne aussi bien le principe, les critères tels que l'appartenance à une ethnie, la religion, l'âge, le handicap, etc. (1) que les causes de discriminations, liées à plusieurs facteurs qui sont notamment culturels, économiques et politiques : racisme, xénophobie, chômage (2).

³⁷¹ Ces principes sont des principes généralement techniques : le principe d'égalité devant la réglementation économique (CJCE, 21 juin 1958, Hauts Fournaux et aciéries belges, 8/57, *Rec.* p. 223), le principe de distinction des impôts et des taxes ou redevances (CJCE, 8 février 1968, IGF van Leuwen, 32/67, *Rec.* p. 63), le principe d'enrichissement sans cause (CJCE, 11 juillet 1968, Danvin, 26/67, *Rec.* p.463), le principe de la hiérarchie des normes en tant qu'il fonde la distinction entre règles et mesures d'exécution (CJCE, 17 décembre 1970, Köster, 25/70, *Rec.* p.1161), les principes régissant la responsabilité extra-contractuelle pour dommages causés par des actes normatifs (CJCE, 25 mai 1978, Bayerische HNL, 83/76, *Rec.* p. 1209), le principe de confidentialité des correspondances entre les avocats et leurs clients (CJCE, 18 mai 1982, AM & S., 155/79, *Rec.* p. 1575), le principe du droit au juge (CJCE, 15 mai 1986, Johnson, 222/84, *Rec.* p. 1663), le principe du droit des entreprises sur leurs secrets d'affaires (CJCE, 24 juin 1986, Akso, 53/85, *Rec.* p. 1985).

1/ Une extension des dispositions juridiques de l'Union Européenne relatives aux critères de discrimination

L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est garantie au niveau de l'Union européenne par de nombreux textes, tel l'article 141 du traité CE³⁷². Elle est redéfinie par la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006 ainsi que par une jurisprudence constante de la CJCE, sur la notion de travail égal valeur égale³⁷³. Ainsi, la garantie de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, s'exprime à travers un arsenal législatif (a) et une importante jurisprudence de la CJCE (b).

a) Un arsenal législatif garantissant l'égalité de rémunération entre hommes et Femmes

En 1957, l'article 119³⁷⁴ du Traité instituant la Communauté économique européenne donnait dès l'origine aux Etats membres un objectif d'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes. Il stipule en effet que « *chaque État membre assurera pendant la première phase, puis par la suite maintiendra, le principe selon lequel les hommes et les femmes doivent, à travail égal, recevoir un paiement égal* ». Un important arsenal législatif s'est mis en place sur ce fondement avec l'adoption de plusieurs directives à partir de 1975. La directive de 1975³⁷⁵ pose la règle générale sur l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins en ces termes : « *Le principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, qui figure à l'article 119 du traité et qui est ci-après dénommé principe de l'égalité des rémunérations, implique, pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale, l'élimination, dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération, de toute discrimination fondée sur le sexe. En particulier, lorsqu'un système de classification professionnelle est utilisé pour la détermination des rémunérations, ce système doit être basé sur des critères communs aux travailleurs masculins et féminins et établis de manière à exclure les discriminations fondées sur le sexe.* »³⁷⁶. Cette règle générale est mise en œuvre par l'alinéa 2 de l'article 119 qui prévoit qu'un système de classification professionnel : « *doit être basé sur des critères communs aux travailleurs masculins et féminins et établi de manière à exclure les discriminations fondées sur le sexe* »³⁷⁷.

³⁷² Anciennement article 119 du Traité CEE.

³⁷³ CJCE, 27 octobre 1993, Pamela Mary Enderby, Aff. C-127/92, I-05535 ; CJCE, 31 mai 1995, Royal Copenhagen, Aff. C-400/93, JTT, 1995, Rec. p. 372. CJCE, 26 juin 2001, Susanna Brunnhofer, Aff. C-381/99, I-4977. CJCE, 27 mars 1980, Macarthys Ltd c/ Wendy Smith, Aff. C-129/79, Rec. p. 1275. CJCE, 17 septembre 2002, A. G. Lawrence, Aff. C-320/00, *chron. RJS*, décembre 2002, p. 990.

³⁷⁴ Devenu depuis l'article 141.

³⁷⁵ La directive 75/117/CEE du 10 février 1975 rapproche des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, *ibidem*.

³⁷⁶ Article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la directive n° 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins, *ibidem*.

³⁷⁷ Article 1^{er}, alinéa 2, de la directive n° 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975, *ibidem*.

La directive 76/207/CEE du 9 février 1976 met en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, la formation, la promotion professionnelle, et les conditions de travail. Ensuite deux directives interviennent en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes. Il s'agit des directives de 1979³⁷⁸ et de 1986³⁷⁹.

La charte de l'Union européenne des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée en 1989, représente un socle de principes minimaux, communs à l'ensemble des États membres de l'Union européenne. Adoptée en conformité avec le préambule du traité instituant la Communauté économique européenne, elle fixe les grands principes sur lesquels se fonde le modèle européen du droit du travail. Elle s'applique notamment à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

Ainsi, une directive met en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail³⁸⁰. Dans la même année, l'article 141³⁸¹ du traité CE établit le principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes. Elle y définit la notion de rémunération dans son paragraphe 2 : « *Aux fins du présent article, on entend par rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier* »³⁸². Cette notion est redéfinie par la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 : « *Aux fins de la présente directive, on entend par rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimal et tout autre avantage, payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier* »³⁸³. Cette directive « refonte », vise à adapter sa rédaction à la très riche jurisprudence de la CJCE³⁸⁴.

b) Une importante jurisprudence de la CJCE relative à l'égalité de rémunération

La CJCE a eu la charge d'interpréter les dispositions de l'article 119 du Traité instituant la Communauté européenne ainsi que les directives adoptées par le Conseil. La jurisprudence de la Cour a bien souvent

³⁷⁸ Directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978, de mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, *JOCE*, n° L 6 du 10 janvier 1979.

³⁷⁹ Directive 86/613/CEE du 11 décembre 1986 de mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité.

³⁸⁰ directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002, *op. cit.* Cette directive fournit une définition de l'UE de la discrimination directe et indirecte, du harcèlement et du harcèlement sexuel. Elle encourage également les employeurs à prendre des mesures préventives afin de lutter contre le harcèlement sexuel, elle durcit les sanctions en cas de discrimination et prévoit l'établissement au sein des États membres d'organismes chargés de la promotion de l'égalité femmes/hommes.

³⁸¹ En tout, l'Union européenne aura produit 7 directives entièrement basées sur l'article 141 (article 119), qui ont été simplifiées et incluses dans la directive 2006/54 du 5 juillet 2006, *op. cit.*

³⁸² Article 141 § 2 du TCE.

³⁸³ L'article 2, 1-e) de la directive n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (*ibidem*).

³⁸⁴ CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH c/ Karin Weber von Hartz*, Aff. 170/84, *Rec.* p. 1607. CJCE, Gabrielle Defrenne c/ État belge, du 25 mai 1971, Aff. 80/70, *Rec.* p. 445. CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Aff. 43/75, *Rec.* 1976, p. 455 et CJCE, 15 juin 1978, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, aff. 149/77, *Rec.* p. 1365, concl. Francesco CAPOTORTI.

favorisé la recherche de l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Elle a par exemple reconnu un effet direct à l'article 119 du Traité relatif à l'égalité des rémunérations en faisant valoir que cet article faisait partie des objectifs sociaux de la Communauté³⁸⁵. Elle a en outre considéré que l'élimination des discriminations fondées sur le sexe faisait partie des droits fondamentaux dont elle devait assurer le respect. La jurisprudence de la Cour en matière de discriminations indirectes a permis d'incontestables progrès dans la mise en œuvre du principe d'égalité entre hommes et femmes.

Il est constant que sont prohibées tant les discriminations directes (c'est-à-dire directement fondées sur le sexe) que toutes formes dissimulées ou indirectes de discrimination (application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat). Une discrimination indirecte est établie, selon une jurisprudence constante, lorsque la mesure en cause, tout en étant formulée de façon neutre, désavantage en réalité un nombre considérablement plus élevé de travailleurs de tel sexe que de l'autre³⁸⁶ à moins que cette différence de traitement s'explique par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe (alors qu'une discrimination directe ne peut jamais être justifiée dès lors qu'elle résulte par définition de l'emploi du critère prohibé)³⁸⁷. Dans l'appréciation des facteurs objectifs, il faut que les moyens mis en œuvre soient à la fois nécessaires et appropriés à la réalisation de l'objectif poursuivi.

Une illustration classique concerne la distinction fondée sur la qualité de travailleur à temps partiel ou à temps partagé, qui lèse en général les femmes. Un grand nombre d'arrêts concerne cette problématique³⁸⁸, particulièrement en ce qui concerne les « emplois mineurs », c'est-à-dire les emplois dont le temps hebdomadaire de travail prévu contractuellement se situe en dessous d'un certain seuil³⁸⁹.

La charge de prouver l'existence d'une discrimination interdite fondée sur le sexe incombe en principe, à la victime. Toutefois, il ressort de la jurisprudence de la Cour que la charge peut être déplacée lorsque

³⁸⁵ CJCE, 25 mai 1971, 8 avril 1976, 15 juin 1978, Gabrielle Defrenne c/ Sabena, Affaires C-149/77, C-80/70 et C-43/75. Les arrêts Defrenne sont devenus historiques car la CJCE a reconnu que l'élimination de discriminations fondées sur le sexe faisait partie des principes généraux du droit de l'Union Européenne. De ce fait, l'article 119 est considéré d'effet direct, c'est-à-dire qu'il peut être directement invoqué par les particuliers devant leurs juridictions nationales.

³⁸⁶ CJCE, 13 juillet 1989, Rinner-Kühn, 171/88, *Rec.* p. 2743 (pour un nombre plus élevé de femmes que d'hommes). CJCE, 7 février 1991, Nimz, C-184/89, *Rec.* p. I-297 et CJCE, 27 juin 1990, Kowalska, C-33-89, *Rec.* p. I-2591 (pour un pourcentage considérablement plus faible d'hommes que de femmes) ; CJCE, 24 février 1994, Roks e.a., C-343/92, p. I-371 et CJCE, 12 octobre 2004, Wippel, C-313/02, *Rec.* p. I-9483, point 43; (pour un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes). Un écart moins important, mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période, peut aussi conduire à la reconnaissance d'une présomption de discrimination. La Cour de justice renvoie au juge national pour apprécier la fiabilité et le caractère significatif des données statistiques fournies cf. CJCE, 9 février 1999, Seymour-Smith, C-167/97, *Rec.* p. I-623 et CJCE, 27 octobre 1993, Enderby, C-127/92, *Rec.* p. I-5535.

³⁸⁷ Sous réserve des règles spécifiques (les articles 2, § 2 et 3, de la directive n° 76/207 ou 3, § 2, de la directive 79/7).

³⁸⁸ CJCE, 31 mars 1981, Jenkins, 96/80, *Rec.* p. 911 ; CJCE, 31 mai 1986, Bilka, 170/84, *Rec.* p. 1607, point 28 ; CJCE, 6 février 1996, Lewark, C-457/93, *Rec.* p. I-260, point 26 ; CJCE, 7 mars 1996, Freers e.a., *Rec.* p. I-1182, et CJCE, 12 octobre 2004, Wippel, C-313/02, *Rec.* P. I-9483. On signalera cependant un arrêt concernant la formation à temps partiel : l'arrêt du 9 septembre 2003, Rinke, C-25/02, *Rec.* p. I-8349, relatif à l'exigence, imposée par une directive de l'UE sur la formation en médecine générale, selon laquelle la formation à temps partiel doit comporter un certain nombre de périodes de formation à temps plein. Cette exigence reconnue conforme au principe de non-discrimination car justifiée par le souci du législateur de garantir une formation de qualité au médecin, et ce nonobstant le fait qu'elle désavantage particulièrement les femmes par rapport aux hommes, eu égard aux données statistiques disponibles.

³⁸⁹ CJCE, 13 juillet 1989, Rinner-Kühn, 171/88, *op. cit.*

cela s'avère nécessaire pour ne pas priver la victime de « *tout moyen efficace de faire respecter (en l'occurrence) le principe de l'égalité des rémunérations* »³⁹⁰. Ainsi, dès lors qu'une situation révèle « *une apparence de discrimination fondée sur le sexe* », c'est à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération constatée. Il en est ainsi lorsque des statistiques significatives laissent apparaître une différence sensible de rémunération entre deux fonctions de valeur égale dont l'une est exercée presque exclusivement par des femmes et l'autre principalement par des hommes³⁹¹.

Dans les cas de discrimination indirecte, la partie demanderesse qui allègue un traitement discriminatoire se trouve dans une situation nettement plus difficile en ce qui concerne l'établissement de la preuve. Il peut être pertinent de tenir compte des statistiques disponibles à la date de l'adoption de la mesure en cause.

L'Union Européenne a clairement démontré sa volonté de se mobiliser en faveur de la lutte contre les discriminations et notamment celles faites aux femmes en matière de rémunération. Les directives 2000³⁹² et le traité d'Amsterdam vont plus loin, en élargissant aussi bien les causes que les critères de discriminations³⁹³.

2/ Une prise en compte plus étendue des causes de discriminations

Les principes de non-discrimination à l'encontre des ressortissants de l'Union européenne et d'égalité entre les hommes et les femmes, déjà présents dans le traité instituant la communauté européenne, sont repris dans le traité d'Amsterdam³⁹⁴, qui reconnaît formellement le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales en introduisant ce principe dans le corpus législatif qui s'impose aux États membres de l'Union européenne. La lutte contre les discriminations raciales devient un objectif clair dès lors que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales est formellement confirmé. Le traité d'Amsterdam marque l'acte de naissance d'une politique européenne en matière de lutte contre les discriminations prenant en compte les causes des discriminations, désormais élargies au sexisme, à l'homophobie et à la transphobie³⁹⁵ (a). La jurisprudence de la CJCE s'est consacrée à ces causes de discrimination (b).

³⁹⁰ CJCE, 27 octobre 1993, Enderby, C-127/92, *Rec.* p. I 5535, point 14.

³⁹¹ CJCE, 17 octobre 1989, Danfoss, 109/88, *Rec.* p. I-3199, point 13.

³⁹² Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *ibidem*, et directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOUE* L. 303-16 du 2 décembre 2000, *op. cit.*

³⁹³ CARLIER (Jean-Yves), *La condition des personnes dans l'Union Européenne*, éd. Larcier, Bruxelles, 2007, p. 191.

³⁹⁴ Article 13 du Traité d'Amsterdam.

³⁹⁵ La transphobie est l'aversion envers les personnes transsexuelles ou transgenres relativement à leur identité sexuelle. La petite différence c'est qu'un transgenre ne peut pas avoir recours ni à la chirurgie esthétique ni à un traitement hormonal, tandis qu'un transsexuel, le peut.

a) Un élargissement des causes de discrimination au sexisme, à l'homophobie et à la transphobie

L'innovation réside dans le nouvel article 13 énonçant que « *le Conseil (...) peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle...* »³⁹⁶.

En effet, le droit de l'Union européenne de la non-discrimination sexiste recourt dès le traité de Rome, au principe de non-discrimination plutôt qu'à celui de l'égalité. En effet, dans la première partie de ce Traité concernant les principes de la CEE, le lien entre non-discrimination sexiste et égalité entre les femmes et les hommes est reconnu. L'égalité est constituée par l'absence de discriminations. Elle est circonscrite à l'égalité de rémunération³⁹⁷. D'une manière générale, la reconnaissance de ces principes d'égalité et de non-discrimination s'inscrit principalement dans le cadre de l'égalité professionnelle, domaine qui entre dans le champ de compétence limitée de l'Union européenne³⁹⁸.

En ce qui concerne les homosexuels, les principaux textes qui contiennent des dispositions visant à les protéger sont le traité d'Amsterdam³⁹⁹ et la Charte des droits fondamentaux⁴⁰⁰, signés respectivement en 1997 et en 2000, ainsi que la directive 2000/78⁴⁰¹. Cette directive suggère aux États membres de donner la possibilité aux associations, d'engager toute procédure judiciaire ou administrative pour faire respecter ces obligations et partage la charge de la preuve entre les deux parties : la victime doit établir la présomption de discrimination, tandis que l'autre partie doit démontrer que la différence de traitement est justifiée et non discriminatoire. Le Parlement européen a également adopté plusieurs résolutions en faveur des homosexuels⁴⁰².

³⁹⁶ Article 13 du TCE.

³⁹⁷ La rédaction de l'article 119 du traité de Rome s'inscrit dans le contexte encore récent (1951) de l'adoption de la Convention C100 de l'OIT sur l'égalité de rémunération.

³⁹⁸ L'extension du principe de non-discrimination a été reprise dans la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 7 décembre 2000, à l'article 23 à « tous les domaines ». Désormais, la politique de l'Union européenne porte sur d'autres thématiques concernant l'égalité entre les femmes et les hommes, notamment la lutte contre les violences à l'encontre des femmes (Programme DAPHNE : décision 803/2004/CE) ou encore leur égale participation à la prise de décision (Feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2006-2010).

³⁹⁹ Le traité d'Amsterdam stipule à l'article 13 que le « *le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la « race » ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ».

⁴⁰⁰ D'après l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux, « *Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ».

⁴⁰¹ La directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en matière d'emploi et de travail, (*ibidem*) et donc applicable aux seuls lieux de travail, interdit « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ».

⁴⁰² Le Parlement européen a adopté plusieurs résolutions, qui n'ont aucune force obligatoire : le 8 février 1994, sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la communauté européenne ; le 17 septembre 1996, sur les droits des homosexuels et des lesbiennes dans l'Union européenne ; le 5 juillet 2001, sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne, recommandant aux États membres d'inclure l'orientation sexuelle parmi les motifs de discrimination.

b) Les arrêts de la CJCE relatifs au sexisme, à l'homophobie et à la transphobie

Il ne s'agit pas de rendre compte de façon exhaustive de la jurisprudence abondante, même récente, de la CJCE en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes ni de tenter d'en retracer les grands axes. Il s'agit, plus modestement, de mettre en évidence les arrêts qui paraissent offrir l'occasion de faire le point sur la question.

La portée grandissante du principe de l'égalité entre les sexes peut se mesurer à l'examen du champ d'application des règles applicables, largement interprété par la Cour. Par exemple, concernant les emplois des femmes dans les forces armées, deux arrêts de principe ont été rendus à propos de l'accès des femmes aux emplois militaires⁴⁰³. Dans son arrêt *Sirdar*, la Cour a jugé qu'il n'existe « aucune réserve générale » à la mise en œuvre du principe de l'égalité des sexes pour des mesures d'organisation des forces armées motivées par la protection de la sécurité publique⁴⁰⁴, même s'il appartient aux États membres de prendre de telles mesures.

Ce principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes a donc une portée générale et la directive s'applique aux rapports d'emploi dans le secteur public⁴⁰⁵, y compris aux conditions d'accès à l'emploi, de formation professionnelle et de travail dans les forces armées destinées à assurer l'efficacité au combat (arrêt *Sirdar* précité, points 16 à 20).

Toutefois, en vertu de l'article 2, § 2, de la directive 76/207, précitée, les États membres ont la faculté d'exclure de son champ d'application les activités professionnelles pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante. Cette disposition est d'interprétation stricte⁴⁰⁶ et doit être appliquée conformément au principe de proportionnalité en ce sens que les dérogations ne sauraient dépasser les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché (arrêts *Sirdar*, point 26).

La Cour a admis, dans l'affaire *Sirdar*, l'exclusion des femmes du service dans des unités combattantes spéciales telles que les Royal Marines⁴⁰⁷, en raison de la règle dite de l'« interopérabilité »⁴⁰⁸, instituée dans le but d'assurer l'efficacité au combat et compte tenu de la marge d'appréciation dont les autorités nationales disposent pour adopter les mesures propres à assurer la sécurité publique.

⁴⁰³ CJCE, 26 octobre 1999, *Sirdar*, C-273/97, *Rec.* p. I-7403 et CJCE, 11 janvier 2000, *Kreil*, C-285/98, *Rec.* p. I-69.

⁴⁰⁴ Mise à part l'application éventuelle de la dérogation prévue à l'article 297 CE, qui concerne une situation tout à fait exceptionnelle. Cet article reconnaît aux États membres la compétence de prendre unilatéralement les mesures dérogatoires nécessaires en cas de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public, de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre, ou pour faire face aux engagements contractés en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale.

⁴⁰⁵ CJCE, 21 mai 1985, *Commission c/Allemagne*, 248/83, *Rec.* p. 1459, point 16.

⁴⁰⁶ La Cour a ainsi reconnu que le sexe pouvait constituer une condition déterminante pour des emplois tels que ceux de surveillants des prisons (arrêt du 30 juin 1988, *Commission/France*, 318/86, *Rec.* p. 3559, points 11 à 18) ou pour des activités de police exercées dans une situation de troubles intérieurs graves (arrêt *Johnston* du 15 mai 1986, n° 222/84, *Rec.* p. 1651, point 37).

⁴⁰⁷ Il s'agit d'une force dont l'effectif est modeste et dont les personnes les plus performantes ont vocation à intervenir en première ligne.

⁴⁰⁸ Compatibilité des équipements, procédures ou organisations permettant aux forces armées d'agir ensemble (OTAN).

Dans l'affaire *Kreil*, la requérante avait sollicité un poste d'ingénieur électricien dans les forces armées⁴⁰⁹. Ce poste lui avait toutefois été refusé, au motif que les femmes étaient exclues des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes et n'avaient accès qu'aux services de santé et aux formations de musique militaire.

La CJCE a estimé que cette exclusion était trop vaste, étant donné qu'elle s'appliquait à la quasi-totalité des postes militaires au seul motif que les femmes nommées à ces postes pouvaient être appelées à utiliser des armes. Elle a précisé que toute justification de l'exclusion aurait dû être plus étroitement liée aux fonctions généralement exécutées dans le cadre de ces postes particuliers. La CJCE a aussi mis en doute la crédibilité de la justification avancée par le gouvernement, dans la mesure où, dans les services accessibles aux femmes, ces dernières demeuraient tenues de suivre une formation au maniement des armes, afin d'apprendre à se défendre ou à porter secours à autrui. La mesure n'était donc pas proportionnée à la réalisation de l'objectif visé. La CJCE a considéré, de surcroît, qu'aucune distinction ne pouvait être établie entre les hommes et les femmes au motif que ces dernières devaient être davantage protégées, à moins que les dispositions prises ne fussent liées à des facteurs spécifiques à la condition des femmes, tels que la nécessité de protéger les femmes durant leur grossesse.

Il pourrait se révéler plus difficile, au fil du temps, de justifier une discrimination fondée sur le sexe par la nécessité d'assurer l'efficacité ou l'efficacité de services de sécurité ou d'urgence particuliers, compte tenu de l'évolution dans les attitudes sociales et dans les rôles des hommes et des femmes. Au demeurant, les États membres sont tenus de réexaminer périodiquement à la lumière de cette évolution s'il y a lieu de maintenir les mesures restrictives en vigueur⁴¹⁰.

Dans l'affaire *Richards*, la requérante, qui avait subi une opération chirurgicale de conversion du sexe masculin au sexe féminin, avait cherché en vain à obtenir le bénéfice d'une pension de retraite à compter de son sixième anniversaire, âge auquel les femmes étaient admises au droit à pension au Royaume-Uni⁴¹¹. Le gouvernement soutenait qu'elle n'avait pas reçu un traitement moins favorable que celui réservé aux autres personnes placées dans une situation comparable. Il estimait que c'était aux hommes qu'il y avait lieu de la comparer, dans la mesure où elle avait vécu en tant qu'homme jusqu'à son opération. La CJCE a estimé, au contraire, que l'élément de comparaison adéquat était les femmes, puisque la législation nationale reconnaissait à toute personne le droit de changer de sexe, et que la requérante avait fait l'objet d'une différence de traitement par rapport aux autres femmes, dès lors qu'un âge de retraite plus élevé que celui reconnu à ces dernières lui avait été imposé.

⁴⁰⁹ CJCE, 11 janvier 2000, *Kreil c/ Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-285/98, *Rec.* 2000, p. I-69.

⁴¹⁰ Article 31 § 3, de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

⁴¹¹ CJCE, 27 avril 2006, *Richards c/ Secretary of State for Work and Pensions*, aff. C-423/04, *Rec.* 2006, p. I-3585.

Afin de garantir une protection juridique plus efficace contre la discrimination sur le territoire de l'Union, la Commission européenne exige la transposition par tous les États membres de l'intégralité de la législation de l'Union européenne en la matière à travers les directives de l'année 2000⁴¹².

B – UNE APPROCHE RENOUVELEE DE L'ANTI-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL⁴¹³

Les domaines de l'emploi et du travail sont encadrés par trois directives : la directive race, la directive emploi et la directive refonte⁴¹⁴. Elles sécurisent les parcours professionnels (1) et élargissent les motifs de discriminations interdits (2).

1/ Une sécurisation des parcours professionnels

La directive 2000/43/CE dite directive race relative à la mise en œuvre dans les États membres du principe d'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique s'applique aux secteurs privé et public, y compris les organismes publics⁴¹⁵. Elle vise à assurer la protection contre les discriminations raciales dans l'accès à l'emploi (critères de sélection, conditions de recrutement, promotion), l'orientation et la formation professionnelle, les conditions d'emploi et de travail (y compris licenciement et rémunération), l'affiliation aux organisations de travailleurs ou d'employeurs, mais également la protection sociale, les avantages sociaux, l'éducation notamment⁴¹⁶.

Cette directive sanctionne les pratiques institutionnalisées et responsabilise ceux qui sont à l'origine de ces pratiques (direction) (a) ; inverse la charge de la preuve et protège les dénonciateurs de discriminations (b) ; et enfin, prévoit la mise en place, dans chaque Etat membre, d'un organisme pour la promotion de l'égalité de traitement (c).

a) Une sanction des pratiques institutionnalisées

La directive n° 2000/43/CE est novatrice à plusieurs égards : elle interdit les discriminations fondées sur les nouveaux motifs que constituent la religion, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap et

⁴¹² Il s'agit des directives du Conseil n° 2000/43/CE du 29 juin 2000 et n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, *ibidem*.

⁴¹³ Quatre directives ont été adoptées dans les années 2000 en matière de non-discrimination : les directives n°s 2000/43/CE et 2000/78/CE, la directive 2004/113/CEE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services (JOUE L 373/37 du 21 décembre 2004) ainsi que la directive 2006/54/CE (refonte).

⁴¹⁴ Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, JOUE du 20 décembre 2011, p. L. 337/9.

⁴¹⁵ Résumé de la Directive Race.

⁴¹⁶ DE SCHUTTER (Olivier), Les progrès de l'égalité de traitement dans l'Union européenne : la lutte contre les discriminations au service du marché, Faculté de droit UCL, 2001, pp. 121-136.

l'appartenance syndicale. Le champ de la discrimination n'y est pas réduit à la seule discrimination directe⁴¹⁷, mais étendu à la discrimination indirecte⁴¹⁸.

Alors que la discrimination directe relève d'un traitement défavorable pour des raisons affichées de race ou d'origine ethnique, la discrimination indirecte résulte de dispositions ou de pratiques applicables à tous, apparemment neutres, mais qui, dans les faits, sont susceptibles de désavantager les personnes d'une race ou d'une origine ethnique par rapport à d'autres⁴¹⁹. Le harcèlement est également considéré comme une forme de discrimination⁴²⁰.

Il en est de même de « *tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes pour des raisons de race ou d'origine ethnique* »⁴²¹.

Cette dernière disposition interdit de donner des ordres conduisant à des pratiques discriminatoires. Allant au-delà de la sanction du comportement individuel, elle a pour vocation de mettre à mal des pratiques institutionnalisées et de responsabiliser les directions et hiérarchies à l'origine de pratiques ou de règles susceptibles d'être attentatoires au principe de non-discrimination.

Par contre, les différences de traitement peuvent ne pas constituer une discrimination lorsque, en raison de la nature et des conditions d'exercice de l'activité, la caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique constitue « *une exigence professionnelle essentielle et déterminante* »⁴²².

La directive évoque enfin la possibilité de mesures de discrimination positive ou, plutôt, d'action positive. Elle dispose en effet que « *pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique* »⁴²³.

⁴¹⁷ Elle vise la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable, et ce sur le fondement des critères énoncés.

⁴¹⁸ La discrimination indirecte est constituée lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique, bien que neutre en apparence, est susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs discriminatoires listés, un désavantage particulier par rapport à d'autres personnes. À moins, cependant, que cette disposition ne soit objectivement justifiée par un but légitime. Les dispositions du Code du travail relatives à la discrimination renvoient désormais à ces définitions (Code du travail, anciennement article L. 122-45 ; recod. L. 1132-1 modifié par la loi. n° 2008-496 du 27 mai 2008, *ibidem*, dans son article 6).

⁴¹⁹ VAN DE WALLE (Isabelle), SEGUETTE (Marie), TARDIEU (Pierre), Droit communautaire et mesures nationales de lutte contre les discriminations raciales dans l'emploi : Une approche comparée de cinq exemples en Europe, CREDOC, *op. cit.*, p. 15.

⁴²⁰ Le droit de l'Union européenne considère que « *le harcèlement comme une forme de discrimination lorsqu'un comportement indésirable se manifeste et a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant...* ».

⁴²¹ Article 2.4 de la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, *op. cit.*

⁴²² Article 4 : « *Le secteur de la restauration peut fournir des exemples de telles différences de traitement exclues du champ des discriminations lorsque l'embauche de salariés d'une race ou d'une origine ethnique particulière est jugé légitime car contribuant à témoigner du caractère pittoresque du restaurant* ».

⁴²³ Son article 5 dispose en effet que pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique.

La directive n'interdit pas l'action positive, mais elle ne l'encourage pas non plus : l'action positive n'est pas définie comme un élément constituant de la lutte contre les discriminations raciales⁴²⁴.

« *Le recours à l'action positive relève d'une simple faculté : si elles peuvent prolonger l'interdiction de discrimination, les mesures d'action positive n'en constituent pas une composante nécessaire* »⁴²⁵.

b) Un inversement de la charge de la preuve et une protection des dénonciateurs de discriminations

Le chapitre II de la directive est consacré aux voies de recours et à l'application du droit. La nouvelle législation ouvre des voies de recours administratif et judiciaire pour les plaignants⁴²⁶. Les associations, les organisations ou les personnes morales peuvent, « *pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue* »⁴²⁷ : non seulement elles peuvent se porter partie civile, mais elles sont autorisées, avec l'accord de la victime présumée, à ester en justice, ce qui n'est pas le cas en 2000 dans nombre de législations européennes⁴²⁸.

La charge de la preuve est aménagée et désormais répartie entre le plaignant et la partie adverse dans les affaires civiles et administratives : dès lors que le plaignant « *établit [...] des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement* »⁴²⁹. La question de la charge de la preuve est fondamentale, car déterminante de la probabilité de succès d'un recours en justice. Dans la plupart des législations européennes avant 2000, il revient à la victime de fournir la preuve de la discrimination⁴³⁰ : celle-ci est placée dans une position difficile puisqu'elle ne dispose souvent que de son propre témoignage et que la constitution d'un dossier incriminant se heurte à nombre de difficultés⁴³¹.

⁴²⁴ DE SCHUTTER (Olivier), *Discrimination et marché du travail*, Ed. P.I.E. Peter Lang, Coll. Travail et société, 2001, p. 173.

⁴²⁵ DE SCHUTTER (Olivier), *Discrimination et marché du travail*, *ibidem*, p. 173.

⁴²⁶ VAN DE WALLE (Isabelle), SEGUETTE (Marie), TARDIEU (Pierre), Droit communautaire et mesures nationales de lutte contre les discriminations raciales dans l'emploi : Une approche comparée de cinq exemples en Europe, *ibidem*, p. 16.

⁴²⁷ MINÉ (Michel), MERCAT-BRUNS (Marie), LE NOUVEL (Anne) , BOUDINEAU (Christine), SILHOL (Bruno), ROUX-ROSSI (Dominique), *Le droit social international et européen en pratique*, 2^{ème} édition revue et augmentée, ed. Eyrolles, 28 février 2013, p. 156. Article 7.2 chapitre II de la Directive n° 2000/43/CE du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *op. cit.*

⁴²⁸ VAN DE WALLE (Isabelle), SEGUETTE (Marie), TARDIEU (Pierre), Droit communautaire et mesures nationales de lutte contre les discriminations raciales dans l'emploi : Une approche comparée de cinq exemples en Europe, *ibidem*, p. 16.

⁴²⁹ LIVA-TEHINDRAZANARIVELO (Djacob), *Le racisme à l'égard des migrants en Europe*, éd. Publishing, Conseil de l'Europe, 2009, p. 219.

⁴³⁰ Article 8.1, chapitre II de la Directive n° 2000/43/CE du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *ibidem*.

⁴³¹ GUISLAIN (Valentin), *La preuve de la discrimination en droit du travail*, étude, 15 septembre 2012. <http://www.legavox.fr/blog/valentin-guislain/etude-preuve-discrimination-droit-travail-9522.htm>

Réaménager la charge de la preuve est un signal politique fort : l'employeur présumé coupable devra désormais démontrer que sa décision de ne pas embaucher ou encore de refuser une promotion repose sur des éléments valables et ne porte en aucun cas atteinte au principe d'égalité de traitement.

En outre, la défense des personnes dénonçant des pratiques ou dispositions discriminatoires constitue « *Un autre élément nouveau, absent de la plupart des arsenaux législatifs européens au moment du vote de la directive,[...] : la directive offre une protection juridique contre les rétorsions en réaction à une plainte ou à une action en justice* »⁴³² Enfin, des sanctions, effectives, proportionnées et dissuasives, notamment sous la forme du versement d'indemnités à la victime, et dont le régime sera déterminé par les États membres, sont prévues à l'encontre des coupables de discrimination.

Outre qu'ils doivent diffuser l'information relative à la nouvelle directive sur l'ensemble de leur territoire et encourager le dialogue avec les organisations non gouvernementales concernées par la lutte contre la discrimination raciale, les États membres sont invités à favoriser le dialogue entre les partenaires sociaux en vue de promouvoir l'égalité de traitement⁴³³. « *La surveillance des pratiques sur le lieu de travail, [...] des conventions collectives, des codes de conduite, et [...] la recherche ou l'échange d'expériences et de bonnes pratiques* » sont évoqués. De plus, les États membres doivent encourager les partenaires sociaux à conclure, au niveau approprié (établissement, entreprise, branche professionnelle...), des accords établissant des règles de non-discrimination⁴³⁴. Les pouvoirs publics sont ainsi incités à amener employeurs et organisations syndicales à négocier en vue de promouvoir l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

L'aménagement de la charge de la preuve constitue une avancée manifeste dans la lutte contre les discriminations, dans la mesure où il est plus facile de laisser supposer l'existence d'un fait plutôt que d'établir son existence de manière irréfutable. Dès lors que la prétendue victime aura apporté au juge de tels éléments de fait, l'employeur sera débiteur d'une preuve de non-discrimination. Cela dit, la tâche de la victime de la discrimination a été simplifiée, mais n'en reste pas moins délicate.

c) Une désignation d'organismes pour la promotion de l'égalité de traitement

La création d'une telle institution a été imposée par le droit de l'Union européenne. C'est en effet la directive n° 2000/43/CE qui a prévu, à son article 13, que « *les États membres désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique. (...) Les États membres font en sorte que ces organismes aient*

⁴³² VAN DE WALLE (Isabelle), SEGUETTE (Marie), TARDIEU (Pierre), Droit communautaire et mesures nationales de lutte contre les discriminations raciales dans l'emploi : Une approche comparée de cinq exemples en Europe, *op. cit.*, pp 16-17. Article 15 chapitre II de la Directive n° 2000/43/CE du 29 juin 2000, *ibidem*.

⁴³³ Article 11.2 de la Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, *ibidem*.

⁴³⁴ ALT (Eric), BAYON (Nathalie), BERTHELET (Pierre), BIGO (Didier), BUNYAN (Tony), (GUILD (Elspeth), MASCLLET (Olivier), MASSE (Jean-Pierre), TSOUKALA (Anastassia), *De Tampere à Séville : Bilan de la sécurité européenne*, l'Harmattan, 1^{er} mars 2002, *op. cit.*, p. 36 ; Article 11.2.

pour compétence d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination ».

Trois missions leur sont fixées : une aide aux victimes pour engager une procédure pour discrimination ; une conduite d'études indépendantes concernant les discriminations ; la publication de rapports indépendants et émission des recommandations sur toutes les questions liées aux discriminations raciales⁴³⁵.

2/ Les avancées de la directive 2000/78/CE

La directive 2000/78/CE adoptée le 27 novembre 2000⁴³⁶, six mois après la directive n° 2000/43 interdisant les discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique, est pour sa part, consacrée à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, à la lutte contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions religieuses, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle (a).

La CJCE, pour sa part, dans l'arrêt *Coleman*⁴³⁷, consacre une interprétation extensive de la directive 2000/78/CE (b).

a) L'énoncé plus large des motifs interdits de discriminations

Dans cette directive, le concept de discrimination et le champ d'application des nouvelles dispositions sont définis dans des termes très proches de la directive n° 2000/43 de juin 2000. Les dispositions concernant les voies de recours et l'application du droit sont reprises telles que définies dans la première directive : ouverture de droits de recours administratif et judiciaire, possibilité pour les associations, les organisations et les personnes morales de se porter partie civile et d'ester en justice avec l'accord de la victime présumée, aménagement de la charge de la preuve, protection contre les rétorsions, diffusion de l'information, encouragement au dialogue social et au dialogue avec les organisations non gouvernementales.

Cette directive enrichit l'action contre les discriminations dans le travail en incluant comme motifs interdits : la religion ou les convictions, un handicap, l'âge et l'orientation sexuelle.

Selon la Directive : « *La discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle peut compromettre la réalisation des objectifs du traité CE, notamment un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes* ».

⁴³⁵ Article 13, chapitre III de la Directive n° 2000/43/CE du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *ibidem*.

⁴³⁶ Directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *ibidem*.

⁴³⁷ CJCE, grande chambre, 17 juillet 2008, Mme S. Coleman c/ Attridge Law et Steve Law, C-303/06, *Rec.* p. I-5603.

À cet effet, « toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle dans les domaines régis par la présente directive doit être interdite dans la Communauté. Cette interdiction de discrimination doit également s'appliquer aux ressortissants de pays tiers, mais elle ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et est sans préjudice des dispositions en matière d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers et à leur accès à l'emploi et au travail ».

S'agissant de l'action positive et des mesures spécifiques, cette seconde directive s'inscrit dans le même esprit que la précédente.

Des différences de traitement fondées sur l'âge sont autorisées : elles peuvent ne pas constituer une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, notamment dans le cadre de programmes d'incitation à l'emploi des personnes jeunes ou âgées⁴³⁸. De fait, la directive 2000/78/CE n'interdit pas le maintien ou l'adoption de mesures d'action positive. Elle ne fait notamment pas obstacle aux dispositions ou mesures créées en vue de sauvegarder ou d'encourager l'insertion des personnes handicapées dans le monde du travail, mais elle ne demande pas non plus aux États membres de les encourager⁴³⁹. Il n'y a là encore aucune incitation explicite de la part de l'Union européenne à développer des politiques d'action positive dans les États membres.

b) L'arrêt Coleman, la consécration d'une interprétation extensive de la directive

Dans l'arrêt Coleman relatif au harcèlement lié au handicap⁴⁴⁰, il s'agit d'une salariée qui avait travaillé pour son ancien employeur depuis 2001 en qualité de secrétaire juridique. Au cours de l'année 2002, elle donna naissance à un fils, dont l'état de santé exigeait des soins spécialisés et particuliers. La mère lui dispensait l'essentiel des soins dont il avait besoin. En août 2005, elle saisit l'*Employment Tribunal* d'un recours dans lequel elle soutenait avoir été victime d'un licenciement implicite et d'un traitement moins favorable que celui réservé aux autres employés ; en tant que mère d'un enfant handicapé, elle prétendait que ce traitement l'avait contrainte à cesser de travailler pour son ancien employeur. Parmi les comportements que la requérante reprochait à ses employeurs, était indiqué leur refus de lui permettre de reprendre son ancien travail à son retour de congé de maternité, le fait de l'avoir traitée de « paresseuse » lorsqu'elle avait demandé du temps libre pour prendre soin de son fils et leur refus de lui accorder des conditions de travail aussi flexibles que celles de ses collègues dont les enfants n'étaient pas handicapés. S'agissant d'une discrimination directe, la Cour adopte une conception extensive de l'application de la directive 2000/78/CE en indiquant : « (...) il ne ressort pas de ces dispositions de la directive 2000/78

⁴³⁸ Article 6 de la Directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *ibidem*.

⁴³⁹ Article 7 de la directive 2000/78, *ibidem*.

⁴⁴⁰ Voir Christophe WILLMANN et son commentaire sur l'arrêt Coleman : Directive 2000/78/CE et prohibition de la discrimination « par association », dans, *Lexbase Hebdo*, n° 320, 2 octobre 2008, édition sociale.

que le principe de l'égalité de traitement qu'elle vise à garantir soit limité aux personnes ayant elles-mêmes un handicap au sens de cette directive. Au contraire, celle-ci a pour objet, en ce qui concerne l'emploi et le travail, de lutter contre toutes les formes de discrimination fondées sur le handicap. En effet, le principe de l'égalité de traitement consacré par ladite directive dans ce domaine s'applique non pas à une catégorie de personnes déterminée, mais en fonction des motifs visés à l'article 1^{er} de celle-ci. Cette interprétation est corroborée par le libellé de l'article 13 CE, disposition constituant la base juridique de la directive 2000/78, qui confère une compétence à la Communauté pour prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée, notamment, sur le handicap. »⁴⁴¹. En conséquence, « la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, et, notamment, ses articles 1er et 2, § 1 et 2, sous a), doivent être interprétés en ce sens que l'interdiction de discrimination directe qu'ils prévoient n'est pas limitée aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées. Lorsqu'un employeur traite un employé n'ayant pas lui-même un handicap de manière moins favorable qu'un autre employé ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable et qu'il est prouvé que le traitement défavorable dont cet employé est victime est fondé sur le handicap de son enfant, auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin, un tel traitement est contraire à l'interdiction de discrimination directe énoncée au dit article 2, § 2, sous a) »⁴⁴².

La lutte contre les discriminations constitue un défi majeur pour l'Union européenne. En effet, l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'état de droit. Par conséquent, l'UE se doit de prendre toutes les mesures nécessaires afin de combattre toute discrimination, en particulier si celles-ci concernent l'emploi et le marché du travail. L'emploi et le travail constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous et contribuent, dans une large mesure, à la pleine participation des citoyens à la vie économique, sociale et culturelle.

L'article 13 du Traité CE, introduit par le Traité d'Amsterdam, accorde des pouvoirs spécifiques à la Communauté pour combattre les discriminations fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

En plus de l'influence considérable exercée par les directives européennes dans l'ordre juridique de l'Union, la Charte sociale européenne, qui complète l'influence de la CEDH, peut revêtir une importance croissante dans le développement progressif du droit européen de la non-discrimination liée au travail.

⁴⁴¹ CJCE, 17 juillet 2008, S. Coleman c/ Attridge Law, Steve Law, Aff. C-303/06, Rec. 620, *op. cit.*

⁴⁴² *Ibidem.*

II – LES APPORTS IMPORTANTS DE LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE EN MATIERE DE NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL

La Convention européenne des droits de l'homme de 1950, la Charte sociale européenne de 1961 ainsi que de la Charte sociale européenne révisée de 1996, constituent les principaux traités de défense des droits de l'homme du Conseil de l'Europe.

Pour le Conseil de l'Europe, le principe de non-discrimination constitue un principe majeur. Ce principe est intégré dans la première version de la CSE (égalité des chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination sexiste), ainsi que dans Convention-cadre pour la protection des minorités nationales dans ses articles 4, 6 § 2 et à l'article 9. Une protection supplémentaire est offerte à l'article 14 de la CEDH qui interdit la discrimination quand elle se rattache à l'exercice d'un autre droit garanti par la CEDH, tandis que le Protocole n° 12 à la CEDH pose le principe de l'interdiction générale des discriminations et confère à l'interdiction de la discrimination un caractère autonome⁴⁴³.

Contrairement à d'autres textes internationaux, et jusqu'à l'entrée en vigueur du Protocole n° 12⁴⁴⁴, la CEDH ne comporte pas d'interdiction générale de la discrimination ou, ne proclamait pas le droit à l'égalité. Son article 14 exige seulement que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention (soit) assurée sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». L'article 14 prohibe donc les discriminations dans les droits protégés par la Convention. Il ne peut être invoqué seul. Il n'est donc invoqué utilement qu'en complément d'un autre article. Il est complété par le protocole additionnel n° 12 qui prohibe toute discrimination, même en dehors des droits protégés par la Convention. Plusieurs dispositions permettraient de sanctionner des discriminations, notamment raciales. A l'instar de la lutte contre d'autres formes de discrimination, la lutte contre le racisme et la xénophobie constitue incontestablement un objectif très important pour la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁴⁵. Par ailleurs, en mars 2010, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté une recommandation⁴⁴⁶ sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Cette recommandation constitue l'un des documents le plus complet à travers

⁴⁴³ CEDH, Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Cour Européenne des Droits de l'Homme, juillet 2010, p. 9.

⁴⁴⁴ Adopté le 27 juin 2000 par le Comité des Ministres, ouvert à la signature le 4 novembre 2000, ce protocole pose une interdiction générale de non-discrimination et entra en vigueur trois mois après le premier jour du mois suivant la ratification par le dixième Etat.

⁴⁴⁵ DE SCHUTTER (Olivier), *L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme : sa pertinence pour les directives communautaires relatives à l'égalité de traitement sur la base de la race et dans l'emploi*, Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, rapport, Office des publications officielles des Communautés européennes, février 2005, p. 21.

⁴⁴⁶ Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010, lors de la 108^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

lequel tous les États membres se sont engagés à faire progresser la situation des personnes LGBT en Europe⁴⁴⁷.

La Charte sociale européenne initialement signée le 18 octobre 1961, peut être regardée, dans le domaine des droits économiques et sociaux comme le complément de la CEDH. Elle comprenait dès lors les droits sociaux fondamentaux des travailleurs tels que le droit au travail, le droit à des conditions de travail équitables, le droit à une rémunération équitable, le droit d'organisation et de négociation collective, le droit des enfants et des adolescents à une protection, le droit des travailleurs féminins à une protection, le droit à une orientation et une formation professionnelle; mais aussi des droits qui dépassent le domaine de l'emploi (santé, sécurité sociale, droit des personnes handicapées, formation professionnelle, droit mener une activité professionnelle sur le territoire d'autres Etats contractants ...). La Charte sociale européenne a subi cependant de profondes transformations depuis 1988. La liste initiale des 19 droits protégés a été étendue par l'adoption du Protocole additionnel de 1988, lequel ajoute quatre droits étroitement inspirés par les développements survenus dans le droit social de la Communauté européenne (le droit à l'égalité des chances et l'égalité de traitement dans l'emploi et le travail sans discrimination fondée sur le sexe, le droit à l'information et la consultation, le droit de prendre part à la détermination et l'amélioration des conditions de travail et du milieu de travail et le droit des personnes âgées à une protection sociale). Le 3 mai 1996, la Charte sociale européenne révisée étendait encore cette liste de droits pour couvrir un nombre croissant de questions qui allaient au-delà de la protection des travailleurs et de leurs familles, incluant le droit des travailleurs à une protection en cas de résiliation du contrat de travail, le droit des travailleurs à une protection de leurs plaintes en cas d'insolvabilité de leur employeur, le droit à la dignité au travail, le droit de concilier travail et responsabilités familiales, la protection des représentants des travailleurs, le droit des travailleurs à être informés et consultés dans des procédures de licenciement collectif, le droit à une protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale et le droit au logement.

L'efficacité de la Charte a été améliorée avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 1998, du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives⁴⁴⁸.

La CSE (Charte Sociale Européenne) a contribué à la compréhension de la discrimination dans les directives de l'Union européenne relatives à l'égalité de traitement. Bien que la Charte de 1961 ait déjà imposé une protection contre la discrimination dans l'emploi en vertu du droit au travail, les récents développements ont amélioré cette protection au-delà du domaine de l'emploi, sur la base à la fois de la clause générale de non-discrimination de l'article E de la CSE révisée et de dispositions spécifiques visant l'intégration et la protection sociale des personnes handicapées et des personnes âgées.

⁴⁴⁷ Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne, *Homophobie, transphobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans les États membres de l'Union européenne* : Synthèse des résultats, tendances, défis et pratiques encourageantes, rapport de synthèse, 2011, p. 5.

⁴⁴⁸ Signé le 9 novembre 1995.

Depuis l'introduction des Directives relatives à la non-discrimination et l'extension de la protection à l'accès aux biens et aux services ainsi qu'au régime de prévoyance sociale, l'écart entre la portée de la protection offerte par la Convention et celle de la protection offerte par les Directives s'est amenuisé. Il reste néanmoins possible de déterminer certains domaines particuliers où la CSE confère une protection supérieure à celle prévue par le droit de l'UE⁴⁴⁹.

Il importe aussi de noter que dès 1996, la Charte sociale européenne garantit tant le droit à l'égalité des chances que le droit à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe⁴⁵⁰.

LA CSE⁴⁵¹ énonce le principe de l'interdiction de la discrimination dans ces termes : « *est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* »⁴⁵².

Elle offre une plus grande visibilité au droit à la protection contre la discrimination. Cependant, elle ne modifie aucunement le cadre de la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement dans les États membres que les directives de 2000 interdisent⁴⁵³.

La méthode utilisée à l'origine pour faire appliquer la Charte Sociale Européenne, consistait en un système de rapport national périodique remis au Comité Européen des Droits Sociaux qui produisait alors son propre rapport évaluant si les États respectaient les obligations qui leur étaient imposées en vertu de la Charte⁴⁵⁴.

Ce mécanisme de compte rendu est complété aujourd'hui par un système de réclamations collectives⁴⁵⁵ portant sur les infractions des États à la CSE⁴⁵⁶. Il s'agit d'un instrument primordial pour la défense des

⁴⁴⁹ A l'article 8 de la CEDH intitulé « Droit au respect de la vie privée et familiale ».

⁴⁵⁰ Article 20 et la partie V, article E, de la Charte sociale européenne.

⁴⁵¹ L'expression « Charte sociale européenne » désignera tant la charte de Turin de 1961 que la Charte révisée de 1996.

⁴⁵² Article 21 de la Charte Sociale Européenne, *op. cit.*

⁴⁵³ VAN-DE-WALLE (Isabelle), SEGUETTE (Marie), TARDIEU (Pierre), Droit Communautaire et mesures nationales de lutte contre les discriminations raciales dans l'emploi : une approche comparée de cinq exemples en Europe, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁵⁴ Depuis 1961, la procédure de contrôle repose sur des rapports nationaux. Les États parties soumettent chaque année un rapport, dans lequel ils indiquent comment ils mettent en œuvre la Charte en droit et en pratique. Le CEDS examine les rapports et décide de la conformité ou non des situations nationales à la Charte. Si un État ne donne pas suite à une décision de non-conformité du Comité, le Comité des Ministres adresse une recommandation à cet État, lui demandant de modifier la situation en droit ou en pratique. Depuis le protocole de 1995, une procédure de réclamations collectives permet aux ONG dotées du statut participatif auprès du Conseil de l'Europe et inscrites sur une liste établie à cette fin, ainsi qu'aux organisations d'employeurs et aux syndicats d'un État concerné, de saisir le Comité de recours alléguant de violations de la Charte.

⁴⁵⁵ Le protocole de 1995 (entré en vigueur en 1998) prévoit un système de réclamations collectives qui permet de saisir le CEDS de recours alléguant de violations de la Charte.

⁴⁵⁶ Pour un commentaire, Voir SUDRE (Frédéric), Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, *Revue Générale de Droit International Public*, 1996-3, pp. 715.

droits de l'Homme en Europe, qui n'a pas d'équivalent dans les autres systèmes de protection des droits de l'Homme⁴⁵⁷.

La liste des droits substantiels est très étendue au sein de la CSER (A). Elle protège en outre les individus en référence à leur appartenance à un groupe (B).

A – UNE EXTENSION DE LA LISTE DES DROITS SUBSTANTIELS DE LA CSER

La Charte sociale est historiquement le premier traité international spécialement destiné à protéger les droits économiques et sociaux de l'individu, comme le droit au travail, la liberté syndicale, le droit à la sécurité sociale. Ce traité correspond sur le plan mondial au PIDESC. Son système de contrôle oblige les Gouvernements des Etats contractants à présenter tous les deux ans, au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, un rapport sur l'application des dispositions acceptées de la Charte et un autre sur les dispositions non acceptées par l'Etat en cause. Ces rapports devant être accompagnés des observations des partenaires sociaux nationaux (syndicats ouvriers et associations patronales)⁴⁵⁸ qui le demandent⁴⁵⁹. La Charte de 1961 a été publiée en France par le décret n° 74-840 du 4 octobre 1974. Elle est loin d'avoir connu la même prospérité que son pendant, la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Cela a certainement pour origine la distinction qui a été faite entre les mécanismes de contrôle prévus pour ces deux traités, la Convention ayant été dotée d'un juge international et la Charte n'a été pourvue que d'un comité d'experts indépendants, dénommé Comité européen des droits sociaux.

L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté le 29 septembre 1978 une recommandation⁴⁶⁰ proposant une révision⁴⁶¹ du contenu de la CSE et de son système de contrôle⁴⁶².

La conférence ministérielle réunie les 21 et 22 octobre 1991 à Turin, décident de mettre à jour et d'adapter le contenu de la Charte afin de tenir compte en particulier des changements sociaux fondamentaux intervenus depuis son adoption⁴⁶³.

La CSER (Charte Sociale Européenne Révisée) en 1996 est un des principaux résultats de la « revitalisation » de la Charte lancée en 1961.

⁴⁵⁷ GUIRAUD (Marie), LEGOFF (Nicolas), *La charte sociale européenne et son protocole, un modèle à suivre ?* : <http://www.fidh.org/fr/Conseil-de-L-Europe,818/Charte-sociale-europeenne/La-Charte-sociale-europeenne-et>. Elle est potentiellement applicable à une zone très vaste puisqu'elle couvre le territoire des 41 pays signataires. De plus, elle protège un panel très large de droits économiques et sociaux. Il s'agit d'un traité ayant une force contraignante pour les Etats signataires, qui doivent accepter d'être contrôlés et évalués par une autorité indépendante s'agissant du respect des droits couverts par la Charte. En somme, il s'agit d'un véritable instrument d'impulsion de changement social dont la société civile est appelée à se saisir et que l'on ne peut se permettre d'ignorer.

⁴⁵⁸ Indirectement désignés par les articles 23 et 27 de la CSE.

⁴⁵⁹ Article 33 § 2 de la CSE.

⁴⁶⁰ Recommandation n° 839, du 29 septembre 1978.

⁴⁶¹ En son article 36, la Charte Sociale prévoit une clause de révision.

⁴⁶² WIEBRINGHAUS (Hans), *La charte sociale européenne : vingt ans après la conclusion du traité*, *AFDI*, volume 28, 1982, pp. 934-947.

⁴⁶³ Conseil de l'Europe, *Charte Sociale Européenne Révisée et rapport explicatif*, Conseil de l'Europe, 1996, septembre 2001, pp. 3-4.

L'adoption d'une version révisée de la Charte sociale européenne le 3 mai 1996 ajoute une nouvelle procédure de contrôle, le système de réclamations collectives, qui s'ajoute à la procédure originelle de remise de rapports par les Etats. En effet, jusqu'à l'adoption du protocole de 1998, ce système de contrôle reposait uniquement sur l'étude de rapports des Etats. Cette procédure est toujours applicable : les rapports sont transmis par les gouvernements au Comité des experts indépendants⁴⁶⁴, qui les examine⁴⁶⁵. Ce comité est composé de 9 personnes, élues par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur propositions des Etats parties qui disposent d'un statut indépendant⁴⁶⁶. Les conclusions⁴⁶⁷ du comité sont positives lorsque la situation est jugée satisfaisante au sein du pays concerné ; si elles sont négatives, elles donneront éventuellement lieu à des recommandations adressées à l'Etat concerné. Ces conclusions sont transmises à un Comité gouvernemental mandaté pour sélectionner celles des situations qu'il estime devoir être l'objet de recommandations⁴⁶⁸. Celles-ci sont alors adressées par le Comité des ministres aux parties concernées, après délibération. En outre, grâce au protocole additionnel de 1998 des réclamations collectives sont désormais possibles⁴⁶⁹.

La France a signé la CSER le 3 mai 1996, l'a ratifié le 7 mai 1999. La CSER a conduit non seulement à une extension de la liste des droits substantiels protégés par le nouvel instrument mais aussi à deux modifications importantes : une intégration des préjudices liés au licenciement (1) associée à une obligation d'adopter une législation claire garantissant l'égalité de traitement (2).

1/ Une meilleure garantie

La CSER propose un ensemble de dispositions, faisant partie du noyau du traité (a) mais également des dispositions qui garantissent les droits des victimes indépendamment du secteur d'activité et du temps de travail (b).

a) Un ensemble de dispositions obligatoires lors de la ratification

L'égalité professionnelle et la sécurité sociale⁴⁷⁰ y sont inscrites à l'article 20 qui garantit le droit à l'égalité de traitement dans toutes les étapes de la vie professionnelle : accès à l'emploi, rémunération⁴⁷¹

⁴⁶⁴ Depuis 1998, le Comité s'appelle CEDS (Comité Européen des Droits Sociaux).

⁴⁶⁵ L'article 8 du Protocole additionnel à la CSE prévoyant un système de réclamations collectives. La Fédération internationale des ligues des droits de l'homme a d'ailleurs utilisé cette procédure en février 2000 en déposant une réclamation contre la Grèce au titre de l'article 1§2 de la Charte qui garantit à tout travailleur le droit de gagner sa vie par un travail librement entrepris.

⁴⁶⁶ GUIRAUD (Marie), LEGOFF (Nicolas), *La charte sociale européenne et son protocole, un modèle à suivre ?*, *op. cit.*

⁴⁶⁷ Article 25 de la Charte Sociale Européenne, *op. cit.*

⁴⁶⁸ Conseil de l'Europe, *Charte Sociale Européenne : Recueil de textes*, 4^{ème} édition, 2003, p. 41.

⁴⁶⁹ Conseil de l'Europe, *Charte sociale européenne : Recueil de textes*, 6^{ème} édition, 2008, p. 76. Article D, Partie IV du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne.

⁴⁷⁰ Cette disposition a été introduite en 1988 (art. 1^{er} du protocole additionnel à la CSE). Elle a été reprise dans la CSER.

⁴⁷¹ La jurisprudence relative au droit à l'égalité salariale, s'appuie sur les dispositions de la Charte (article 4 § 3) qui garantissent le droit à l'égalité dans la vie professionnelle.

et autres conditions de travail, y compris le licenciement ou autre préjudice, formation et orientation professionnelles, promotion⁴⁷²; en matière de sécurité sociale.

Ces droits font partie du noyau dur de ce traité⁴⁷³. Par ailleurs, en vertu de l'annexe, les Etats peuvent, lors de la ratification de la Charte révisée ou de l'acceptation de l'article 20, faire une déclaration excluant en tout ou en partie les matières relevant de la sécurité sociale.

b) Un ensemble de garanties indépendamment du secteur d'activité et du temps de travail

Toute discrimination en fonction du sexe, qu'elle soit directe ou indirecte, doit être interdite. L'égalité doit être respectée à l'égard de tous les salariés, du secteur privé et du secteur public. Elle doit être respectée entre salariés à temps plein et salariés à temps partiel⁴⁷⁴.

Les activités professionnelles, et les formations y conduisant, qui en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, ne peuvent être confiées qu'à des personnes d'un sexe donné peuvent être exclues du champ d'application de l'article 20⁴⁷⁵.

Cette dérogation est d'interprétation restrictive. S'agissant des corps de police, de l'armée, etc., la nature et les conditions d'exercice des activités sont examinées à la lumière de l'article G⁴⁷⁶.

2/ L'obligation d'adopter une législation claire garantissant l'égalité de traitement

Ainsi, le droit des femmes et des hommes à l'égalité professionnelle doit être garanti par un texte législatif. La Charte impose « *aux Etats non seulement de faire en sorte que soit respectée l'égalité de traitement mais aussi de protéger les femmes et les hommes contre la discrimination dans l'emploi et la*

⁴⁷² Par ces termes, l'article 20 a un caractère de *lex specialis* par rapport à l'article 1§2 de la Charte qui interdit toute discrimination dans l'emploi quel que soit le motif.

⁴⁷³ Des dispositions que les Etats doivent accepter en la ratifiant.

⁴⁷⁴ Voir la situation de la Suède jugée non conforme au motif que la législation relative à l'assurance chômage comporte une discrimination indirecte à l'égard des salariées travaillant à temps partiel (Conclusions 2004, tome 2, Suède, article 20, p. 535 et s.).

⁴⁷⁵ Conseil de l'Europe, *L'égalité entre les femmes et les hommes dans la charte sociale européenne*, document d'information, Secrétariat de la CSE, 20 Septembre 2005, p. 2. L'article G prévoit que les restrictions aux droits garantis par la CSER ne sont admises que si elles sont prescrites par la loi, poursuivent un but légitime et sont nécessaires dans une société démocratique pour garantir le respect des droits et libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes mœurs. La situation de la Grèce a été jugée non-conforme au motif que « *la limitation de l'admission des femmes à l'école de police et l'exclusion correspondante des femmes de 85 % des missions des forces de police constitue une discrimination directe fondée sur le sexe dont il n'est pas établi qu'elle est nécessaire dans une société démocratique pour garantir l'ordre public ou la sécurité nationale ou qu'elle se justifie par la nature des activités* » (Conclusions XVI-1, tome 1, Grèce article 1§2, pp. 294-303 et Conclusions XVI-2, Grèce, article 1^{er} du Protocole additionnel, pp. 395-397. Il a été remédié à cette violation par la loi n° 3103/2003 qui supprime le quota imposé aux femmes pour l'accès à l'école de police. (Conclusions XVII-2, tome 1, Grèce, article 1^{er} du Protocole additionnel, www.coe.int.).

⁴⁷⁶ D'après l'article G « *Les droits et principes énoncés dans la partie I, lorsqu'ils seront effectivement mis en œuvre, et l'exercice effectif de ces droits et principes, tel qu'il est prévu dans la partie II, ne pourront faire l'objet de restrictions ou limitations non spécifiées dans les parties I et II, à l'exception de celles prescrites par la loi et qui sont nécessaires, dans une société démocratique, pour garantir le respect des droits et des libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes mœurs* ». Les restrictions apportées en vertu de la présente Charte aux droits et obligations reconnus dans celle-ci ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues.

formation. Cela implique l'obligation à charge des Etats d'adopter une législation explicite garantissant l'égalité de traitement dans tous ses aspects »⁴⁷⁷.

L'inscription du principe dans la Constitution ne suffit pas. La législation nationale doit être très favorable aux victimes (a) en prévoyant des voies de recours adéquates et efficaces en cas d'allégation de discrimination, doit aussi garantir l'efficacité du système d'évaluation des emplois (b) occupés par les hommes ainsi que par les femmes.

a) Une législation nationale très favorable aux victimes

Toutes dispositions statutaire, réglementaire, administrative ou autre qui ne respectent pas le principe d'égalité doit être abrogée. Toute disposition contraire au principe d'égalité qui figure dans les conventions collectives de travail, dans les contrats de travail et les règlements intérieurs des entreprises doit pouvoir être écartée, annulée ou modifiée⁴⁷⁸. La non-application d'un texte discriminatoire ne suffit pas pour qu'une situation puisse être jugée conforme à la Charte⁴⁷⁹.

Le droit national doit prévoir des voies de recours adéquates et efficaces en cas d'allégation de discrimination. Tout(e) salarié(e) qui s'estime victime d'une discrimination salariale doit pouvoir saisir une instance indépendante⁴⁸⁰. La charge de la preuve doit être allégée : s'il appartient au demandeur d'établir devant l'organe compétent les faits dont il découle qu'une discrimination pourrait exister, c'est au défendeur de prouver que cette discrimination apparente est due à des facteurs objectifs qui n'ont pas de rapport avec une discrimination en fonction du sexe⁴⁸¹.

Plusieurs mesures juridiques doivent en outre être encouragées pour favoriser la complète efficacité du droit de recours : la création d'un organe indépendant en vue de promouvoir l'égalité de traitement et fournir une assistance juridique aux victimes ou la possibilité pour les organisations syndicales ou autres d'ester en justice dans les litiges en matière de discrimination dans l'emploi, y compris les litiges individuels.

Enfin, concernant la réparation, elle doit être adéquate et constituer une réparation suffisamment réparatrice pour la victime et dissuasive pour l'auteur de la violation⁴⁸².

⁴⁷⁷ Comité gouvernemental de la CSE, *Rapport du Comité européen des droits sociaux relatif aux conclusions XVII-2*, juin 2005, concernant Pays-Bas - Royaume d'Europe, Aruba, Antilles néerlandaises, p. 5.

⁴⁷⁸ Conseil de l'Europe, *L'égalité entre les femmes et les hommes dans la charte sociale européenne*, Document d'information, Secrétariat de la CSE, 20 Septembre 2005, *op cit.*, p. 3 ; article 20 de la CSE.

⁴⁷⁹ Voir la situation des Pays-Bas, en ce qui concerne Aruba, jugée non-conforme au motif que la législation interdit aux femmes de travailler la nuit et ce malgré l'affirmation par le Gouvernement que cette interdiction n'est plus appliquée en pratique (Conclusions XVII-2 du 30 novembre 2005, Pays-Bas, pp. 72-73). Article 1^{er} du Protocole concernant le droit de faire des réclamations alléguant une application non satisfaisante de la Charte.

⁴⁸⁰ Conseil de l'Europe, *L'égalité entre les femmes et les hommes dans la charte sociale européenne*, *ibidem*, p. 3.

⁴⁸¹ Article 20 de la CSE.

⁴⁸² Voir la situation de la République tchèque jugée non conforme au motif que le droit tchèque n'accorde pas une réparation suffisante en cas de licenciement par représailles contre un(e) salarié(e) ayant revendiqué l'égalité salariale (Conclusions XVII-2, République tchèque, article 4 § 3).

Lorsqu'un salarié est victime d'une discrimination, il doit bénéficier d'une réparation proportionnée au préjudice subi, c'est-à-dire qu'en cas de licenciement illégal ou abusif, la réintégration ou le maintien dans l'emploi ainsi que l'octroi d'une indemnité compensant le préjudice économique subi⁴⁸³ ; en cas de licenciement et si le/la salarié(e) ne souhaite pas retrouver son emploi ou si la poursuite de la relation de travail est impossible, l'octroi d'une indemnité proportionnée au préjudice subi, c'est-à-dire couvrant le préjudice économique et moral⁴⁸⁴.

La Charte garantit le droit des femmes et des hommes à « *une rémunération égale pour un travail de valeur égale* ». L'égalité de rémunération doit valoir pour les mêmes travaux ou emplois mixtes, c'est à dire occupés à la fois par des femmes et des hommes, mais aussi pour les travaux de même valeur. Cela impose aux Etats d'élaborer des méthodes de classification permettant de comparer la valeur respective d'emplois différents et de parvenir à une évaluation objective des postes de travail dans les différents secteurs de l'économie, y compris dans ceux où est employée une main-d'œuvre à prédominance féminine. L'égalité salariale doit couvrir tous les aspects de la rémunération c'est-à-dire le salaire ou le traitement de base ou minimum, et tous les avantages directement ou indirectement, en espèces ou en nature, octroyés par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier⁴⁸⁵.

L'égalité salariale doit être respectée entre travailleurs à temps plein et travailleurs à temps partiel (calcul du salaire horaire, évolution de la rémunération, composantes de la rémunération)⁴⁸⁶.

b) La garantie de l'efficacité du système d'évaluation des emplois

Le droit des femmes et des hommes à « *une rémunération égale pour un travail de valeur égale* » doit être expressément prévu par un texte législatif⁴⁸⁷.

En vue de comparer les salaires et les emplois, le droit interne doit permettre d'effectuer des comparaisons à l'extérieur des entreprises, lorsqu'elles sont nécessaires, pour qu'une comparaison puisse être pertinente. Cette possibilité est considérée par le CEDS comme fondamentale pour garantir l'efficacité d'un système d'évaluation objective des emplois dans certaines circonstances, en particulier

⁴⁸³ Voir la situation de la Finlande jugée non conforme au motif que la législation ne prévoit pas le droit à la réintégration en cas de licenciement illégal reposant sur une discrimination en fonction du sexe (Conclusions XVII-2, Finlande, article 1^{er} du Protocole additionnel). Voir également la situation de la Belgique jugée non conforme au motif qu'en cas de licenciement par repréailles à la suite d'une revendication de l'égalité salariale, la réintégration du salarié est laissée à la libre décision de l'employeur (Conclusions XVI-2, tome 1, Belgique, article 4 § 3, p. 17).

⁴⁸⁴ Voir la situation de la République tchèque jugée non conforme au motif que dans le cas où la victime ne souhaite pas être réintégrée, elle n'est pas assurée de bénéficier d'une indemnité proportionnée au préjudice subi (Conclusions XVII-2, République tchèque, article 1^{er} du Protocole additionnel).

⁴⁸⁵ Voir la situation des Pays-Bas jugée non conforme au motif que la notion de rémunération, retenue pour l'application du principe d'égalité salariale, n'est pas assez large (Conclusions XVI-2, tome 2, Pays-Bas, article 4§3, pp. 570 à 574).

⁴⁸⁶ Conseil de l'Europe, L'égalité entre les femmes et les hommes dans la charte sociale européenne, *ibidem*, p. 5.

⁴⁸⁷ Voir la situation de la République slovaque jugée non conforme au motif que le droit des travailleurs masculins et féminins à une rémunération égale pour un travail de valeur égale n'est pas inscrit dans la législation (Conclusions XV-2, République slovaque, article 4§3, p. 160-161). Voir aussi la situation de la Turquie jugée non-conforme au motif que le principe d'une rémunération égale pour un travail de valeur égale n'apparaît pas de manière suffisamment explicite dans la législation (Conclusions XVI-2, tome 2, Turquie, article 4§3).

dans les entreprises où la main d'œuvre est en grande partie, voire exclusivement féminine⁴⁸⁸. Le CEDS n'a pas exclu la preuve statistique de la discrimination en matière de rémunération. La réparation en cas d'inégalité salariale doit couvrir au minimum la différence de rémunération⁴⁸⁹.

B – L'APPLICATION RATIONAE PERSONAE DE LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE

La question de l'applicabilité personnelle, est celle qui interroge le plus, venant d'un instrument de protection des droits de l'homme, ce qu'est assurément la Charte sociale européenne⁴⁹⁰.

La Charte tend à protéger les personnes par référence à leur appartenance à un groupe⁴⁹¹ (travailleurs, enfants, personnes âgées, personnes handicapées, famille). Corrélativement, on constate aussi que peu de droits (mais tout de même un certain nombre de droits, en nette augmentation avec la Charte révisée) peuvent bénéficier à toute personne, sans rapport avec une situation sociale particulière⁴⁹².

La protection offerte par la charte est privilégiée car proche des droits de l'homme (1) elle s'étend aux étrangers ressortissants des autres Parties contractantes résidant légalement ou travaillant régulièrement sur le territoire de la Partie contractante intéressée (2).

1/ Une approche privilégiée, allant dans le sens de la protection des droits de l'homme

La protection offerte par la CSE est empruntée aux droits sociaux de la FIDH (Fédération internationale des ligues des droits de l'homme) (a) ; son champ d'application a été élargi au nom de la dignité humaine dans deux affaires : la première opposait la FIDH à la France, la seconde, le Centre européen des droits des Roms à l'Italie (b).

⁴⁸⁸ Voir la situation de la République tchèque jugée non conforme au motif que le droit tchèque n'autorise pas à chercher des éléments de comparaison des rémunérations, pour déterminer l'égalité pour un même travail et un travail de valeur égale, ailleurs que chez le même employeur (Conclusions XVII-2, République tchèque, article 4§3, www.coe.int). Voir également la situation de l'Islande (Conclusions XVI-2, tome 1, Islande, article 4§3, p. 508 et s.) et du Portugal (Conclusions XVI-2, Portugal, article 4§3, p. 740 et s.).

⁴⁸⁹ Voir la situation de la République tchèque jugée non conforme au motif que le droit tchèque n'accorde pas une réparation suffisante en cas de licenciement par représailles contre un(e) salarié(e) ayant revendiqué l'égalité salariale (Conclusions XVII-2, République tchèque, article 4 § 3).

⁴⁹⁰ AKANDJI-KOMBÉ (Jean-François), L'applicabilité rationne personae de la charte sociale européenne : ombres et lumières, *L'Europe des libertés*, n° 23, 7^{ème} année, mai 2007. http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=161&id_rubrique=2.

⁴⁹¹ Il s'agit des travailleurs, enfants, personnes âgées, personnes handicapées, famille. Ce sont les individus, membres des groupes, qui sont protégés, et non le groupe en tant que tel, même s'il est vrai qu'en ce qui concerne certains d'entre eux (telle la famille) par exemple cette protection vise aussi globalement à la promotion de l'ensemble que forment ces personnes.

⁴⁹² Le droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale ; le droit au logement ; le droit à la protection en cas de licenciement ; le droit à la protection contre le harcèlement sexuel et moral ; les droits des travailleurs ayant des responsabilités familiales à l'égalité des chances et de traitement ; les droits des représentants des travailleurs.

a) Une protection des personnes empruntée aux droits sociaux de la FIDH

La CSE tend à protéger les personnes par référence à leur appartenance à un « groupe »⁴⁹³.

Cette problématique est profondément nourrie par la nature et, sans doute aussi, par l'histoire des droits sociaux, qui se sont développés, à partir des travailleurs⁴⁹⁴.

Ce particularisme n'est pas cantonné à la Charte mais partagé par tous les instruments de protection des droits sociaux.

On serait surpris de constater que les instruments de protection des droits civils et politiques peuvent aussi participer de la même dynamique, même si c'est dans une moindre mesure⁴⁹⁵.

Ce qui singularise la Charte, c'est le déploiement d'une problématique totalement différente de celle que l'on retrouve dans les autres conventions des droits de l'homme. La position du CEDS mérite d'être reproduite in extenso : « *En ce qui concerne le champ d'application personnel de la Charte, le Comité formule l'observation suivante : [...] Le champ d'application personnel de la Charte est défini dans l'Annexe. Il comprend : les ressortissants des autres Parties résidant légalement ou travaillant régulièrement sur leur territoire ; les réfugiés et les apatrides résidant régulièrement sur leur territoire* ». Il n'exclut toutefois pas, que l'application de certaines dispositions de la Charte puisse, dans certaines situations spécifiques, requérir une égalité de traitement entre nationaux et étrangers, qu'ils soient ou non des États parties.

La procédure de réclamations collectives allait, à travers deux affaires, fournir l'occasion de préciser la situation à cet égard. Et le Comité allait statuer dans le sens d'un certain élargissement du champ d'application personnel de la Charte.

b) Un élargissement du champ d'application de la Charte Sociale Européenne au nom de la dignité humaine

La première affaire opposait la FIDH à la France⁴⁹⁶ à propos de deux lois modifiant certaines dispositions du code de l'aide sociale et de la famille en matière d'aide médicale d'État⁴⁹⁷. Il résultait essentiellement de ces modifications législatives, premièrement que les nationaux et les étrangers résidant légalement sur le territoire depuis au moins trois mois et remplissant les conditions de ressource

⁴⁹³ Il faut insister sur le fait que c'est l'individu en tant que membre d'un groupe, qui est protégé.

⁴⁹⁴ AKANDJI-KOMBÉ (Jean-François), ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), GAUDIN (Hélène), MARGUENAUD (Jean-Pierre), RIALS (Stéphane), SUDRE (Frédéric), sous la direction de, Droits économiques, sociaux et culturels, dans, *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 1^{er} octobre 2008, p. 78.

⁴⁹⁵ Parmi les chevauchements, on trouve le droit de s'affilier aux syndicales et d'en former de nouveaux et le droit des membres de minorités ethniques, culturelles et linguistiques à participer à la vie culturelle de leur communauté (article 27). Une situation semblable prévaut pour la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Aff. Yilmaz-Dogan c/ The Netherlands). Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Communication n° 1/1984, ONU Doc. A/43/18 Annexe IV (1988) et L. K. c/ The Netherlands, Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Communication n° 4/1991, ONU Doc. A/48/18 à 131 (1993).

⁴⁹⁶ Réclamation n° 14/2003, décision du 8 septembre 2004.

⁴⁹⁷ Il s'agit de la CMU (dispositif qui garantit d'une part, un droit à l'assurance maladie à tout résident en France qui n'est pas affilié à un régime de sécurité sociale et du droit, sous condition de ressource, à une couverture complémentaire gratuite avec dispense d'avance de frais) ; et de l'AME.

avaient droit à la CMU (couverture médicale universelle) ; deuxièmement, que les étrangers en situation irrégulière mais pouvant prouver une résidence continue d'au moins trois mois sur le territoire et remplissant les conditions de ressource avaient droit à l'AME (aide médicale d'État), et non pas à la CMU ; troisièmement, que les étrangers en situation irrégulière remplissant les conditions de ressource mais pas celle de résidence de trois mois ne pouvaient recevoir que des soins urgents et vitaux. L'organisation réclamante soutenait que constituait une violation de l'article 13 de la Charte révisée, le fait que les dispositions législatives suppriment, pour les étrangers en situation irrégulière disposant de très faibles ressources, la dispense totale d'avance de frais médicaux et qu'elles imposent une contribution financière des intéressés au paiement de ces frais ainsi que le paiement intégral du forfait hospitalier en cas d'hospitalisation constitue une violation de l'article 13 de la CSER⁴⁹⁸. Elle invitait le Comité à dire que les restrictions des droits des mineurs étrangers qui résultent de ces dispositions violent l'article 17⁴⁹⁹. L'instance européenne a finalement conclu à la violation de l'article 17 mais pas de l'article 13. En ce qui concerne l'article 13, le concept d'urgence mettant en cause le pronostic vital n'est pas suffisamment précis, l'autorité compétente pour en décider n'apparaît pas clairement, de plus, la définition des coûts pris en charge par l'Etat est définie de manière étroite. Mais en raison de l'existence d'une forme d'assistance médicale pour ces personnes, le Comité, dans le doute, considère que la situation ne constitue pas une violation de l'article 13 de la Charte. Surtout, le Comité a jugé, pour la première fois, « *qu'une législation ou une pratique qui nie le droit à l'assistance médicale aux ressortissants étrangers, sur le territoire d'un État partie, fussent-ils en situation irrégulière, est contraire à la Charte* »⁵⁰⁰.

La seconde affaire concernant le Centre européen des droits des Roms c/ Italie⁵⁰¹, portait sur des allégations de violation, à l'égard des Roms vivant en Italie, du droit au logement garanti par l'article 31 de la Charte révisée. À titre principal, le Gouvernement faisait valoir qu'en tant que telle, la réclamation n'entraîne pas dans le champ d'application de la Charte, d'une part parce qu'elle viserait à la protection d'un groupe de personnes composé en grande partie de ressortissants d'États parties en situation irrégulière et des nationaux d'États tiers et, d'autre part, parce qu'il ne serait pas possible de distinguer

⁴⁹⁸ Celui-ci prévoit que les Etats veillent « à ce que toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes et qui n'est pas en mesure de se procurer celles-ci par ses propres moyens ou les recevoir d'une autre source, notamment par des prestations résultant d'un régime de sécurité sociale, puisse obtenir une assistance appropriée et, en cas de maladie, les soins nécessités par son état ».

⁴⁹⁹ L'article 17 est rédigé comme suit : « En vue d'assurer aux enfants et aux adolescents l'exercice effectif du droit de grandir dans un milieu favorable à l'épanouissement de leur personnalité et au développement de leurs aptitudes physiques et mentales, les Parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques ou privées, toutes les mesures nécessaires et appropriées tendant : 1-a) à assurer aux enfants et aux adolescents, compte tenu des droits et des devoirs des parents, les soins, l'assistance, l'éducation et la formation dont ils ont besoin, notamment en prévoyant la création ou le maintien d'institutions ou de services adéquats et suffisants à cette fin ; b) à protéger les enfants et les adolescents contre la négligence, la violence ou l'exploitation ; c) à assurer une protection et une aide spéciale de l'Etat vis-à-vis de l'enfant ou de l'adolescent temporairement ou définitivement privé de son soutien familial ; 2- à assurer aux enfants et aux adolescents un enseignement primaire et secondaire gratuit, ainsi qu'à favoriser la régularité de la fréquentation scolaire ».

⁵⁰⁰ Conseil de l'Europe, *Documents de séance*, Session ordinaire, 26-30 juin 2006, p. 149.

⁵⁰¹ Réclamation n° 27/2004, décision du 7 décembre 2005.

dans ces populations les personnes de nationalité italienne. Le Comité ne suivit pas le défendeur sur ce terrain. En ce qui concerne particulièrement l'argument tiré de la nationalité d'États non parties à la Charte, l'instance européenne allait juger que « *la circonstance invoquée par le Gouvernement italien qu'il serait impossible de distinguer les comportements incriminés de manière à appliquer le principe de l'article 31 de la Charte aux seules personnes couvertes par la Charte elle-même ne saurait faire obstacle à l'exercice des compétences du Comité en vue du respect de l'article 31 de la Charte* »⁵⁰². Elle poursuivait en ces termes : « *À supposer que, comme le Gouvernement le soutient, il soit impossible de distinguer les Roms pour lesquels la protection prévue par l'article 31 est obligatoire et ceux pour lesquels cette protection est facultative en vertu de l'Annexe (paragraphe 1er), le Comité n'aperçoit pas en quoi une telle circonstance serait de nature à dispenser un État d'assurer ladite protection* »⁵⁰³.

Que conclure de ces décisions ? D'abord qu'il s'agit de solutions d'espèce progressistes, donnant une nouvelle lecture de l'Annexe, et dont la conséquence immédiate est de faire bénéficier les étrangers visés dans les requêtes de la protection européenne. La motivation des deux décisions précitées y invite même fortement. Dans l'affaire FIDH c/ France, outre les considérations générales relatives à la nature de la Charte et à l'interprétation de ses dispositions, la décision du Comité est principalement fondée sur la notion de dignité humaine. C'est parce qu'il a estimé que « *les soins de santé constituent un préalable essentiel à la préservation de la dignité humaine* » qu'il a conclu ainsi.

La protection qu'offre la Charte n'est pas ouverte à toute personne placée sous la juridiction de l'État partie. En cela, l'approche privilégiée par ce texte est assez restrictive. On constate néanmoins une ouverture de la CSE à certaines catégories de population.

2/ Une double extension: les étrangers ressortissants des Etats parties et les « minorités laborieuses »⁵⁰⁴

Mise à part la convention de Schengen, en principe les étrangers ne bénéficient pas du droit de circuler dans n'importe quel Etat partie en dehors de celui où ils résident. Cependant les droits garantis par la CSE s'appliquent aux étrangers qui résident légalement et travaillent régulièrement dans un Etat partie à la Charte (a). S'agissant des « minorités laborieuses », leurs droits en vertu de la CSE, sont amenés à évoluer positivement⁵⁰⁵ (b).

⁵⁰² DE SCHUTTER (Olivier), *Charte sociale européenne : une constitution sociale pour l'Europe*, Université Catholique de Louvain, février 2010, p. 85.

⁵⁰³ Réclamation collective n° 27/2004 par le CEDR (Centre européen des droits des Roms) c/ l'Italie, relative à l'objection tirée par le Gouvernement du champ d'application de la Charte.

⁵⁰⁴ Il s'agit d'une population représentant 5 à 10, voire 20 % des travailleurs (article 33 de la CSE et I de la CSER).

⁵⁰⁵ AKANDJI-KOMBE (Jean-François), L'applicabilité rationne personae de la Charte, sous la direction de, DE SCHUTTER (Olivier), *Charte sociale européenne : une constitution sociale pour l'Europe*, op. cit., pp. 79-91.

a) Une extension de la CSE aux étrangers vivant et travaillant régulièrement sur le territoire d'un Etat partie

A l'origine, les étrangers ressortissants des autres parties contractantes ne disposent pas, comme c'est le cas notamment dans le droit de l'Union européenne, d'un droit d'entrée sur le territoire de n'importe quel État en dehors de celui dans lequel ils résident.

Le champ d'application personnel de la Charte se trouve bien doublement restreint s'agissant des étrangers : elle ne peut bénéficier ni aux ressortissants d'Etats qui ne sont pas parties à la Charte, ni à l'ensemble des migrants se trouvant en situation irrégulière. Cette limitation particulièrement choquante en matière de droits de l'homme n'est toutefois guère étonnante s'agissant de droits sociaux. Elle correspond à une volonté claire des Etats de ne pas se voir contraints d'ouvrir aux non-nationaux ou aux non-résidents, l'accès aux politiques sociales offertes à leurs ressortissants. Cette volonté a été confirmée par le maintien de la restriction « *rationae personae* » pour la Charte sociale révisée en 1996⁵⁰⁶.

Il en résulte que les restrictions des droits des mineurs étrangers violent l'article 17⁵⁰⁷. A à cet égard, la situation irrégulière des Roms est une conséquence directe de l'attitude discriminatoire des autorités, lesquelles se refuseraient à toute régularisation de la situation des Roms quand bien même ceux-ci seraient sur le territoire d'un Etat partie depuis plusieurs générations. Dans ce contexte, les droits concernés ne leur sont guère favorables. En outre il découle de cette interprétation que l'État contrôle absolument l'accès des étrangers par rapport aux droits garantis par la Charte, puisque l'absence ou le refus d'autorisation en interdirait le bénéfice.

Cependant, on constate une évolution notable : la Charte s'applique en effet aux « *étrangers (...) dans la mesure où ils sont ressortissants des autres parties contractantes résidant légalement ou travaillant régulièrement* »⁵⁰⁸ sur le territoire d'un autre État partie intéressé⁵⁰⁹. En vertu de cette double condition de résidence régulière et de travail régulier, pour se prévaloir de la Charte il suffit d'avoir été préalablement autorisé à entrer sur le territoire de l'État partie à y résider (sans d'ailleurs nécessairement

⁵⁰⁶ NIVARD (Carole), Précisions sur les droits de la Charte sociale européenne bénéficiant aux étrangers en situation irrégulière : droits sociaux et droits des étrangers, *RDH*, novembre 2014, p. 3.

⁵⁰⁷ Article 17 de la CSE : « *En vue d'assurer aux enfants et aux adolescents l'exercice effectif du droit de grandir dans un milieu favorable à l'épanouissement de leur personnalité et au développement de leurs aptitudes physiques et mentales, les Parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques ou privées, toutes les mesures nécessaires et appropriées tendant : 1-a) à assurer aux enfants et aux adolescents, compte tenu des droits et des devoirs des parents, les soins, l'assistance, l'éducation et la formation dont ils ont besoin, notamment en prévoyant la création ou le maintien d'institutions ou de services adéquats et suffisants à cette fin ; b) à protéger les enfants et les adolescents contre la négligence, la violence ou l'exploitation ; c) à assurer une protection et une aide spéciale de l'Etat vis-à-vis de l'enfant ou de l'adolescent temporairement ou définitivement privé de son soutien familial ; 2- à assurer aux enfants et aux adolescents un enseignement primaire et secondaire gratuit, ainsi qu'à favoriser la régularité de la fréquentation scolaire* ».

⁵⁰⁸ Cette condition est attachée aux articles 1 à 17 et 20 à 31, et ceci « *sous réserve des articles 18 et 19* ». Cette réserve suit la clause imposant les conditions de résidence et de travail réguliers. L'opinion communément admise est que l'effet de cette réserve serait nul et que celle-ci n'aurait été énoncée qu'à titre de confirmation des conditions tenant à la résidence et au séjour, parce que lesdits articles 18 et 19, qui consacrent respectivement le droit à l'exercice d'une activité lucrative sur le territoire des autres parties et le droit des travailleurs migrants et de leur famille à la protection et à l'assistance, énonceraient eux-mêmes des conditions identiques.

⁵⁰⁹ Le territoire de n'importe quel État en dehors du leur.

s'y établir) et/ou d'avoir été autorisé à y travailler (sans nécessairement y résider), comme c'est le cas des travailleurs frontaliers. Il s'agit là d'une nette évolution en faveur des étrangers.

En outre, deux décisions récentes apportent des précisions concernant les droits dont bénéficient les étrangers même en situation irrégulière. Dans la première il est invoqué l'inconventionalité du droit et la pratique aux Pays-Bas qui excluent le bénéfice de l'assistance sociale d'urgence (vivres, hébergement, vêtements) aux étrangers en situation irrégulière. Dans la seconde affaire, il s'agit de l'absence de conformité de la situation nationale à la CSE du fait de l'existence de critères restrictifs à l'accès aux centres d'hébergement d'urgence et de l'insuffisance quantitative et qualitative de ces centres qui porte atteinte aux droits des sans-abri néerlandais ou étrangers en situation irrégulière ou pas. La situation difficile des personnes concernées par ces réclamations a donné lieu au Comité d'adresser pour la première fois des mesures immédiates⁵¹⁰ ou Gouvernement néerlandais⁵¹¹. Avant même l'appréciation au fond, le Comité a demandé au Gouvernement des Pays-Bas, afin qu'il ne soit pas porté atteinte « à l'intégrité des personnes exposées à un risque imminent de dénuement », de faire « en sorte que leurs besoins essentiels (logement, habillement, nourriture) soient satisfaits »⁵¹².

Reste une autre catégorie de personnes : les « minorités laborieuses »⁵¹³. La Charte autorise, parce qu'elle les légitime, les manquements à ces droits à l'égard de certaines personnes pour peu qu'elles ne représentent pas « la grande majorité des travailleurs »⁵¹⁴. Mais la jurisprudence du 11 décembre 2001 relative à l'application des « 35 heures » tend vers des perspectives intéressantes.

b) Une limitation de la clause d'exclusion des minorités laborieuses

Traditionnellement et selon la jurisprudence du Comité, la clause qui exclut les minorités laborieuses⁵¹⁵ était appelée à jouer, à partir du moment où au moins 80 % des travailleurs pouvaient être considérés comme bénéficiant d'une application satisfaisante de l'une des dispositions visées par l'article 33 de la Charte⁵¹⁶. Autrement dit, s'il s'avérait que l'une des dispositions citée n'était méconnue qu'au détriment d'une population représentant 5, 10, voire 20 % des travailleurs, le Comité devait constater l'application satisfaisante de cette disposition. Cette règle, considérée comme relevant d'un « droit de la part du feu »⁵¹⁷, a paru préoccupante même au sein du CEDS. Monsieur Pierre Laroque, qui fut son premier

⁵¹⁰ Le Règlement intérieur du Comité prévoit que la Comité peut adopter de telles mesures incitatives « afin d'éviter un risque de dommage grave irréparable et d'assurer le respect effectif des droits reconnus dans la Charte ».

⁵¹¹ CEDS, 25 octobre 2013, CEC c/ Pays-Bas, récl. n°90/2013 (mesures immédiates) ; CEDS, 25 octobre 2013, FEANTSA c/ Pays Bas, récl. n°86/2012 (mesures immédiates).

⁵¹² NIVARD (Carole), Précisions sur les droits de la Charte sociale européenne bénéficiant aux étrangers en situation irrégulière : droits sociaux et droits des étrangers (CEDS), RDH, novembre 2014, *op. cit.*, p. 2.

⁵¹³ La Charte ne se borne pas à réserver le bénéfice des droits qu'il consacre aux ressortissants des États parties. Elle autorise aussi, parce qu'elle les légitime, les manquements à ces droits à l'égard de certaines personnes pour peu qu'elles ne représentent pas « la grande majorité des travailleurs ».

⁵¹⁴ Article 33 de la CSE, article I de la CSER.

⁵¹⁵ Article E relatif à la non-discrimination (Partie V de la CSER).

⁵¹⁶ Article I de la CSER.

⁵¹⁷ « Le droit de la part du feu » exprime le fait de « sacrifier » une catégorie de travailleurs.

président, traduisait la position de cette instance en ces termes : « *Il existe dans de nombreux États des groupes marginaux qui, à certains égards, ne sont protégés par aucune règle législative, conventionnelle ou autre. Le Comité estime que, compte tenu de l'évolution des idées et des valeurs éthiques, il semble aujourd'hui injustifié d'exclure d'une protection sociale normale certaines catégories de la population, si faibles soient-elles en nombre, et il exprime le regret que la Charte consacre la possibilité d'une telle exclusion* »⁵¹⁸. Monsieur Jean-Michel BELORGEY, qui fut président du même Comité, formulait les mêmes critiques. L'auteur déplore que « *l'ensemble d'une catégorie sociale [puisse] être soustrait à la protection de la loi au seul motif qu'elle est minoritaire, enclavée dans une condition plus ou moins opprimée ou servile* »⁵¹⁹.

Ces considérations ne sont probablement pas étrangères à l'évolution récente de la jurisprudence du Comité, établie une fois de plus dans le contexte de la procédure de réclamation collective et qui réalise une sensible limitation de la portée de la clause de l'article I⁵²⁰.

En effet, si le Comité devait suivre rigoureusement sa jurisprudence originelle, il devrait systématiquement, soit écarter les réclamations dont il apparaît qu'elles ne concernent qu'une proportion inférieure ou égale à 20 % des travailleurs couverts par la disposition invoquée, soit conclure à la conformité de la situation nationale aux exigences de la Charte. Or, il est clair qu'une telle orientation finirait par vider la procédure d'une grande part de son utilité et de sa cohérence⁵²¹.

Le renouvellement jurisprudentiel le plus significatif (et le moins sujet à caution) est intervenu plus tard, à l'occasion de « l'affaire des 35 heures »⁵²², où l'effet d'exclusion de cette clause se trouve réduit⁵²³. Celle-ci devient inapplicable dès lors que les personnes concernées par la violation alléguée constituent une catégorie distinctive, traitée comme telle par les autorités de l'État. Cette jurisprudence ouvre en tout cas des perspectives intéressantes en faveur des « minorités laborieuses ».

⁵¹⁸ LAROQUE (Pierre), La Charte sociale européenne, *Droit social*, n° 3, 1979, p. 107.

⁵¹⁹ BELORGEY (Jean-Marie), De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations, essai de clarification des concepts et éléments de droit comparé, *Droit social*, n° 7-8, juillet-août 2002, p. 686.

⁵²⁰ Il s'agit de la Mise en œuvre des engagements souscrits.

⁵²¹ Comité STTK ry & Tehy ry c/ Finlande, 17 octobre 2001, récl. n° 10/2000, fond. il n'a pas fait jouer l'article 33 et a conclu à la violation par la Finlande de l'article 2, § 1, et ce alors même que le groupe dont la violation des droits était alléguée était loin de représenter 20 % des actifs dans ce pays. S'il paraît exclu de déduire de cette décision un abandon de la jurisprudence des 80 %, on ne peut s'empêcher de penser que la solution retenue milite en faveur d'un changement de statut de la règle, laquelle, contrairement à la pratique suivie jusqu'alors dans le cadre de la procédure de contrôle sur rapport, ne paraît pouvoir être appliquée que si elle est invoquée par l'État, ce que le gouvernement finlandais s'était abstenu de faire en l'espèce.

⁵²² Confédération française de l'Encadrement - CFE-CGC c/ France, 11 décembre 2001, récl. n° 9/2000, fond.

⁵²³ Dans cette affaire où il était reproché à « loi Aubry II » sur la réduction du temps de travail de méconnaître le droit des cadres à bénéficier d'une durée raisonnable de travail conformément à l'article 2 § 1 de la CSER, le gouvernement français faisait en effet valoir que les cadres représentant une proportion de la population totale des salariés n'excédant pas 5 %, il n'y aurait, en tout état de cause, pas violation de la disposition en cause. Le Comité va finalement écarter l'argument, considérant que « *compte tenu de la référence faite par ses propres termes aux travailleurs intéressés, l'application de l'article I de la Charte sociale révisée ne peut conduire à une situation où un nombre élevé de personnes, constituant une catégorie déterminée, serait délibérément exclue de l'application d'une règle de droit* ». Cette clause devient inapplicable dès lors que les personnes concernées par la violation alléguée constituent une catégorie distinctive, traitée comme telle par les autorités de l'État. Cette jurisprudence ouvre en tout cas des perspectives.

Pour conclure, ainsi se présentent les normes relatives aux discriminations liées au travail : une multitude de normes universellement reconnue, plus ou moins contraignantes en droit international à laquelle les Nations Unies et l'Organisation International du travail ont donné un nouvel élan en y intégrant des questions nouvelles : race et sexe.

Le droit européen, plus particulièrement, celui de l'Union européenne, a une influence majeure en droit interne du fait de son applicabilité directe. Il élargit les critères de discriminations liées au travail, et ajoute, au cours de l'année 2000, de nouveaux droits qui renforcent la protection des victimes de discriminations liées au travail.

La Charte Sociale Européenne dans ses deux versions, offre des garanties, proche des droits de l'homme. Le droit au travail est le premier droit garanti par la Charte Sociale Européenne, « *il revêt selon le Comité une importance fondamentale dans le contexte général de la Charte (...) l'exercice effectif de plusieurs droits essentiels énoncés par la Charte ne peut se concevoir sans la garantie préalable du droit au travail* »⁵²⁴. L'emploi (article 1^{er} § 2), constitue l'un des piliers de l'égalité de traitement⁵²⁵.

Malheureusement, aussi nombreuses et progressistes soient-elles, l'ensemble de ces normes connaît une application mitigée en droit interne français.

Des efforts supplémentaires doivent-ils être faits pour une meilleure mise en œuvre en droit interne français, de ce droit progressiste ?

⁵²⁴ SAMUEL (Lénia), *Droits sociaux fondamentaux : jurisprudence de la Charte sociale européenne*, éd. Conseil de l'Europe, 2002, p. 13.

⁵²⁵ SAMUEL (Lénia), *Droits sociaux fondamentaux : jurisprudence de la Charte sociale européenne*, *ibidem*, p. 29.

<p style="text-align: center;">TITRE II</p> <p style="text-align: center;">PORTEE ET LIMITES DE LA MISE EN ŒUVRE EN FRANCE DES DROITS UNIVERSEL ET EUROPEEN RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL</p>
--

En France, de nombreuses lois tendant à favoriser la lutte contre les discriminations ont été adoptées au cours des dernières années, dans des domaines très divers, en particulier pour répondre aux exigences de l'Union européenne en la matière.

Aujourd'hui, la France dispose d'un réel arsenal juridique que l'on peut résumer ainsi : des dispositions pénales relatives aux discriminations ; des règles nombreuses concernant les discriminations en matière de relations du travail ; un principe de non-discrimination dans la fonction publique ; l'ensemble de ces instruments juridiques résulte de l'adoption de textes variés.

En effet, dès les années 1970 et 1980, la loi du 22 décembre 1972 puis la loi « Roudy » du 13 juillet 1983 ont établi un socle garantissant, en plusieurs strates successives, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.

La loi du 4 août 1982 – l'une des « lois Auroux » – relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise a interdit les discriminations en matière d'embauche, de licenciement et de sanctions disciplinaires.

Les années 2000 ont donné lieu à une véritable multiplication des textes. Ainsi, la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes a rendu obligatoire la négociation collective sur l'égalité professionnelle au niveau de l'entreprise et au niveau de la branche.

Couvrant un champ très général, la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations a, en transposant un certain nombre de textes de l'Union, apporté des garanties nouvelles en matière de lutte contre les discriminations en matière d'emploi, par exemple en ouvrant la possibilité aux organisations syndicales ou aux associations de lutte contre les discriminations d'agir en justice.

Plus récemment encore, d'autres lois ont marqué l'évolution de l'action publique en matière de lutte contre les discriminations, comme le montrent les quatre exemples emblématiques suivants :

La loi du 30 décembre 2004, qui a créé la Halde et qui a été remplacée en 2011 par la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au défenseur des droits. L'objectif est de lutter contre les discriminations. Si les pouvoirs de la Halde (investigation pour instruire les dossiers, avis et recommandations auprès du gouvernement, du Parlement et de l'ensemble des autorités publiques afin de favoriser l'amélioration des

dispositions applicables dans ce domaine) sont importants, les pouvoirs du défenseur des droits sont plus larges⁵²⁶ ;

La loi du 11 février 2005⁵²⁷, qui comporte des mesures nombreuses destinées à lutter contre les discriminations fondées sur le handicap, notamment en matière d'emploi et de travail ;

La loi du 23 mars 2006⁵²⁸, qui vise à encourager les entreprises et les branches à ouvrir des négociations en vue de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, mais qui comprend de nombreuses autres mesures destinées notamment à favoriser la conciliation de l'emploi et de la parentalité ;

La loi du 31 mars 2006⁵²⁹, qui a non seulement créé l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances, mais aussi doté l'ex Halde du pouvoir de proposer en matière de discriminations, une transaction alternative aux procédures pénales⁵³⁰ ;

La loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union dans le domaine de la lutte contre les discriminations⁵³¹ a assuré la transposition d'une partie des dispositions de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006⁵³².

Enfin, il convient de garder à l'esprit que les lois ne sont pas les seuls instruments juridiques applicables : le 11 octobre 2006, les partenaires sociaux ont conclu un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise, destiné à promouvoir la non-discrimination et l'égalité de traitement en matière de recrutement, d'affectation, de rémunération, de formation professionnelle et de déroulement de carrière⁵³³.

Les études de terrain qui ont été réalisées le montrent, les enfants d'immigrés, nés en France, qui ont acquis à 18 ans⁵³⁴ la nationalité française, sont dans une situation assez comparable au regard du marché du travail, à celle des étrangers vivant en France⁵³⁵.

⁵²⁶ Le défenseur des droits, *rapport annuel d'activité 2013*, juin 2014, p. 43.

⁵²⁷ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *JORF* n° 36 du 12 février 2005, p. 2353.

⁵²⁸ Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, *JORF* n° 71 du 24 mars 2006, p. 4440.

⁵²⁹ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, *JORF* n° 79 du 2 avril 2006, p. 4950.

⁵³⁰ Article 40 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, *ibidem*.

⁵³¹ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *ibidem*.

⁵³² Mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

⁵³³ Accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise, conclu le 11 octobre 2006 par les partenaires sociaux, afin de promouvoir la non-discrimination et l'égalité de traitement en matière de recrutement, d'affectation, de rémunération, de formation professionnelle et de déroulement de carrière.

⁵³⁴ La loi n° 98-170 du 16 mars 1998 relative à la nationalité (*JORF* n° 64 du 17 mars 1998 p. 3935) dite « loi Guigou » a permis d'accéder à la nationalité française pour les mineurs dès l'âge de 13 ans à la demande des parents, à 16 ans à titre personnel et à 18 ans automatiquement.

⁵³⁵ Haut Conseil à l'intégration, *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité*, Rapport au Premier Ministre, La documentation Française, p. 90.

Par ailleurs, le caractère décentralisé et les conditions nécessairement *intuitu personae* dans lesquelles sont conclus les contrats de travail ne facilitent pas l'appréhension de manière précise et quantifiable de la réalité des discriminations soit à l'embauche soit dans les promotions internes au sein des entreprises. Enfin, malgré un « arsenal législatif » très complet, la réalité des discriminations à l'emploi ne peut pas être appréhendée par le recensement des seules condamnations judiciaires en matière de discrimination raciale. Leur nombre est, en effet, très limité : 74 en 1995, 81 en 1996⁵³⁶ et 208 en moyenne par an entre 2005 et 2007 selon le politologue Erik BLEICH dans son livre intitulé « The freedom to be racist ». Et si l'on rapproche ces chiffres des témoignages des acteurs du monde du travail, on parvient à la conclusion que le très faible nombre de condamnations en France n'est pas la preuve de l'absence de discrimination mais doit être regardé comme résultant des difficultés d'accès à la justice⁵³⁷ et d'établissement de la preuve en cette matière.

Il ressort de l'ensemble de ces textes, une application partielle en droit français, des normes universelles relatives à la non-discrimination liée au travail (chapitre I) et en revanche, une influence déterminante du droit de l'Union Européenne sur le droit interne français des normes relatives à la non-discrimination liée au travail (chapitre II).

⁵³⁶ Réponse à la question de Monsieur le Sénateur Serge MATHIEU, 7 mai 1998, *JORF*, p. 2780.

⁵³⁷ Haut Conseil à l'intégration, *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité*, Rapport au Premier Ministre, La documentation Française, *ibidem*, p. 90.

CHAPITRE I
L'APPLICATION VARIEE EN DROIT FRANCAIS DES NORMES UNIVERSELLES RELATIVES A
LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL

Comme on l'a vu précédemment, au niveau de l'ONU, la DUDH contient de nombreuses références au principe d'égalité (articles 1, 2, 7, 21 al. 2 et 23). Elle a été codifiée dans deux pactes des Nations unies, de 1966 : le PIDCP et le PIDESC.

Il existe également des textes spécifiques comme la CEDEF et la CERD. L'article 11 al. 1 de la CEDEF reconnaît que les phénomènes de discrimination touchent à l'égard des femmes. La CERD vise plus spécifiquement les discriminations raciales : *race, couleur, ascendance ou l'origine nationale ou ethnique*.

S'agissant de l'OIT, la déclaration de Philadelphie rappelle un principe d'égalité de tous les travailleurs. La convention C100 sur l'égalité de rémunération a introduit la notion d'égalité substantielle, à savoir l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale, et non plus seulement l'égalité formelle. La convention C111 concernant la discrimination interdit « *toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession* ».

La portée juridique de la Déclaration est faible. Il s'agit d'une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU, n'ayant pas la valeur juridique d'un traité international, sans dimension contraignante, d'un texte de portée morale qui s'appuie sur l'universalité conférée par son succès⁵³⁸. Les pactes de 1966 ont pour principal intérêt de reprendre, en détail, l'ensemble des libertés évoquées dans la DUDH pour leur conférer une valeur juridique contraignante.

La CEDEF est peu mobilisée, alors même que son protocole optionnel, ratifié par la France en juin 2000, autorise l'examen de plaintes présentées par des groupes ou par des individus. La CERD est le premier instrument des Nations Unies à avoir institué le mécanisme conventionnel de contrôle par le moyen des rapports étatiques.

On verra ci-après, que si l'influence du droit onusien relatif à la non-discrimination liée au travail sur le droit interne français, peut être modeste (I), la portée des conventions de l'OIT relatives à la non-discrimination est effective (II).

⁵³⁸ 193 États sont membres de l'ONU en 2015.

I – L'INFLUENCE MODESTE SUR LE DROIT INTERNE FRANÇAIS DES TEXTES ONUSIENS RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL

La Charte Internationale des Droits de l'Homme a servi d'inspiration pour de nombreuses conventions et déclarations relatives aux discriminations en matière d'emploi, qui ont été élaborées au sein du Système des Nations Unies parmi lesquels on trouve la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 qui garantit aux femmes l'égalité avec les hommes devant la loi et spécifie des mesures destinées à éliminer la discrimination contre les femmes dans le domaine de l'emploi notamment⁵³⁹. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, est l'organe chargé de veiller à son application et à étudier les rapports émanant d'États parties⁵⁴⁰. Le *Protocole facultatif* de la Convention (1999) autorise les particuliers à saisir le Comité de violations présumées de la Convention.

La CERD⁵⁴¹ pose comme principe que toute doctrine de supériorité raciale fondée sur la différenciation entre les races est injustifiable, scientifiquement fautive, moralement et juridiquement condamnable⁵⁴², elle définit la « discrimination raciale » et engage les États parties à prendre des mesures pour l'abolir, aussi bien dans la loi que dans les faits⁵⁴³. La convention sur le droit des personnes handicapées⁵⁴⁴, la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance ou de discrimination fondées sur la religion⁵⁴⁵ affirment le droit de toute personne à la liberté de pensée, de conscience et de religion⁵⁴⁶ et le droit de ne pas faire l'objet de discrimination en raison de sa religion⁵⁴⁷.

Si L'applicabilité en droit interne français de la Charte internationale des droits de l'homme est différenciée (A), La traduction des conventions onusiennes relatives à la discrimination raciale et aux discriminations à l'égard des femmes est plus étendue (B).

⁵³⁹ Article 11 alinéa 1^{er} de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, *op. cit.*

⁵⁴⁰ Article 17 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, *ibidem*. Le comité est créé « *aux fins d'examiner les progrès réalisés dans l'application de la convention* ».

⁵⁴¹ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, *ibidem*.

⁵⁴² DE GOUTTES (Régis), Le rôle du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale, *RTDH*, décembre 2001, *op. cit.*, p. 568.

⁵⁴³ Article 1^{er} de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; Résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965.

⁵⁴⁴ Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006, entrée en vigueur 3 mai 2008.

⁵⁴⁵ Proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 novembre 1981 (résolution 36/55).

⁵⁴⁶ Article 1^{er} de la Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, (résolution 36/55).

⁵⁴⁷ Article 2 de la Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction religieuse, *ibidem*.

DROITS DE L'HOMME

Il est presque superflu de rappeler à quel point sont anciens les efforts entrepris en faveur d'une action internationale pour les droits de l'homme⁵⁴⁸ et de souligner que les atrocités de la seconde guerre mondiale⁵⁴⁹ avait conféré à cette action internationale une urgence toute particulière. L'œuvre à entreprendre dans ce domaine n'avait pas pour seule finalité la protection des droits de l'homme, mais aussi celle de la paix, tant il est vrai qu'« *un droit véritable entre Etats est inséparable du respect de la personne humaine au sein de l'Etat* »⁵⁵⁰, et que, plus généralement, « *instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande* »⁵⁵¹ constitue l'une de voies les plus sûres vers la préservation de la paix dans le monde⁵⁵².

C'est pourquoi l'action internationale en faveur des droits de l'homme est mentionnée par la Charte internationale des droits de l'homme, parmi les buts fixés à celle-ci, de sorte qu'il est fait obligation à l'Organisation comme à chacun de ses membres, d'agir en ce sens⁵⁵³.

La Charte développe et encourage le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion⁵⁵⁴.

La non-discrimination est un principe universel faisant partie intégrante de la Charte internationale des droits de l'homme, car inscrite dans la DUDH. Ce principe existe dans tous les grands traités sur les droits de l'homme et sert de thème central au sein de certaines conventions internationales⁵⁵⁵.

L'Histoire nous apprend que l'affirmation d'un principe énoncé à l'article 2⁵⁵⁶ de la Déclaration universelle des droits de l'homme ne suffit pas pour que certains ne trouvent pas le moyen d'en relativiser les applications. De même, l'article 7, précisait que « *tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ». L'article 7 concerne tous les êtres humains sans aucune exception mais elle a surtout valeur de proclamation.

⁵⁴⁸ MANDELSTAM (André), La déclaration des droits internationaux de l'homme, *RDI*, 1930, p. 59 et suivants. La résolution adoptée par l'institut de droit international à New York le 12 octobre 1929.

⁵⁴⁹ DURAND (Yves), *Histoire de la Deuxième Guerre mondiale*, Ed. Complexe, 1^{er} octobre 1998, 988 p.

⁵⁵⁰ MOURGEON (Jacques), Les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, *AFDI*, volume 13, 1967, pp. 326-363.

⁵⁵¹ Préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

⁵⁵² BRUNET (René), *La garantie internationale des droits de l'homme d'après la charte de San Francisco*, éd. Grasset, Genève, 1947.

⁵⁵³ Alinéa 2 du préambule et article 1^{er} de la Charte Internationale des Droits de l'Homme.

⁵⁵⁴ Article 1, § 3 de la Charte Internationale des Droits de l'Homme.

⁵⁵⁵ Comme la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

⁵⁵⁶ « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* ».

La DUDH doit être lu simplement pour ce qu'elle est : un moment de l'histoire humaine, une formidable intuition politique, le témoignage d'une volonté acharnée à construire l'humanité contre ce qu'elle comporte de barbarie.

S'agissant du PIDESC, dans le suivi à mi-parcours des recommandations et engagements complémentaires de l'EPU (Examen périodique universel) effectué en juin 2010, après avoir rappelé son engagement en faveur de l'élaboration du protocole, la France indiquait également que « *l'exercice par tous les citoyens de droits économiques, sociaux et culturels appelle la mise en place de mécanismes efficaces dont ce Protocole participe* » et annonçait que « *des discussions interministérielles avaient été initiées en vue d'une signature prochaine du protocole* »⁵⁵⁷, afin de rendre les DESC applicables et pour une reconnaissance progressive de sa « justiciabilité ». La recevabilité des demandes auprès du Comité des droits du PIDESC reste malheureusement limitée⁵⁵⁸. Il n'en demeure pas moins que le PIDESC, partie intégrante de cette Charte internationale des droits de l'homme, peut être invoqué devant les tribunaux français, ce qui constitue un tournant majeur (1) tandis que l'article 26 du PIDCP est directement applicable en France (2).

1/ La question de l'invocabilité du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels devant les tribunaux français

Le PIDESC reconnaît le droit à toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment la rémunération qui procure, au minimum, à tous les travailleurs, un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune ; en particulier, les femmes doivent avoir la garantie que les conditions de travail qui leur sont accordées ne sont pas inférieures à celles dont bénéficient les hommes et recevoir la même rémunération qu'eux pour un même travail⁵⁵⁹.

Certains auteurs s'accordent à dire que les DESC ne sont pas directement invocables car ils ne créent pas de droits au profit des particuliers mais seulement des obligations à l'égard des Etats contrairement aux droits civils et politiques⁵⁶⁰. On peut cependant noter une double reconnaissance : celle de la justiciabilité des DESC par le Conseil d'Etat (a), et celle de l'applicabilité directe des stipulations du PIDESC (b).

⁵⁵⁷ BRAOUEZEC (Patrick), *Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : perspectives*, question écrite, Rapport, n° 112856, Assemblée Nationale, *JORF* du 28 juin 2011, p. 6709.

⁵⁵⁸ YOUNGBARE (Robert), *la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels*, Séminaire de formation, Ouagadougou, 21-23 février 2011, Acte du séminaire, p. 25.

⁵⁵⁹ Article 7 du PIDESC, *op. cit.*

⁵⁶⁰ Selon Serge SLAMA, la quasi-unanimité de la doctrine française considère que le PIDESC ne crée d'obligations qu'à la charge des Etats parties, dans, SLAMA (Serge), Adoption de nouveaux critères de détermination de l'effet direct des normes internationales sans consacrer leur invocabilité systématique, *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 14 mai 2012.

a) Vers une reconnaissance de la justiciabilité directe des DESC

Le Conseil d'Etat a constamment rejeté l'effet direct ou l'invocabilité des stipulations des différentes normes internationales garantissant des DESC.

Le PIDESC a été adopté en 1966 et est entré en vigueur en 1976. La France l'a ratifié en 1980⁵⁶¹. C'est en 1996 que le Conseil d'Etat a eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'applicabilité directe des stipulations du PIDESC en posant le considérant de principe selon lequel : « *Considérant que l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, publié par décret du 19 janvier 1981, n'a, en tout état de cause, pas été méconnu par l'arrêté attaqué, qui n'a eu pour objet que d'assurer une solidarité au sein d'un système de prévoyance* »⁵⁶².

Lorsque le Conseil d'Etat estime qu'une disposition n'est « en tout état de cause » pas méconnue, cela signifie qu'elle n'a pas de portée⁵⁶³. La formulation adoptée par le Conseil d'Etat pour déclarer que le PIDESC n'est pas directement applicable, n'est pas aisée à comprendre. Ainsi, par exemple, Monsieur DE QUENAUDON estime dans son article à la *Revue de droit du travail*⁵⁶⁴ que : dans deux décisions⁵⁶⁵, « *le Conseil d'Etat avait fait application du PIDESC* »⁵⁶⁶. Au contraire, la formulation « en tout état de cause » figurant dans ces décisions exprime « *l'inopérance du moyen* »⁵⁶⁷. Cela apparaît clairement dans l'arrêt de principe de CE en la matière⁵⁶⁸ à propos de la mise sous condition de ressources des allocations familiales par une loi « Aubry » de 1997⁵⁶⁹. Les stipulations des articles 2, 9, 10 du PIDESC et 39 du code européen de la sécurité sociale ne sont pas directement invocables. Ainsi, toutes les tentatives ultérieures pour faire reconnaître une applicabilité directe ou indirecte à des stipulations de normes internationales garantissant des DESC connaîtront le même sort dans les décisions de 1999, à propos de l'article 7 du PIDESC⁵⁷⁰ ; 2000 à propos de l'article 9 du PIDESC⁵⁷¹ ; 2005, à propos des articles 9 et

⁵⁶¹ Loi n° 80-461 du 25 juin 1980 autorisant l'adhésion de la république française au Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels, ouvert à la signature le 19 décembre 1966 à New-York, *JORF* du 26 juin 1980, p. 1569. Publié par le décret n° 81-76, du 29 janvier 1981 portant publication du PIDCP, *JORF* du 1^{er} février 1981, p. 398.

⁵⁶² CE, 15 mai 1996, Société de Manutention du Bassin Minéralier de Dunkerque, Req. n° 168506, *rec. Lebon*.

⁵⁶³ CE, 15 mai 1996, SOMABAMI, *ibidem*.

⁵⁶⁴ DE QUENAUDON (René), Expression religieuse et laïcité en entreprise : A propos de l'avis rendu par le Haut Conseil à l'intégration le 1^{er} septembre 2011, *Revue de droit du travail*, Dalloz, 18 novembre 2011, p. 643.

⁵⁶⁵ CE, 15 mai 1996, SOMABAMI, *ibidem*.

SOMABAMI et CE, 27 avril 1998, Confédération des Syndicats Médicaux Français, n° 185645, 185675, 185693 et 185695, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, juillet 2010.

⁵⁶⁶ CE, 15 mai 1996, SOMABAMI et CE, 27 avril 1998, Confédération des syndicats médicaux français, n°185645, 185675, 185693 et 18569, dans, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, juillet 2010.

⁵⁶⁷ Le moyen inopérant est sans portée et « *ne peut être utilement évoqué* » précise le Conseil d'Etat. A propos d'un texte inapplicable voir CE, 5 mars 1976, Carlier, *Rec. Lebon*, p. 132 ; ou d'une incompétence soulevée à tort voir CE, 2 octobre 1970, Gaillard, *Rec. Lebon*, p. 553. Il faut noter que le fait qu'un moyen soit inopérant ne dispense pas le juge administratif de se prononcer sur un tel moyen, ne serait-ce que pour le déclarer inopérant (CE, 21 octobre 1988, Eglise de scientologie, *Rec. Lebon*, p. 354) ou pour reconnaître sa validité (CE, 23 décembre 1988, A.V.N.E. des Bouches du Rhône, *Rec. Lebon*, p. 462). <http://www.jurisconsulte.net/fr/lexique/?lettre=M>.

⁵⁶⁸ CE, 5 mars 1999, Rouquette et Lipietz, n° 194658; 196116, *Rec. CE* p. 37, *RFDA*, 1999, p. 357, concl. Christine MAUGUÉ.

⁵⁶⁹ Article L. 521-1 du code de la sécurité sociale par la loi n° 97-1164 du 19 décembre 1997 de financement de la sécurité sociale pour 1998, *JORF* n° 297 du 23 décembre 1997, p. 18635.

⁵⁷⁰ CE, 10 novembre 1999, Fédération CGT du commerce, de la distribution et des services, n° 193836, *Rec. Lebon*.

⁵⁷¹ CE, 6 novembre 2000, GISTI, Req. n° 204784, *Rec. Lebon*.

10 PIDESC⁵⁷² ; et 2006, à propos des articles 2 et 9 du PIDESC s'agissant de la décristallisation partielle des pensions des anciens combattants des ex-territoires sous souveraineté française⁵⁷³.

En 1991, la Cour de cassation reconnaît l'invocabilité des articles 6⁵⁷⁴ et 7⁵⁷⁵ du PIDESC.

Elle reconnaît également, dans un arrêt de sa chambre sociale du 16 décembre 2008⁵⁷⁶, l'applicabilité directe d'une des stipulations⁵⁷⁷ du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC). Par cette décision, la chambre sociale de la Cour de cassation a soulevé d'office le moyen de l'inconventionnalité de la disposition en cause, ce qui rend la décision très importante et constitue son principal apport.

En reconnaissant donc, l'applicabilité directe d'une des stipulations du PIDESC, qui peut désormais être directement invoquée par un justiciable devant une juridiction, cette décision contribue à battre en brèche une idée reçue : la présomption d'injusticiabilité des droits économiques, sociaux et culturels (DESC) garantis par ces normes internationales de seconde génération.

Cette décision ouvre donc des horizons nouveaux et contribuera à amener le Conseil d'Etat à adopter la même solution que celle préconisée ou adoptée par des comités internationaux et d'autres juridictions suprêmes.

b) Des préoccupations concernant l'applicabilité en France du PIDESC

Le Comité des Droits Economiques Sociaux et Culturels, dans son examen du rapport présenté par la France en novembre 2001, a souligné sa préoccupation concernant la question de l'applicabilité du PIDESC en droit Français : « *Le Comité note avec préoccupation que malgré l'article 55 de la Constitution, posant la supériorité de la norme de droit international sur la norme de droit interne, et l'adhésion de l'État partie à la théorie moniste, se traduisant par l'applicabilité directe de la norme de droit international dans l'ordre juridique interne* »⁵⁷⁸.

⁵⁷² CE, 21 octobre 2005, AIDES ET GISTI, Req. n°285577, *Rec. Lebon*.

⁵⁷³ CE, Sect., 18 juillet 2006, GISTI, Req. n° 274664, *Rec. Lebon*.

⁵⁷⁴ Selon l'article 6 du PIDESC, « *Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'à toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit. Les mesures que chacun des Etats parties au présent Pacte prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales* ».

⁵⁷⁵ Cass. Soc., 15 juin 2000, n° 98-12.469 et n° 98-12.467, dans, AKANDJI-KOMBE (Jean-François), sous la direction de, La justiciabilité des droits sociaux n'est pas une utopie, dans, *L'homme dans la société internationale : Mélanges en hommage au Professeur Paul TAVERNIER*, Paris, Décembre 2010, pp. 475- 503.

⁵⁷⁶ CCass. Soc., 16 décembre 2008, Eichenlaub c/Axia France, n° 05-40876, *Droit social*, n° 2, février 2009.

⁵⁷⁷ Les articles 6 et 7 relatifs au droit du travail.

⁵⁷⁸ Comité des DESC, *Observations finales sur l'examen du rapport de la France*, 2001. Le Comité des DESC, dans son examen du rapport présenté par la France en novembre 2001, a souligné sa préoccupation concernant la question de l'applicabilité du PIDESC en droit Français.

Certaines juridictions⁵⁷⁹ ont longtemps considéré que le Pacte et ses dispositions ne sont pas directement applicables dans l'ordre juridique interne⁵⁸⁰.

Si le Conseil constitutionnel ne se reconnaît pas compétent pour juger de la conformité des lois aux traités internationaux⁵⁸¹, il contrôle en revanche la conformité de ces lois à la Constitution. Il a précisé qu'il appartient aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application des conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives⁵⁸².

Quant à la vision du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation concernant l'applicabilité du PIDESC en droit interne, longtemps, il n'a pas été considéré comme directement applicable en droit interne.

Dans son rapport de 1996⁵⁸³, en réponse au Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels, la France précise les conditions de l'applicabilité des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme au droit interne français. Elle rappelle que la Constitution de 1958 dispose que « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* »⁵⁸⁴.

Cet article consacre le principe dit « moniste »⁵⁸⁵ selon lequel les stipulations des accords internationaux sont introduites directement dans le droit français sans avoir à être retraduites en dispositions nationales, pour être applicables. Ainsi, les normes internationales de protection des droits de l'homme peuvent donc être invoquées devant les juridictions nationales⁵⁸⁶. Par ailleurs, la France indiquait que l'exercice par tous les citoyens de droits économiques, sociaux et culturels appelait la mise en place de mécanismes efficaces dont le Protocole facultatif au PIDESC participe.

⁵⁷⁹ CE, Ass., 11 avril 2012, GISTI et FAPIL, req. n° 322326, *RFDA*, 2012, p. 547. Le Conseil d'Etat par exemple ne considère pas le Pacte et ses dispositions comme directement applicables dans l'ordre juridique interne, avec pour résultat la rareté des décisions de justice faisant référence au Pacte et à ses dispositions.

⁵⁸⁰ CC, 15 janvier 1975, loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse n° 74-54 DC, *JORF* du 16 janvier 1975, p. 671, *Rec.* p. 19.

⁵⁸¹ L'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen.

⁵⁸² CC, 29 décembre 1989, Loi de finances pour 1990, n° 89-268 DC, *JORF* du 30 décembre 1989, p. 16498, *Rec.* p. 110. Considérant qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* », que, dans le cadre de leurs compétences respectives, il incombe aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application des conventions internationales ; que s'il revient au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que la loi respecte le champ d'application de l'article 55, il ne lui appartient pas en revanche d'examiner la conformité de celle-ci aux stipulations d'un traité ou d'un accord international.

⁵⁸³ Les informations présentées par la France conformément aux directives concernant la partie initiale des rapports des États parties figurent dans le document de base.

⁵⁸⁴ Article 55 de la Constitution du 5 octobre 1958.

⁵⁸⁵ Le monisme tend à affirmer que le droit international vaut de façon immédiate en droit interne.

⁵⁸⁶ KAMARA (Mactar), De l'applicabilité du droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne, *Annuaire Colombien de Droit international*, n° 4, pp. 97-162.

b) Le protocole facultatif au PIDESC, un renforcement de son applicabilité

Le protocole facultatif au PIDESC a conduit au renforcement de son applicabilité. Adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies⁵⁸⁷ ce protocole habilite le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies à recevoir et examiner des communications présentées par des particuliers ou groupes de particuliers concernant des allégations de violations des droits garantis par le Pacte⁵⁸⁸.

L'adhésion au Protocole est également cohérente avec la reconnaissance progressive de la « justiciabilité » interne des droits économiques, sociaux et culturels. Outre les mesures législatives nationales qui ont été prises en faveur de droits sociaux, la Cour de cassation a, en effet, à plusieurs reprises, admis l'applicabilité directe de certaines stipulations du PIDESC⁵⁸⁹.

Par ailleurs, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat admettent sans difficulté l'application directe des Conventions internationales du travail⁵⁹⁰. Par conséquent, la signature et la ratification du Protocole s'inscriraient dans ce mouvement de justiciabilité grandissante et de mise en œuvre effective des droits économiques, sociaux et culturels au plan national, assurant une application pleine et entière du principe de subsidiarité⁵⁹¹.

Il apparaît cependant utile de rappeler que le mécanisme de communications prévu par le Protocole facultatif n'aura en soi pas d'incidence sur la question de l'applicabilité directe des droits contenus dans le Pacte que la Cour de cassation reconnaît au cas par cas⁵⁹². En effet, les décisions des comités ne sont pas des décisions juridictionnelles contraignantes⁵⁹³.

2/ L'applicabilité directe en France de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

L'article 26 du pacte international relatif aux droits civils et politiques se distingue par la portée appuyée de l'exigence de non-discrimination (a) à la fois générale et transversale (b).

⁵⁸⁷ Résolution A/RES/63/117 du 10 décembre 2008, Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

⁵⁸⁸ Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, Avis sur le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Adopté en assemblée plénière le 5 mai 2011, *op. cit.*, p. 1.

⁵⁸⁹ La Chambre criminelle de la Cour de cassation a implicitement reconnu l'effet direct des articles 6 et 7 (droit au travail) du Pacte. La Chambre sociale a, elle aussi, invoqué à plusieurs reprises le Pacte pour motiver ses décisions. Elle s'est fondée sur l'article 6 du Pacte pour écarter l'application d'une disposition de droit local (Cass. Soc., 16 décembre 2008, Eichenlaub c/Axia France, n° 05-40876).

⁵⁹⁰ Par exemple : CE, cont., 19 octobre 2005, CGT et a., relatif au contrat nouvel embauche, n°283471, Juris-Data n° 2005-069074 ; CCass., Soc., 1^{er} juillet 2008, Mr Philippe X c/Mme Linda Y et autres, n°07 44.124. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_11717.html.

⁵⁹¹ CNDH, *Avis sur le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Adopté en assemblée plénière le 5 mai 2011, *ibidem*, p. 3.

⁵⁹² CCass., Soc., 15 juin 2000, CSG, n° 98-12.469, *Bulletin 2000*, n° 232 p. 181 ; CCass., Soc., 16 décembre 2008, Eichenlaub c/ Axia France, *Bull.* 2008, n° 251.

⁵⁹³ Ce sont des recommandations émanant d'organes composés d'experts indépendants, venant compléter la vue d'ensemble de la situation à travers les rapports périodiques.

a) Une exigence appuyée de non-discrimination

La formulation figurant à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est assez proche de celle de l'article 7 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

La deuxième partie du pacte insiste sur l'exigence de non-discrimination. Elle évoque, à deux reprises, l'interdiction de discrimination⁵⁹⁴.

Dans la troisième partie du Pacte, le thème de la non-discrimination apparaît encore aux articles 24, 25 et 26. Aux termes de l'article 24 § 1^{er} : « *Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur* »⁵⁹⁵. L'article 25 prévoit que « *Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables* »⁵⁹⁶, de prendre part à la direction des affaires publiques, de voter et d'être élu, ou d'accéder, « *dans des conditions générales d'égalité* », aux fonctions publiques de son pays. L'article 26 souligne avec insistance l'exigence de non-discrimination au sein du pacte, elle a été à l'origine de difficultés quant à son interprétation.

L'adoption de cet article a suscité quelques confusions d'ordre conceptuel ayant donné lieu à des controverses quant à son interprétation⁵⁹⁷.

b) Une portée générale et transversale de l'article 26 du PIDCP

Les droits énoncés à l'article 26 du pacte sont des droits à vocation transversale. L'article 2 § 1er énonce que « *Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* »⁵⁹⁸.

Le Comité des droits de l'homme confirme d'ailleurs, que l'article 26 du Pacte ne se borne pas à interdire la discrimination dans la jouissance des droits reconnus par le Pacte, mais constitue une clause indépendante, formulant un droit général à la non-discrimination dans tout domaine de la vie sociale⁵⁹⁹. Cette disposition ne reprend pas simplement la garantie déjà énoncée à l'article 2, mais prévoit par lui-même un droit autonome. Il interdit toute discrimination en droit ou en fait dans tout domaine réglementé

⁵⁹⁴ Les articles 2 et 4 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques, *op. cit.*

⁵⁹⁵ Article 24 du pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁵⁹⁶ Article 25 du PIDCP.

⁵⁹⁷ Pour des commentaires généraux sur cette disposition, Voir SUDRE (Frédéric), Le droit à la non-discrimination dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dans, SUDRE (Frédéric), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies : les constatations individuelles*, IDEDH, Montpellier, 1995, pp. 32-60.

⁵⁹⁸ Article 2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁵⁹⁹ Comité des Droits de l'Homme, Observation générale n°18 relative à la discrimination, 1989.

et protégé par les pouvoirs publics. L'article 26 est par conséquent lié aux obligations qui sont imposées aux États parties en ce qui concerne leur législation et l'application de celle-ci⁶⁰⁰. Ainsi, lorsqu'un État partie adopte un texte législatif, il doit, conformément à l'article 26, faire en sorte que son contenu ne soit pas discriminatoire. En d'autres termes, l'application du principe de non-discrimination énoncé à l'article 26 n'est pas limitée aux droits stipulés dans le Pacte⁶⁰¹.

Le qualificatif d'« autonome »⁶⁰² auquel recourt le Comité des Droits de l'Homme s'entend ici au sens où l'article 26 du Pacte ne requiert pas d'être combiné avec une autre disposition de cet instrument pour pouvoir être invocable.⁶⁰³

C'est en raison de son applicabilité indépendante des droits et libertés substantiels que le pacte reconnaît que l'article 26 se différencie, non seulement de la clause de non-discrimination de la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁰⁴, inspirée pourtant elle aussi de la DUDH, mais également d'autres instruments internationaux qui n'offrent une garantie contre la discrimination qu'en ce qui concerne la jouissance des droits et libertés qu'ils consacrent⁶⁰⁵. L'indépendance de la garantie de l'article 26 du Pacte est conforme à son objet.

Comme la DUDH, le Pacte contient à la fois une clause horizontale⁶⁰⁶ stipulant une garantie de non-discrimination dans l'exercice des droits et libertés qu'il consacre⁶⁰⁷, et une autre clause (l'article 26, auquel correspond l'article 7⁶⁰⁸ de la Déclaration universelle) qui contient une garantie distincte, celle

⁶⁰⁰ Observation Générale 18, Article 26 : Principe d'égalité, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994).

⁶⁰¹ Comité des droits de l'homme, Observation générale n°18 (1989) : Non-discrimination, § 12.

⁶⁰² Dans la terminologie à laquelle recourt la Cour européenne des droits de l'homme, le caractère « autonome » de la clause de non-discrimination (figurant à l'article 14 de la CEDH) s'entend autrement : elle signifie que cette disposition peut être violée, même si aucune autre disposition (substantielle) de la Convention n'a fait l'objet d'une violation.

⁶⁰³ DE SCHUTTER (Olivier), *Commentaire de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 15 février 2007, p. 4.

⁶⁰⁴ Cependant, depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} avril 2005, du Protocole n° 12 à la CEDH, signé à Rome le 4 novembre 2000, les États parties à ce protocole sont tenus de garantir de manière générale un droit à la non-discrimination. Ce protocole prévoit dans un premier temps « *La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* » ; dans un deuxième temps que « *Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au § 1* ».

⁶⁰⁵ DE SCHUTTER (Olivier), *Commentaire de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ibidem*, p. 5.

⁶⁰⁶ L'article 2 § 1^{er} du PIDCP.

⁶⁰⁷ Selon l'article 2 § 1^{er} de la DUDH : « *Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

⁶⁰⁸ Selon l'article 7 de la DUDH : « *Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination* ».

d'être protégé contre toute forme de discrimination⁶⁰⁹. Ces garanties ne sont nullement contradictoires entre elles, comme on l'a parfois affirmé⁶¹⁰ : elles sont, au contraire, complémentaires.

A la suite des décisions *Broeks* et *Zwaan-de Vries*⁶¹¹, du CDH, les Pays-Bas ont songé à dénoncer le Pacte, quitte ensuite à le ratifier à nouveau moyennant une réserve portant sur la portée de l'article 26⁶¹². Plusieurs Etats ayant adhéré au Pacte postérieurement à ces décisions ont d'ailleurs accompagné leur adhésion de pareilles réserves⁶¹³. Pourtant, en dépit des vagues qu'elles ont pu causer initialement, les décisions *Broeks*⁶¹⁴ et *Zwaan-de Vries*⁶¹⁵ ont été amplement confirmées depuis⁶¹⁶.

Les domaines auxquels l'exigence de non-discrimination ont été appliqués comprennent les pensions de retraite⁶¹⁷, les indemnités de licenciement de la fonction publique⁶¹⁸, les pensions d'invalidité⁶¹⁹, les aides à l'éducation⁶²⁰, ou encore les allocations familiales⁶²¹.

En 1985, la France connaîtra sa première condamnation sur la scène internationale pour violation d'un des Pactes des Nations unies. Plus de 700 anciens combattants sénégalais⁶²² saisirent le CDH de « communications individuelles » (l'équivalent de plaintes) contre la France en invoquant la violation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le 3 avril 1989, le Comité leur donna raison en « constatant » que le système de « cristallisation » des pensions prévu par la législation française constituait une discrimination contraire à l'article 26 du Pacte qui prohibe toute discrimination dans l'application de la loi, notamment en raison de l'origine nationale. Cette « condamnation » ne changea en rien la législation française car les « constatations » du CDH sont en effet dépourvues de tout caractère contraignant à l'égard de l'État mis en cause.

⁶⁰⁹ RAMCHARAN (Bertrand) Egalité et non-discrimination, dans HENKIN (Louis), sous la direction de, *Le Pacte International relatif aux droits civils et politiques*, Bulletin international des droits, New York, Columbia University Press, 1981, pp. 246-268.

⁶¹⁰ Voir par exemple MERON (Theodor), *Human Rights Law-Making in the United Nations*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 120.

⁶¹¹ Communication du 9 avril 1987, n° 172/1984, *S.W.M. Broeks c/ Pays-Bas* et Communication n° 182/1984, du 9 avril 1987, *F. H. Zwaan-de Vries c. Pays-Bas*.

⁶¹² NOWAK (Manfred), *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR Commentary, 2^{ème} édition, éd. N.P. Engel, 2005, p. 601.

⁶¹³ C'est le cas de la Suisse et du Lichtenstein (pays germanophones membre de l'AELE, de l'Espace économique européen et de l'espace Schengen, mais pas de l'UE), lors des ratifications intervenues respectivement le 18 juin 1992 et le 10 décembre 1998. L'Allemagne, dont la ratification du Pacte est antérieure à la jurisprudence *Broeks* et *Zwaan-de Vries*, a voulu émettre une telle réserve au moment de sa ratification du Protocole facultatif au Pacte reconnaissant la compétence du Comité de recevoir des communications individuelles, le 25 août 1993.

⁶¹⁴ CDH, 9 avril 1987, *Broeks c/ Pays-Bas*. n° 172/1984.

⁶¹⁵ CDH, 9 avril 1987, *Zwaan-de Vries c/ Pays bas*, n° 182/1984.

⁶¹⁶ Pour les pensions de retraite, les indemnités de licenciement de la fonction publique, les pensions d'invalidité, les aides à l'éducation, ou encore les allocations familiales.

⁶¹⁷ Communication n° 786/97 du 19 juillet 1999, *J. Vos c/ Pays-Bas* ; Communication n° 415/90 du 26 mars 1992, *Pauger c/ Autriche*. Pour une liste plus complète, Voir DHOMMEAUX (Jean), L'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques et le droit des pensions, *RFDA*, 1996, pp. 1239-1241.

⁶¹⁸ Communication n° 309/1988 du 14 juillet 1993, *C. Orihuela Valenzuela c/ Pérou*, Sélection des décisions, vol. 5, p. 25.

⁶¹⁹ Communication n° 218/1986 du 29 mars 1989, *Hendrika S. Vos c/ Pays-Bas*, U.N.

⁶²⁰ Communication n° 191/1985 du 4 avril 1988, *Blom c/ Suède*, U.N.

⁶²¹ Communication n° 406/1990 et 426/1990 du 23 octobre 1992, *Oulajin et Kaiss c/ Pays-Bas*, U.N.

⁶²² C'est au Sénégal que se trouve la plus forte communauté d'anciens combattants étrangers : 8 000 dont 6000 pensionnés.

Cette démarche fut en particulier entreprise en 1994 par Madame Mathia DOUKOURE, contestant le refus de revalorisation de sa pension de réversion devant le tribunal administratif de Poitiers, et par Monsieur Amadou DIOP devant celui de Paris contre le refus de revalorisation de sa pension de retraite. S'appuyant sur la constatation de la CDH de 1989, ils mirent tous les deux en cause la compatibilité des lois de « cristallisation » avec l'article 26 du PIDCP. Le tribunal administratif de Poitiers décida alors, avant de se prononcer, de saisir le Conseil d'État d'une demande d'avis sur cette difficulté juridique. Et, contre toute attente, la plus haute formation de jugement du Conseil d'État estima que les dispositions de l'article 26 du PIDCP « *n'étaient invocables que par les personnes qui invoquent une discrimination relative à l'un des droits civils et politiques énumérés par ce pacte* », qui ne comprend pas les droits à pension. Cet avis avait néanmoins été rendu sur conclusions contraires du commissaire du gouvernement et en opposition radicale avec la doctrine.

Ensuite, malgré le rejet de leurs requêtes respectives, en 1996, par les tribunaux administratifs saisis, Madame DOUKOURE et Monsieur DIOP⁶²³ ne s'avouèrent pas vaincus et portèrent leurs litiges devant des cours administratives d'appel. Or, celles-ci leur donnèrent raison, non plus sur le fondement de l'article 26 du PIDCP, mais sur le fondement de l'article 14 de la CEDH combiné à l'article 1er de son premier protocole. La Cour EDH avait rendu en effet, une importante décision : l'arrêt du 16 décembre 1996, *Gaygusuz c/Autriche*⁶²⁴. Dans cette affaire, la Cour condamna les autorités autrichiennes pour avoir refusé à un ressortissant turc une allocation chômage au motif que la législation nationale exigeait la nationalité autrichienne pour en bénéficier.

B – UNE TRADUCTION PLUS ETENDUE PAR LE DROIT INTERNE DES CONVENTIONS ONUSIENNES

RELATIVES A LA DISCRIMINATION RACIALE ET AUX DISCRIMINATIONS A L'EGARD DES FEMMES

Les conventions spécifiques de l'ONU font l'objet d'une traduction audacieuse en France, en allant au-delà des prescriptions de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1), et en renforçant le dispositif existant s'agissant de la traduction de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (2).

1/ La traduction en droit interne de la CERD

Avec la possibilité de recours ouverte aux associations, la loi du 1^{er} juillet 1972⁶²⁵ offre une protection contre les discriminations au-delà de la Convention de New York (a) et inverse la charge de la preuve (b).

⁶²³ Monsieur DIOP étant décédé peu après avoir interjeté appel, ses héritiers ont poursuivi l'instance en son nom.

⁶²⁴ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz C/ Autriche*, Req. n° 17371/90, *Juris*, p. 438.

⁶²⁵ Loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, *JORF* n° 0154 du 2 juillet 1972 p. 6803, *ibidem*.

a) Une protection contre les discriminations allant au-delà de la CERD

La loi du 1er juillet 1972⁶²⁶, intervenue à la suite de la ratification par la France de la Convention de New York, sur l'élimination de toute discrimination raciale, punit les discriminations et impose l'égalité entre toutes les personnes, quelles que soient leurs spécificités physiques, culturelles ou leurs idées. Elle est inscrite à la fois dans le Code pénal et dans la loi du 29 juillet 1881⁶²⁷ sur la liberté de la presse, qui, au demeurant, concerne plus largement la libre communication des pensées et des opinions. C'est la première loi spécifiquement destinée à combattre le racisme sous ses différentes formes. La Loi « Pléven » va très au-delà de ce qu'exigeait la convention puisqu'elle vise toute distinction opérée entre les personnes « à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée »⁶²⁸.

Cependant, toutes les discriminations définies par l'actuel article 225-1 du Code pénal⁶²⁹ ne sont pas punies pénalement. Seules sont punies de 3 ans de prison et 45 000 € d'amende les discriminations consistant en un refus de fourniture de biens ou de service, une entrave à l'exercice d'une activité économique, un refus d'embauche ou de stage, une sanction ou un licenciement⁶³⁰. Ces mêmes discriminations commises par un dépositaire de l'autorité publique ou une personne chargée d'une mission de service public sont punies d'une peine d'emprisonnement et d'une amende de l'ordre de 75 000 €⁶³¹.

En outre, alors que la Convention de l'ONU visait l'incitation à la discrimination et la provocation à des actes de violence, la loi Pleven réprime la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, et aggrave la sanction de l'injure ou de la diffamation lorsqu'elles sont commises à raison de ces mêmes faits. Enfin, ces délits incorporés à la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, peuvent être constitués non seulement à l'égard d'une personne, mais aussi d'un groupe de personnes⁶³².

Mais surtout, le législateur de 1972 ne se limite pas à la race, à la couleur de peau ou à l'origine ethnique mais ajoute l'origine tout court, ainsi que l'appartenance à une nation ou une religion⁶³³.

Invité par des directives de l'Union européenne⁶³⁴, le législateur étend la protection, à la procédure juridictionnelle. Il a consacré, en droit social, civil et administratif, la notion de discrimination indirecte

⁶²⁶ Loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972, *ibidem*.

⁶²⁷ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse remplacée par la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources journalistiques, *JORF* n° 0003 du 5 janvier 2010, p. 272.

⁶²⁸ Article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, *ibidem*.

⁶²⁹ Origine, sexe, situation de famille, grossesse, apparence physique, patronyme, lieu de résidence, état de santé, handicap, caractéristiques génétiques, mœurs, orientation ou identité sexuelle, âge, opinions politiques, activités syndicales, appartenance ou non-appartenance (vraie ou supposée) à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

⁶³⁰ Article 225-2 du Code pénal.

⁶³¹ Article 432-7 du Code pénal.

⁶³² HALLÉ (Mathilde), CORMIER (Maxence), LE BORGNE François), sous la direction de, *La diffamation par voie de presse*, Séminaire carrières judiciaires, 2006-2007, actes du séminaire, p. 17.

⁶³³ LE POURHIET (Anne-Marie), *La société au risque de la judiciarisation, fondation pour l'innovation politique*, 25 avril 2007, Litec, Coll. Colloques & Débats, juin 2008.

⁶³⁴ Les directives européennes 2000/43 et 2000/78, *ibidem*.

qui vise le cas où « *une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier* »⁶³⁵ pour des personnes d'une race, d'une religion, d'un âge, d'une orientation sexuelle, etc.

Il ne s'agit donc pas de sanctionner uniquement des discriminations intentionnelles mais aussi les effets discriminatoires involontaires de certains critères⁶³⁶. L'imposition de certains horaires de service sera, par exemple, considérée comme dissuasive et donc discriminatoire pour les femmes ou pour les adeptes de certaines religions.

b) Une charge de la preuve inversée et une possibilité de recours ouverte aux associations

Dans la célèbre affaire *Barel* du 28 mai 1954⁶³⁷, cinq candidats au concours d'entrée à l'ENA, s'étaient vus refuser la possibilité d'y prendre part. Les intéressés soutenaient que leur éviction était motivée par leurs sympathies communistes. Le CE va faire usage de son pouvoir d'enquête et va réclamer au secrétaire d'Etat à la présidence du Conseil de Communication les dossiers des candidats malheureux. Pour trois des candidats, ce sont des dossiers incomplets qui seront transmis à la section du contentieux. « *La Haute assemblée verra dans cette attitude l'aveu d'une discrimination fondée sur les opinions politiques des intéressés et censurera en conséquence, pour erreur de droit, le refus de concourir qui leur avait été opposé.* »⁶³⁸

En outre, toujours sur prescription des normes européennes⁶³⁹ et suite aux revendications des associations qui se plaignent sans cesse de ce que les victimes de discriminations auraient des difficultés à en apporter la preuve devant les tribunaux, le législateur a aussi inversé la charge de la preuve en matière de discriminations indirectes comme directes.

En cas de litige, la personne se prétendant victime d'une discrimination se borne à présenter les faits laissant supposer l'existence de celle-ci. Il incombe alors à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le Conseil

⁶³⁵ Article 1^{er} de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (transposition de la définition communautaire de la discrimination directe, de la discrimination indirecte et du harcèlement).

⁶³⁶ LE POURHIET (Anne-Marie), *La société au risque de la judiciarisation, fondation pour l'innovation politique*, 25 avril 2007, Litec, Coll. Colloques & Débats, juin 2008, *op. cit.*

⁶³⁷ CE Ass., 28 mai 1954, *Barel et autres*, *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, p. 308.

⁶³⁸ MINDU (Patrick), *Le contrôle des discriminations par le juge administratif*, dans, LEMAIRE (Félicien), GAURIAU (Bernard), sous la direction de, *Les discriminations*, Université d'Angers, acte du colloque, ed. Cujas, octobre 2011.

⁶³⁹ Le traité d'Amsterdam (1997) élargit le domaine de compétence de l'UE en matière de lutte contre les discriminations, repris par la suite par les directives européennes : article 4 de la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, *ibidem* ; article 8 de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *ibidem* ; article 10 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *ibidem* ; article 19 de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, *ibidem*.

constitutionnel, saisi de la loi dite de modernisation sociale⁶⁴⁰, a cependant jugé⁶⁴¹ que l'inversion de la charge de la preuve, ne s'appliquant qu'en cas de « litige », ne concernait pas la matière pénale et ne portait donc pas atteinte à la présomption d'innocence. De même, la notion de discrimination indirecte ne figure pas non plus dans le Code pénal. Ces précautions du législateur, qui n'ose pas introduire ces notions et procédés en droit pénal, constituent, au fond, une sorte d'aveu implicite du caractère arbitraire de la notion de discrimination indirecte, et du procédé d'inversion de la charge de la preuve.

Enfin, le législateur a aussi voulu venir en aide aux victimes de discriminations en permettant aux organisations syndicales représentatives au plan national ainsi qu'aux associations constituées depuis au moins cinq ans pour la lutte contre les discriminations d'exercer les actions en justice en leur lieu et place avec, selon les cas, leur accord exprès ou tacite.

Les délits de presse constitués par les provocations à la discrimination, à la haine ou à la violence ainsi que les injures et diffamations sont cependant longtemps restés cantonnés aux seuls cas visés en 1972, c'est-à-dire à l'origine, l'ethnie, la nation, la race et la religion. Mais le Code pénal a quand même également permis aux associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans, et se proposant par leurs statuts de combattre le racisme ou d'en assister les victimes, d'exercer les droits reconnus à la partie civile c'est-à-dire de déclencher l'action pénale.

2/ La traduction en droit interne de la CEDEF

La France a ratifié la Convention CEDEF⁶⁴², première véritable charte de l'égalité entre les femmes et les hommes, en 1983 et son protocole facultatif⁶⁴³ en 2000. Le CEDEF constitue l'accord international le plus complet sur les droits fondamentaux des femmes (y compris dans des domaines qui ne relevaient précédemment pas de normes internationales, comme la vie personnelle et familiale). Les femmes doivent en effet avoir les mêmes droits que les hommes dans le domaine de l'emploi : critères de sélection, libre choix de la profession, promotion et égalité de rémunération⁶⁴⁴. Cependant, En 2008, la France a soumis au Comité son 6^{ème} rapport périodique sur l'application de la CEDEF, qui décrit l'évolution des politiques en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes conduites depuis 2002, date du précédent rapport. Le Comité a formulé ses observations finales sur ce 6^{ème} rapport le 1^{er} février 2008, en tenant compte des observations et recommandations émises par la CNCDH⁶⁴⁵, la Coopération

⁶⁴⁰ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JORF* du 18 janvier 2002, p. 1008.

⁶⁴¹ CC, 12 janvier 2002, loi de modernisation sociale, DC n° 2001-455, *Rec.* p. 49.

⁶⁴² Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, la CEDEF est entrée en vigueur le 18 décembre 1981 ; au 15 décembre 2009, elle a été ratifiée par 186 pays, sur les 192 Etats membres des Nations Unies (source ONU).

⁶⁴³ Adopté en 1999 et entré en vigueur en 2000, le Protocole facultatif à la CEDEF permet aux femmes qui s'estiment victimes de discrimination de porter plainte, individuellement ou collectivement devant le Comité, dès lors que toutes les voies de recours interne ont été épuisées.

⁶⁴⁴ Article 11 du CEDEF, *ibidem*.

⁶⁴⁵ La CNCDH a été associée à la rédaction du 6^{ème} rapport de la France.

Française pour le Lobby Européen des Femmes (CLEF), la Ligue des Droits de l'Homme et le Mouvement « Ni Putes ni Soumises ».

Les moyens de l'Etat demeurent insuffisants au regard de l'enjeu démocratique que représente la question de l'égalité entre les femmes et les hommes. On note la disparition d'un ministère de plein droit chargé des droits des femmes et de l'égalité entre les femmes et les hommes dans leurs transversalités et investi de la mission de coordonner l'évaluation sexuée de l'impact des politiques publiques des différents ministères. La mission transversale des délégations aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les femmes et les hommes de l'Assemblée nationale, du Sénat et du Conseil économique, social et environnemental nécessite les prérogatives et le champ d'action d'une véritable Commission donnant pouvoir de saisine et d'amendement. On constate également des insuffisances dans la promotion de l'égalité et la protection des droits fondamentaux des femmes. Seulement 6% des réclamations adressées à la HALDE portent sur la discrimination liée au sexe (dont la moitié émane des hommes concernant les droits à la retraite) alors que, dans la pratique, les discriminations subies par les femmes n'ont pas diminué⁶⁴⁶. Les carences observées dans l'application des lois contribuent en particulier à affaiblir les politiques en faveur d'une égalité réelle. En effet, les mesures d'application des lois votées ne sont souvent adoptées que tardivement ou partiellement. Certaines lois peuvent même ne recevoir aucune mesure d'application⁶⁴⁷. La production non systématique des statistiques sexuées dans tous les domaines (accès aux droits et aux responsabilités, égalité professionnelle, violences..) rend difficile l'évaluation des politiques et actions menées en faveur de l'égalité.

Le système éducatif ne remplit pas encore pleinement sa mission fondamentale d'éducation à l'égalité entre les sexes et de prévention des violences sexistes⁶⁴⁸. La politique des établissements scolaires est loin d'être systématique et rigoureuse en la matière. De la même manière, l'obligation de mettre en place des actions d'éducation à la sexualité, imposée par la loi 2001 relative à l'IVG, n'est pas respectée par tous les établissements⁶⁴⁹. Les modules de formation ne sont encore organisés que sur la base du volontariat.

⁶⁴⁶ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2012*, 2 juin 2013. http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/raa-ddd-2012_press02.pdf

⁶⁴⁷ ZIMMERMANN (Marie-Jo), *Avancées et lacunes de la France concernant les applications du CEDEF*, Observatoire de la Parité entre les femmes et les hommes, synthèse, 15 décembre 2009, p 4.

⁶⁴⁸ LEROY (Michel), BIAGGI (Catherine), DEBUCHY (Valérie), DUCHÊNE (Françoise), GAUBERT-MACON (Christine), JELLAB (Aziz), LOEFFEL (Laurence), RÉMY-GRANGER (Dominique), *L'égalité entre filles et garçons dans les écoles et les établissements*, Rapport à Monsieur le ministre de l'Éducation nationale, n° 2013-041, 2013, La documentation française, mai 2013, pp. 12-18. Le bilan réalisé en 2009 de l'observatoire de la parité concernant l'application par la France de la CEDEF notait que « *Les manuels scolaires contiennent encore des représentations stéréotypées des rôles des femmes et des hommes* ».

⁶⁴⁹ Le bilan réalisé en 2009 par l'observatoire de la parité concernant l'application par la France de la CEDEF pointait quelques retards : « *Le système éducatif ne remplit pas encore pleinement sa mission fondamentale d'éducation à l'égalité entre les sexes et de prévention des violences sexistes. La politique des établissements scolaires est loin d'être systématique et rigoureuse en la matière. De la même manière, l'obligation de mettre en place des actions d'éducation à la sexualité, imposée par la loi 2001 relative à l'IVG, n'est pas respectée par tous les établissements. Les modules de formation ne sont encore organisés que sur la base du volontariat* ».

Enfin, on note une absence totale de référence à la CEDEF dans les textes de droit interne (imposée par l'article 1er de la Convention), dans les programmes scolaires et les programmes de formation des professionnels (services sociaux, professionnels de la justice, membres de la communauté éducative). Par ailleurs, la France a finalement, après 30 ans, levé sa réserve relative à l'article 16 qui garantit à la femme les mêmes droits qu'à l'époux concernant le choix du nom de famille des enfants⁶⁵⁰, ce qui explique que des inégalités en la matière puissent persister.

En ce qui concerne l'égalité professionnelle entre homme et femme, l'objectif de mixité professionnelle demeure difficile à réaliser : les femmes se retrouvent majoritairement dans certaines filières et certains métiers. Elles demeurent sous-représentées dans les emplois de direction ou de pouvoir⁶⁵¹ ainsi que dans les emplois supérieurs de la fonction publique ou dans les corps les plus élevés de l'enseignement supérieur et de la recherche⁶⁵².

Des difficultés persistent dans l'évaluation des démarches des entreprises en matière d'égalité. Les écarts de salaires demeurent considérables entre les femmes et hommes et sont liés à des discriminations et à des facteurs structurels. Les difficultés à appréhender les discriminations salariales ne permettent pas de lutter efficacement contre cette situation. La question des écarts de rémunération se pose également dans la fonction publique⁶⁵³ et n'a pas été rigoureusement traitée par les pouvoirs publics.

Les contraintes de l'articulation des temps de vie continuent de peser sur les femmes et de représenter un obstacle à leur carrière et à leur promotion professionnelle. En particulier, les modes de garde demeurent insuffisants⁶⁵⁴. La majorité des salariés à temps partiel sont des femmes (82%). L'emploi à temps partiel est principalement subi et souvent moins qualifié et plus précaire que l'emploi à temps complet.

Les inégalités en matière de retraites demeurent importantes notamment en raison des réformes de 1993, 2003⁶⁵⁵ et 2009⁶⁵⁶, des interruptions de carrière auxquelles les femmes sont plus sujettes que les hommes pour des raisons familiales, des inégalités professionnelles subies tout au long de la carrière (temps partiel, emplois précaires, faibles salaires).

⁶⁵⁰ Le Gouvernement a notamment pu lever la réserve relative à la dévolution du nom de famille grâce aux modifications législatives introduites par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (*JORF* n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8253), qui a établi l'égalité des parents dans le choix du nom de l'enfant.

⁶⁵¹ En 2009, elles représentent moins de 10 % des membres des Conseils d'Administration des sociétés du CAC 40.

⁶⁵² MILEWSKI (Françoise), *Vouloir l'égalité*, Synthèse du troisième rapport, DGAFP, Comité de pilotage pour l'égal accès des femmes et des hommes aux emplois supérieurs des fonctions publiques, La Documentation française, septembre 2005, p. 13.

⁶⁵³ DGAFP, *Dixième rapport au Parlement sur la mise en œuvre du principe d'égalité des sexes dans la fonction publique*, 2006.

⁶⁵⁴ ZIMMERMANN (Marie-Jo), *Avancées et lacunes de la France concernant les applications du CEDEF*, Observatoire de la Parité entre les femmes et les hommes, synthèse, 15 décembre 2009, *op. cit.*, p 9.

⁶⁵⁵ LECLERC (Dominique) *Réforme des retraites*, Rapport, n° 382, (2002-2003), Sénat, 4 juillet 2003.

⁶⁵⁶ JACQUAT (Denis), *Le rendez-vous de 2008 sur les retraites*, Assemblée Nationale, rapport d'information, n° 1152, 8 octobre 2008.

Enfin, concernant l'accès aux responsabilités par les femmes, en dépit d'une législation incitative⁶⁵⁷, la place des femmes parmi les élus demeure faible, en particulier, à l'Assemblée nationale (44% de femmes contre 64% des hommes en 2012)⁶⁵⁸. Lorsque la loi n'est pas directement contraignante, les partis politiques restent indifférents à la modification Constitutionnelle du 23 juin 1999⁶⁵⁹ qui les enjoint à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes à l'ensemble des mandats et fonctions électives.

Dans le monde associatif, on peut noter une surreprésentation des hommes parmi les dirigeants alors que les femmes contribuent en majorité aux activités des structures⁶⁶⁰.

Les femmes restent très largement minoritaires dans les instances de régulation et de décisions telles que les instances prud'homales et professionnelles, les conseils d'administration des sociétés anonymes, les jurys de concours et instances de promotion de la fonction publique⁶⁶¹.

En somme, on ne peut qu'émettre des doutes quant à l'applicabilité de la CEDEF et constater une absence de mesures contraignantes mettant en œuvre une égalité hommes/Femmes.

Le dispositif législatif existant a donc été renforcé (a) en mettant en place notamment un rapport de situation comparée, véritable outil de progrès en matière de législation (b).

a) Un renforcement des dispositifs législatifs existants

Les dispositifs législatif et réglementaire, préexistants, de promotion de l'égalité et de lutte contre les atteintes aux droits fondamentaux des femmes ont été renforcés. Ainsi le préambule de la Constitution de 1946 énonce que « *la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* »⁶⁶². À la suite de la dernière révision opérée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'article 1^{er} de la Constitution dispose désormais que « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* »⁶⁶³, principe permettant l'adoption de mesures concrètes en la matière⁶⁶⁴.

⁶⁵⁷ Par exemple : loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, *JORF* n° 131 du 7 juin 2000, p. 8560 ; et loi organique n° 2000-612 du 4 juillet 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats de membres des assemblées de province et du congrès de la Nouvelle-Calédonie, de l'assemblée de la Polynésie française et de l'assemblée territoriale des îles Wallis-et-Futuna, (*JORF* n° 154 du 5 juillet 2000, p. 10127).

⁶⁵⁸ FALGA (Pierre) *L'Assemblée nationale n'a jamais été si féminine*, *L'Express*, Juin 2012 ; 155 femmes élues, soit plus d'un député sur quatre. C'est un record historique pour l'Assemblée nationale.

⁶⁵⁹ Décret du 23 juin 1999 tendant à soumettre deux projets de loi constitutionnelle au Parlement réuni en congrès, *JORF* n° 144 du 24 juin 1999, p. 9246.

⁶⁶⁰ ZIMMERMANN (Marie-Jo), *Avancées et lacunes de la France concernant les applications de la Convention CEDEF/CEDAW*, Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes, Rapport au premier ministre, 15 décembre 2009, p.10.

⁶⁶¹ FOURCADE (Sabine), *Prendre en compte l'égalité entre les femmes et les hommes dans les études d'impact*, guide méthodologique de la Délégation interministérielle aux droits des femmes et à l'égalité, octobre 2013, p. 10.

⁶⁶² Alinéa 3 du préambule de la Constitution de 1946, *op. cit.*

⁶⁶³ Article 1^{er} de la constitution de 1958.

⁶⁶⁴ BRUNET (Sylvie), DUMAS (Maryse), *Bilan de l'application des dispositifs promouvant l'égalité professionnelle en femmes et hommes : Un dispositif juridique national très étoffé*, Conseil Economique social et environnemental, mars 2012, p. 12

Ainsi, la loi du 22 décembre 1972⁶⁶⁵ a inscrit dans le code du travail l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes (salaire de base et autres avantages) pour « *un même travail ou un travail de valeur égale* »⁶⁶⁶ ; La loi du 4 juillet 1975⁶⁶⁷ interdit, quant à elle, de rédiger une offre d'emploi réservée à un sexe, de refuser une embauche ou de licencier en fonction du sexe ou de la situation de famille « *sauf motif légitime* »⁶⁶⁸. La loi du 4 août 1982⁶⁶⁹, relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, a posé l'interdiction de toute discrimination, en particulier celle fondée sur le sexe, dans le règlement intérieur ou dans l'utilisation par l'employeur de son pouvoir en matière de sanction disciplinaire et de licenciement.

Face aux difficultés d'application de ces dispositions, la loi du 13 juillet 1983⁶⁷⁰ dite « loi Roudy »⁶⁷¹ s'est efforcée de préciser les différentes discriminations et surtout de donner des moyens de recours plus efficaces aux salariés⁶⁷².

Cette loi a tout d'abord affirmé le principe de l'égalité des droits de manière extensive, puisqu'elle couvre désormais tout le champ professionnel (embauche, formation, classification, promotion, etc.). De plus, elle complète la notion d'« égalité » des droits par celle d'« égalité des chances ».

Le législateur prend ainsi acte des retards accumulés par les femmes et se propose de rééquilibrer des situations socialement et historiquement inégalitaires par des mesures de rattrapage à leur bénéfice, ouvrant la possibilité d'« actions positives », telles que l'établissement de quotas féminins pour la promotion ou la formation⁶⁷³.

De plus, le contrôle de l'application de la Convention CEDEF et de son protocole facultatif est assuré par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes⁶⁷⁴. Les Etats parties à la CEDEF s'engagent à présenter au Comité, dans l'année qui suit sa ratification, puis tous les quatre ans, un rapport décrivant toutes les mesures mises en place « *pour donner effet aux dispositions de la Convention* »⁶⁷⁵.

⁶⁶⁵ Loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, *JORF* du 23 décembre 1972, p. 13348.

⁶⁶⁶ Article L. 3221-2. du code du Travail.

⁶⁶⁷ Loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale, *JORF* du 5 juillet 1975, p. 6811.

⁶⁶⁸ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* du 14 juillet 1983, p. 2174. Elle supprime la notion « sauf motif légitime ».

⁶⁶⁹ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, dite « loi Auroux », *op. cit.*

⁶⁷⁰ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, *ibidem*. Cette loi a affirmé l'égalité professionnelle dans la fonction publique et dispose qu'aucune distinction ne peut être faite entre deux fonctionnaires en raison de leur sexe.

⁶⁷¹ Du nom de Yvette ROUDY, Ministre des droits de la femme (1981-1986).

⁶⁷² Possibilité d'agir des inspecteurs du travail et des organisations syndicales.

⁶⁷³ BRUNET (Sylvie), DUMAS (Maryse), *Bilan de l'application des dispositifs promouvant l'égalité professionnelle en femmes et hommes : un dispositif juridique national très étoffé*, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁷⁴ Article 17, partie V du CEDEF.

⁶⁷⁵ Article 18, partie V du CEDEF.

b) Le rapport de situation comparée, un outil de progrès en matière de législation

Prévu par cette même loi, le RSC⁶⁷⁶, élaboré par le chef d'entreprise et transmis pour avis au comité d'entreprise, doit constituer un outil concret de diagnostic permettant de repérer et d'analyser la situation des femmes et des hommes dans l'entreprise et de définir des actions visant à supprimer les écarts de situation. Le rapport fournit également l'occasion de fixer des objectifs de progression⁶⁷⁷.

Des précisions ont été apportées au fil du temps à l'élaboration du RSC. La dernière en date résulte du décret du 22 août 2008 précisant, pour les entreprises de plus de 300 salariés, les rubriques et indicateurs qui doivent y figurer. S'agissant des entreprises de 50 à 300 salariés, les obligations sont moins contraignantes puisque seuls les thèmes sont identiques mais aucun indicateur n'est imposé⁶⁷⁸.

La loi du 13 juillet 1983 a permis des avancées, tant au niveau interprofessionnel qu'au niveau des branches et des entreprises, mais le bilan est resté très en deçà de l'espoir suscité par ses dispositions précises et concrètes, ce qui a conduit le législateur à renforcer les possibilités de progresser vers l'égalité professionnelle en en faisant un thème majeur de la négociation collective.

C'est ainsi que la loi du 10 juillet 1989⁶⁷⁹ a instauré l'obligation, pour les organisations liées par une convention ou un accord professionnel de branche, de se réunir pour négocier sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ainsi que sur des mesures de rattrapage en cas d'inégalités constatées. Puis, la loi du 9 mai 2001 - dite « loi Génisson »⁶⁸⁰ a élargi le champ en prévoyant : une obligation de négocier sur l'égalité professionnelle dans les branches et les entreprises (de plus de 50 salariés) : le renforcement du RSC par l'instauration d'indicateurs pertinents reposant notamment sur des éléments chiffrés ; l'aménagement des contrats d'égalité professionnelle conclus au niveau de la branche ou de l'entreprise ; l'amélioration de la représentation des femmes dans les élections professionnelles.

La loi du 23 mars 2006⁶⁸¹ a, pour sa part, fixé trois objectifs aux partenaires sociaux (et, pour la première fois, introduit un délai) : supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans un

⁶⁷⁶ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (*ibidem*), a notamment créé l'obligation de fournir annuellement un rapport de situation comparée (RSC). Le RSC est un rapport sur la situation de l'emploi et la formation des femmes et des hommes afin de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

⁶⁷⁷ C'est en 1983 que la loi offre aux chefs d'entreprise un outil concret de mesure des inégalités de genre existant au sein de leur propre entreprise : le rapport de situation comparée (RSC) des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes leur permet d'établir un diagnostic sur une base de constats chiffrés et de définir en conséquence des actions pour mettre fin aux écarts de traitement ainsi que des objectifs de progression.

⁶⁷⁸ BRUNET (Sylvie), DUMAS (Maryse), *Bilan de l'application des dispositifs promouvant l'égalité professionnelle en femmes et hommes : un dispositif juridique national très étoffé*, Conseil Economique social et environnemental, mars 2012, *ibidem*, p. 14.

⁶⁷⁹ Loi n° 89-488 du 10 juillet 1989 portant dispositions concernant les accords relatifs aux allocations d'assurance des travailleurs privés d'emploi, l'égalité professionnelle des femmes et des hommes, les contrôleurs du travail et de la main-d'œuvre, les travailleurs étrangers et le travail clandestin, *JORF* du 14 juillet 1989, p. 8871.

⁶⁸⁰ Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, *JORF* n°108 du 10 mai 2001, p. 7320. Cette loi vient exiger que le RSC comprenne des indicateurs reposant sur des éléments chiffrés définis par décret.

⁶⁸¹ Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, *op. cit.*

délai de 5 ans, soit au plus tard le 31 décembre 2010⁶⁸² (à défaut, une sanction financière était prévue) ; réconcilier la maternité et l'emploi⁶⁸³ ; diversifier l'offre de formation professionnelle au profit des jeunes filles et des femmes⁶⁸⁴.

Cette loi est plus incitative que les précédentes puisqu'elle impose aux partenaires sociaux, au niveau de la branche professionnelle comme de l'entreprise, l'obligation de négocier chaque année pour définir et programmer des mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans le cadre des négociations annuelles sur les salaires⁶⁸⁵.

Elle comporte en outre des dispositions favorables aux salariées à leur retour de congé de maternité ou d'adoption : leur rémunération doit être majorée des augmentations générales négociées ou décidées pendant leur absence et de la moyenne des augmentations individuelles accordées aux autres salariées durant leur congé. Cette mesure va au-delà des exigences de la directive européenne de 2006⁶⁸⁶.

La loi du 9 novembre 2010 comporte un article⁶⁸⁷ qui supprime la date butoir du 31 décembre 2010, fixée par la loi du 23 mars 2006 pour la suppression des écarts de rémunération⁶⁸⁸. Cet article instaure, à compter du 1er janvier 2012, une pénalité financière à l'encontre des entreprises de plus de 50 salariés qui n'auraient pas conclu un accord collectif ou un plan d'actions en faveur de l'égalité entre femmes et hommes. C'est donc désormais le défaut d'accord ou de plan d'actions qui est passible de sanction et non la suppression des écarts de rémunération⁶⁸⁹.

La loi du 27 janvier 2011⁶⁹⁰ introduit l'obligation, pour les sociétés cotées et celles employant au moins cinq cents salariés et présentant un chiffre d'affaires d'au moins 50 millions d'euros, de comporter au moins 40 % de membres de chaque sexe au sein de leur conseil d'administration ou de surveillance dans un délai de six ans⁶⁹¹.

⁶⁸² Article 3 de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, *ibidem*.

⁶⁸³ Article 10, 17 et 20 de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, *ibidem* ; neutralisation des effets de l'absence sur l'évolution de la rémunération et aide financière au remplacement pour les petites entreprises.

⁶⁸⁴ Article 27 et 29 de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, *ibidem*.

⁶⁸⁵ ROUMANEIX (Dominique), Egalité salariale entre les hommes et les femmes à compter du 1^{er} janvier 2013, *Actualités juridiques, Droit Social*, 15 octobre 2014. <http://www.village justice.com/articles/Egalite-salariale-entre-hommes-femmes,12237.html>.

⁶⁸⁶ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, *ibidem*.

⁶⁸⁷ Article 99 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010, portant réforme des retraites, *JORF* n° 0261 du 10 novembre 2010, p. 20034.

⁶⁸⁸ BRUNET (Sylvie), DUMAS (Maryse), *Bilan de l'application des dispositifs promouvant l'égalité professionnelle en femmes et hommes : un dispositif juridique national très étoffé*, Conseil Economique social et environnemental, mars 2012, *ibidem*, p. 14.

⁶⁸⁹ Décret n° 2011-822 du 7 juillet 2011 relatif à la mise en œuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, *JORF* n° 0158 du 9 juillet 2011, p. 11930.

⁶⁹⁰ Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, *JORF* n° 0023 du 28 janvier 2011, p. 1680.

⁶⁹¹ Article 5 de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011, *ibidem*.

Un objectif chiffré intermédiaire de 20 % doit être atteint dans un délai de 3 ans. La loi s'applique également aux entreprises et établissements publics⁶⁹². Le non-respect de cette obligation entraîne la nullité de la nomination irrégulière (faite en violation du quota) et la suspension du versement des jetons de présence.

D'autres lois, adoptées respectivement en 1975⁶⁹³, 1977⁶⁹⁴, 1983⁶⁹⁵ (peu appliquées), 1985⁶⁹⁶ et 1987⁶⁹⁷ témoignent du souci constant du législateur français de combattre le racisme et la xénophobie sous quelque forme qu'ils se manifestent.

En outre, le Code du travail protège les salariés et candidats salariés contre les discriminations. Il définit les comportements interdits, prévoit une répartition de la charge de la preuve, permet aux syndicats et aux associations d'agir en justice, et protège les salariés contre d'éventuelles mesures de rétorsion.

Pour conclure en ce qui concerne le contrôle de l'application en droit français des normes onusiennes, les institutions spécialisées du Système des Nations Unies opèrent un contrôle continu de l'application des conventions onusiennes. Ce contrôle est opéré par le Haut-commissariat des Nations. Le HCDH⁶⁹⁸ est une des agences spécialisées de l'ONU qui a pour but de promouvoir, de contrôler et de renseigner sur le respect du droit international des droits de l'homme notamment dans le monde, selon l'adoption de la Déclaration et programme d'action de Vienne⁶⁹⁹.

Le HCDH⁷⁰⁰ est rattaché directement au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

C'est une autorité mondiale en matière de droits de l'homme. Il fait partie du Secrétariat des Nations Unies. La première responsabilité du HCDH est de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme consacrés par la Charte des Nations Unies et les lois et traités internationaux en matière de droits de l'homme. Le HCDH entreprend de nombreuses activités et apporte son soutien au travail du Système des Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme.

⁶⁹² Article 6 de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011, *ibidem*. Articles 5 et 6 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, *JORF* du 27 juillet 1983, p. 2326.

⁶⁹³ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *ibidem*.

⁶⁹⁴ Contre les discriminations dans les activités économiques.

⁶⁹⁵ Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, *ibidem*.

⁶⁹⁶ Sur les violences et les crimes racistes, sur les discriminations relatives aux mœurs.

⁶⁹⁷ Renforçant certaines dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1972.

⁶⁹⁸ Résolution 48/141 de l'Assemblée Générale de l'ONU du 20 décembre 1993 pour la création du haut-commissaire.

⁶⁹⁹ La Déclaration et le programme d'action de Vienne (ou VDPA) est une déclaration des droits de l'homme adoptée par consensus lors de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme le 25 juin 1993 à Vienne. La Conférence mondiale de 1993 sur les droits de l'homme tenue à Vienne a marqué une étape décisive dans l'histoire de l'ONU. L'adoption de la VDPA a fait progresser dans la défense des principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et la DUDH. Les 7000 participants à la Conférence ont surmonté de grandes divergences pour établir un document d'une grande puissance qui a fait valoir que les DESC, les DCP étaient indivisibles et interdépendants, chaque droit contribuant à la jouissance de l'autre.

⁷⁰⁰ Le Haut-Commissariat est le principal organe des Nations unies responsable des droits humains. Le mandat du Haut-Commissaire aux droits de l'homme a été créé lors de la mise en œuvre d'une exigence de la Conférence mondiale de Vienne pour les droits de l'homme de 1993, par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 décembre 1993.

Il sert de secrétariat à tous les organes de traités des droits de l'homme, au Conseil des droits de l'homme et à tous ses mécanismes. Le HCDH a des bureaux un peu partout dans le monde. Cette présence sur le terrain peut prendre la forme de bureaux nationaux, régionaux ou de conseillers aux droits de l'homme. Il a aussi une fonction consultative à la demande des Etats ou des organisations régionales de défense des droits de l'homme⁷⁰¹. Les principales activités du HCDH sont l'activité normative, la supervision et la mise en œuvre des standards des droits humains au niveau national. A titre d'exemple, la CEDEF est le fruit d'une collaboration entre le HCDH et les Etats membres⁷⁰².

De même, toujours dans le cadre du contrôle de l'application des traités, la Commission des droits de l'homme dirige le suivi de l'application des traités⁷⁰³, adoptant à cet effet des résolutions, recommandations et rapports. Par exemple, l'application du PIDCP fait l'objet de rapports des Etats⁷⁰⁴, examinés par le Comité des droits de l'homme, qui présente des observations générales⁷⁰⁵ et un rapport devant l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies⁷⁰⁶. Les citoyens peuvent le saisir après épuisement des voies de recours internes.

II - LA PORTEE JURIDIQUE DES CONVENTIONS DE L'OIT RELATIVES À LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL SUR LE DROIT FRANÇAIS

Il convient dans un premier temps de souligner la situation juridique de la France vis-à-vis des conventions de l'OIT (A) et la mise en pratique des conventions relatives à la non-discrimination liée au travail (B).

A – LA SITUATION JURIDIQUE DE LA FRANCE VIS-À-VIS DES CONVENTIONS DE L'OIT

La situation juridique de la France, vis-à-vis des conventions de l'OIT fait état d'une large participation de la France dans la mise en œuvre de ces conventions (1) directement applicable en droit français (2).

⁷⁰¹ HCDH, Les droits de l'homme et le Système des Nations Unies : des clés pour agir, Nations Unies, Genève, août 2008, p. 18.

⁷⁰² Par exemple la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Le HCDH, à travers l'appui aux instruments normatifs, apporte une aide technique aux organes créés par traités. La responsabilité du service du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes lui a été confiée en janvier 2008. Il travaille avec tous les acteurs importants à l'intérieur et à l'extérieur de l'ONU.

⁷⁰³ La Commission des droits de l'homme comprend une sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, chargée en particulier de la lutte contre les discriminations et de la protection de minorités.

⁷⁰⁴ Article 40.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques « *Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à présenter des rapports sur les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus dans le présent Pacte et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits* ».

⁷⁰⁵ Article 40.4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, *ibidem* : « *Le Comité étudie les rapports présentés par les Etats parties au présent Pacte. Il adresse aux Etats parties ses propres rapports, ainsi que toutes observations générales qu'il jugerait appropriées. Le Comité peut également transmettre au Conseil économique et social ces observations accompagnées de copies des rapports qu'il a reçus d'Etats parties au présent Pacte* ».

⁷⁰⁶ Article 45 : « *Le Comité adresse chaque année à l'Assemblée Générale des Nations Unies, par l'intermédiaire du Conseil économique et social, un rapport sur ses travaux* ».

1/ Une large participation de la France aux conventions internationales de l'OIT

Les Etats membres sont tenus de soumettre, dans l'année de leur adoption⁷⁰⁷, les conventions adoptées par la Conférence internationale du travail à l'autorité ayant compétence pour en autoriser la ratification. Si une convention n'obtient pas l'assentiment de cette autorité, l'Etat devra faire un rapport au Directeur général du BIT, en exposant les difficultés qui empêchent ou retardent la ratification d'une telle Convention et l'état de sa législation et de sa pratique sur la question faisant l'objet de la convention. L'Etat est souverain peut en principe décider s'il convient de ratifier ou non une Convention adoptée. Pour sa part, la France, depuis la création de l'OIT la France s'est largement impliquée aussi bien dans l'organisation de l'OIT, qu'en ce qui concerne la ratification des conventions (a). Les conventions ont d'ailleurs, influé favorablement sur le droit français (b).

a) L'implication française dans l'Organisation Internationale du travail

La France est membre de l'OIT depuis le 28 juin 1919, année de sa création. L'OIT a connu deux directeurs généraux français, Albert THOMAS (de 1919 à 1932) et Francis BLANCHARD (de 1974 à 1989). Après celui de David Abner MORSE, (Etats-Unis), Directeur général pendant 22 ans (1948-1970), ce furent les plus longs mandats de l'histoire de l'Organisation. Le Conseil d'Administration pour sa part a connu une présidence française à huit reprises.

En outre, la France est, avec l'Espagne, les deux pays qui ont ratifié le plus grand nombre de conventions de l'OIT⁷⁰⁸ (respectivement n° 101 et 107 Conventions en vigueur sur les 188 adoptées), loin devant l'Italie (91), les Pays-Bas (81), la Belgique (75), l'Allemagne (73), le Royaume-Uni (67), et, pour les plus grands pays : la Russie (55), le Japon (40), l'Inde (41), la Chine (22) et les Etats-Unis (12)⁷⁰⁹. Elle a notamment ratifié l'intégralité des 8 Conventions fondamentales⁷¹⁰ ainsi que les quatre Conventions de gouvernance⁷¹¹. Au cours de ces deux dernières années, elle a ratifié la convention du travail maritime, entrée en vigueur le 20 août 2013, et la convention n° C 187 sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail, qui entrera en vigueur le 29 octobre 2015.

b) Une influence favorable sur le droit français

La primauté des normes de l'OIT se traduit par leur caractère impératif. En effet, bien que le droit international reste essentiellement volontaire et découle principalement des traités conclus entre États

⁷⁰⁷ VERDIER (Jean-Maurice), L'apport des normes de l'OIT au droit français du travail, dans, *Les transformations du droit du travail*, études offertes à Gérard LYON-CAEN, Paris, Dalloz, 1989, p. 54. Article 19 § 5.

⁷⁰⁸ VERDIER (Jean-Maurice), L'apport des normes de l'OIT en droit français du travail, dans, *Les transformations du droit du travail*, études offertes à Gérard LYON-CAEN, *ibidem*, pp. 51-65.

⁷⁰⁹ Chiffres à jour au 31 décembre 2010.

⁷¹⁰ Convention n° C29 sur le travail forcé, Convention n° C87, Convention n° C98, Convention n° C100, Convention n° C105, Convention n° C111, Convention n° C138, Convention n° C182.

⁷¹¹ Convention n° C81 sur l'inspection du travail, convention n° C122 sur la politique de l'emploi, convention n° C129 sur l'inspection du travail (agriculture), et Convention n° C144 sur les consultations tripartites relatives aux normes de l'OIT.

nationaux et souverains, certaines normes sont applicables même en l'absence d'engagement. Elles s'imposent malgré la volonté des États, en dehors de tout lien conventionnel. Juridiquement, ces normes constituent des règles de *jus cogens*⁷¹² auquel aucune dérogation ne peut être apportée⁷¹³.

En dépit du refus de ratification, l'existence même de la convention peut influencer favorablement sur l'état du droit français : la Convention n° C155⁷¹⁴ prévoit un « droit de retrait » du travailleur en cas de péril imminent pour sa vie ou sa santé. Elle a inspiré la loi du 23 décembre 1982⁷¹⁵ qui ne le prévoyait pas initialement, et a été introduite au cours du débat parlementaire.

Mais la ratification fut refusée au motif du refus d'appliquer ce « droit de retrait » à la fonction publique et à nombre d'entreprises publiques (S.N.C.F., aviation civile...). Elle fut introduite dans la fonction publique territoriale⁷¹⁶ en 2001⁷¹⁷.

Le Conseil d'Etat l'a admis pour le reste de la fonction publique⁷¹⁸.

De même, plus récemment, la convention n° C181 relative aux agences d'emploi privées a été adoptée par la conférence générale de l'OIT le 19 juin 1997 à Genève. Elle est entrée en vigueur le 10 mai 2000 et, à ce jour, 27 pays⁷¹⁹ l'ont ratifiée. La France n'avait pas ratifié la convention n°C181 en raison du monopole du placement détenu par l'ANPE, (devenue aujourd'hui Pôle emploi). Cependant, en 2005⁷²⁰, le législateur a mis fin au monopole public du placement, en autorisant l'exercice de l'activité de placement à certains organismes. La loi n° 2015-278 du 13 mars 2015 autorise la ratification de la convention n° C181 de l'Organisation internationale du travail relative aux agences d'emploi privées.

⁷¹² Littéralement « droit contraignant ».

⁷¹³ DECAUX (Emmanuel), *Droit international public*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2010, p. 63.

⁷¹⁴ Convention n° C155 sur la sécurité et la santé des travailleurs, 1981, concernant la sécurité, la santé des travailleurs et le milieu de travail, entrée en vigueur le 11 août 1983.

⁷¹⁵ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, *ibidem*.

⁷¹⁶ Arrêté du 15 mars 2001 portant détermination des missions de sécurité des personnes et des biens incompatibles avec l'exercice du droit de retrait dans la fonction publique territoriale, *JORF* n° 71 du 24 mars 2001, p. 4643.

⁷¹⁷ L'introduction du droit de retrait dans la fonction publique territoriale correspond à la nécessité de se mettre en conformité avec les directives européennes notamment la directive cadre 89/391/CEE du 12 juin 1989 relative à la protection de la santé et de la sécurité au travail. Il s'agit d'un alignement sur toutes les autres catégories de salariés.

⁷¹⁸ CE, 2 juin 2010, Ministre de l'éducation nationale c/ Mlle F., req. n° 320935, *Rec. Lebon* ; A la suite d'actes de violence dans un lycée, une enseignante a exercé son droit de retrait, 4 jours en 2003, en vertu de l'article 5-6 du décret du 28 mai 1982. Elle a ensuite repris son service le 5 février suite à un courrier de l'inspecteur d'académie daté du 4 informant les professeurs des mesures prises afin d'améliorer la sécurité de l'établissement. Mais cette enseignante s'est vue infliger, une retenue sur traitement pour les 4 jours non travaillés au titre de l'absence de service fait. L'enseignante forme alors un recours hiérarchique qui est rejeté, elle saisit le TA qui fait droit à sa demande. Le juge justifie, en l'espèce, le droit de retrait au motif qu'il y avait dans ce climat de troubles extrêmes un risque avéré d'atteinte à l'intégrité physique des personnes qui pouvait intervenir à tout moment dès lors que les personnes étaient présentes au sein de l'établissement (TA Cergy-Pontoise, 3 juill. 2008, *Mlle F.*). Le Mministre de l'Éducation nationale forme alors un pourvoi dans lequel il conteste le droit de retrait pour une journée au motif que le calme était assuré suite de la mise en place d'un dispositif de protection policière. Le CE fait droit à sa requête en considérant que les dispositions de l'article 5-6 du décret de 1982 n'impliquent pas que l'administration doive inviter l'agent à reprendre son travail dès que la situation de danger a disparu. La retenue sur traitement d'une journée est légale.

⁷¹⁹ Albanie, Maroc, Pays-Bas, Panama, Japon, Finlande, Espagne, Éthiopie, Italie, République tchèque, Moldavie, Géorgie, Portugal, Hongrie, Belgique, Uruguay, Lituanie, Bulgarie, Algérie, Suriname, Pologne, Bosnie-Herzégovine, Slovaquie, Ex-République yougoslave de Macédoine, Israël, Fidji, Serbie.

⁷²⁰ Par la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JORF* n°15 du 19 janvier 2005, p. 864.

2/ L'applicabilité directe des conventions de l'OIT et les conséquences sur une législation contraire

Le fait qu'une disposition d'un traité soit directement applicable, implique que chaque sujet de droit peut utiliser cette disposition dans l'ordre juridique national pour renforcer sa position juridique individuelle, même si les pouvoirs publics n'ont pas encore pris des mesures internes. L'applicabilité directe des conventions de l'OIT en France (a) peut être d'une redoutable efficacité (b).

a) L'effet direct des conventions de l'OIT

L'examen de la jurisprudence pertinente par le Centre international de formation de l'OIT⁷²¹, démontre que les tribunaux nationaux ont directement invoqué la convention, ou se sont référés à celle-ci, dans les arrêts rendus en matière de licenciement.

En France, en 2006, la Cour de cassation a établi que la convention n° C158 était directement applicable⁷²². Aussi, quand une ordonnance nationale contraire aux dispositions de la convention a été adoptée, la Cour de cassation a souligné la nécessité de garantir qu'il était donné pleinement effet aux dispositions de la convention⁷²³. Dans l'arrêt *Gisti et Fapil* du 11 avril 2012⁷²⁴, le Conseil d'Etat confirme l'invocabilité directe d'une stipulation de la convention n° C97 relative les travailleurs migrants⁷²⁵.

Celle-ci garantit l'égalité de traitement sans discrimination de nationalité en matière de logement aux immigrants qui se trouvent légalement installés sur le territoire d'un État membre. Sur ce fondement est censurée à compter du 1^{er} octobre 2012 la disposition de l'article R. 300-2 du Code de la construction et de l'habitation⁷²⁶, en tant qu'elle instaure une discrimination illégale entre étrangers dans l'accès à la procédure de droit au logement opposable.

b) Une redoutable efficacité de l'effet direct des conventions de l'OIT

En France, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation vont peu à peu considérer contraire au principe d'égalité reconnu en droit interne toute condition de nationalité pour l'octroi d'une prestation. Ils ont adopté cette position dans des arrêts de principe pris à la fin des années 1980 ou au début des années 1990⁷²⁷. De même, la CJCE ainsi que des juridictions internes, vont donner raison au début des années

⁷²¹ ILO-ITC, Utilisation du droit international par les juridictions nationales, *Recueil des décisions de justice*, juillet 2006.

⁷²² CCass. Soc., 29 mars 2006, Société Euromédia télévision c/ Monsieur Christophe X, n° 906, *Rec. Lebon*.

⁷²³ CCass Soc., 1^{er} juillet 2008, CNE, n° 1210, *Rec. Lebon*.

⁷²⁴ CE, 11 avril 2012, GISTI et FAPIL, n° 322326, *Rec. Lebon*.

⁷²⁵ Convention n° C97 de l'OIT du 1^{er} juillet 1949 relative les travailleurs migrants, ratifiée par la France et publiée par le décret du 4 août 1954, *JORF* du 7 août 1954.

⁷²⁶ Relative aux conditions de permanence de la résidence en France.

⁷²⁷ MICHELET (Karine), *Les droits sociaux des étrangers*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 109. Dictionnaire Permanent, Droit des étrangers, Editions législatives, *Bulletin n° 152, cahier n°1*, 13^{ème} année, janvier 2007.

1990 à des ressortissants non-européens se prévalant de conventions internationales, qui ont une autorité supérieure à la loi nationale, telles les conventions prises dans le cadre de l'OIT⁷²⁸.

La régularité de séjour a fait son apparition avec la loi de 1975 relative à l'IVG qui subordonnait non seulement la prise en charge mais aussi le droit de se faire pratiquer une IVG à la détention d'un titre de séjour d'une durée de validité de plus de trois mois⁷²⁹. En 1978, la même exigence est introduite lors de la mise en place de l'assurance personnelle⁷³⁰.

A plusieurs reprises, les juridictions nationales avaient reconnu un effet direct à certaines conventions OIT : décisions du Conseil d'Etat du 11 janvier 2002⁷³¹, pour la convention n° C81 concernant l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce et du 19 octobre 2005⁷³² ; celle de la Cour de Cassation du 29 mars 2006⁷³³ pour la convention n°C158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur.

B – LA MISE EN PRATIQUE EN FRANCE DES CONVENTIONS DE L'OIT RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL

On peut observer une implication de la France tant en ce qui concerne l'intégration des normes de l'OIT (1), qu'en ce qui concerne la pratique judiciaire (2).

1/ L'influence sur la législation française

Si on observe de nombreux cas de violations par la législation française des conventions de l'OIT⁷³⁴ (a), on ne peut nier que certaines conventions ont été intégrées en droit français. Par exemple, la convention C156 a été intégré en droit français à travers deux lois : la loi « Le Pors » ainsi que la loi du 29 décembre 1986 relative à la famille (b)

⁷²⁸ En particulier, la convention C118 de l'OIT sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale du 28 juin 1962 (*op. cit.*) et la Convention n° C97 sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, entrée en vigueur le 22 janvier 1952.

⁷²⁹ MATH (Antoine), TOULLIER (Adeline), Protection sociale des étrangers : le difficile chemin vers l'égalité des droits, *Confluences Méditerranée*, n° 48, 2003-2004, p. 114. Cette disposition a été supprimée en 2001.

⁷³⁰ Un dispositif disparu et remplacé par la CMU (Couverture maladie Universelle), Voir MATH (Antoine), TOULLIER (Adeline), Protection sociale des étrangers : le difficile chemin vers l'égalité des droits, *Confluences Méditerranée*, *ibidem*.

⁷³¹ CE Sec., 11 janvier 2002, Fédération nationale des syndicats de l'inspection du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Premier Ministre et Ministre de l'emploi et de la solidarité, Req. n° 225597, *Rec. Lebon*.

⁷³² CE Sec., 19 octobre 2005, CGT c/ Premier Ministre et Ministre de l'emploi et de la solidarité, Req. n° 283471, *Rec. Lebon*.

⁷³³ Cass Soc., 29 mars 2006, Société Euromédia Télévision c/ M. X, Pourvoi n° 04-46499, *Bull.*

⁷³⁴ La question ne se pose pas pour la France qui les a toutes ratifiées.

a) De nombreux cas de violations des conventions

La Convention n° C156 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales, adoptée en 1981, ratifiée en 1989, a donné lieu en France à trois modifications dont une, en 1983⁷³⁵, et deux 1986⁷³⁶. La Convention n° C159 sur l'emploi des personnes handicapées, adoptée en 1983, a été ratifiée en 1989, après qu'eut été revue la législation française. De nouveaux Codes des marchés publics (2001, 2004 et tout particulièrement celui de 2006⁷³⁷) sont contraires à la Convention n° C94 en ne faisant de l'insertion de clauses du travail dans les contrats publics qu'une « simple faculté », comme le note la Commission d'experts dans ses rapports des années 2006 à 2009⁷³⁸.

L'obligation fondamentale de la Convention⁷³⁹ n'est pas respectée : les contrats contiennent des clauses garantissant aux travailleurs concernés des salaires, une durée du travail et d'autres conditions de travail « *qui ne soient pas moins favorables que les conditions les plus favorables* »⁷⁴⁰ prévues par la législation nationale, par la convention collective applicable.

Concernant la Convention n° C118⁷⁴¹, le droit interne prévoit des prestations autres que l'assurance vieillesse : obligation pour les travailleurs étrangers de justifier de leur résidence en France au moment de l'ouverture des droits, sauf convention bilatérale de réciprocité⁷⁴².

Or l'article 4 § 1 de la Convention prévoit l'égalité de traitement, sans condition de résidence, aux ressortissants de tous les Etats membres ayant accepté les obligations de la Convention.

A la suite de l'arrêt du Conseil d'Etat⁷⁴³ qui s'est prononcé sur les effets directs de l'article 4 § 1 de la Convention n° C118, la Commission d'experts a évoqué la question dans son rapport 2007⁷⁴⁴.

Dans le rapport 2008 relatif à la convention C87 sur la liberté syndicale⁷⁴⁵, la commission estime que la loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs « *n'est pas conforme à la Convention 87, en ce qui concerne l'article 5 de ladite loi qui prévoit qu'à défaut d'accord collectif de prévisibilité du service en cas de perturbation du trafic ou de grève, un plan de prévisibilité est défini par l'employeur* ». Or, en cas de désaccord sur la

⁷³⁵ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, *ibidem*.

⁷³⁶ Loi n° 86-1307 du 29 décembre 1986 relative à la famille, *JORF* du 30 décembre 1986, p. 15771.

⁷³⁷ LYON-CAEN (Pierre) L'application par la France des Conventions internationales du travail, *Droits fondamentaux*, n° 8, janvier 20-décembre 2010, *op. cit.*, p. 6.

⁷³⁸ Les douze observations individuelles formulées en 2009 figurent sur le site de l'OIT, à la rubrique Natlex qui permet un suivi par pays.

⁷³⁹ Article 2 de la Convention.

⁷⁴⁰ Commission d'experts du BIT, *Application des normes internationales du travail*, Conférence internationale du travail, 92^{ème} session, Rapport I, 2004, p. 304.

⁷⁴¹ Convention n° C118, concernant l'égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux en matière de sécurité sociale, entrée en vigueur le 25 avril 1964.

⁷⁴² Article L 311-7 du Code de la sécurité sociale.

⁷⁴³ CE, 23 avril 1997, GISTI, n° 163043, *Rec.* p. 142, concl. Abraham, *AJDA*, 1997, p. 435.

⁷⁴⁴ La Commission a prié le Gouvernement d'indiquer quels est la portée juridique et l'effet pratique des décisions adoptées par le Conseil d'Etat. Elle exprime l'espoir que le Gouvernement prendra les mesures notamment dans la branche « protection d'invalidité », lorsque l'assuré est assujéti à la sécurité sociale française.

⁷⁴⁵ La convention n° C87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, adoptée le 9 juillet 1948 par la conférence générale de l'OIT, San Francisco.

définition du service minimum, « *les parties peuvent envisager la Constitution d'un organisme paritaire ou indépendant appelé à statuer rapidement et sans formalisme. Il peut être habilité à rendre des décisions exécutoires* »⁷⁴⁶.

Ainsi, existe-t-il ces dernières années un accroissement du nombre de cas où la France ne tient pas compte des conventions qu'elle a ratifiées pour modifier sa législation interne. De manière générale, la Commission ne formule pas d'autres préconisations que de modifier la législation nouvelle non conforme.

Par ailleurs, la réforme de l'ANPE, met en cause la Convention n°C88⁷⁴⁷ sur le service de l'emploi. La Commission prend note des évolutions législatives : la loi du 18 janvier 2005⁷⁴⁸ permet aux agences de placement privées et aux ETT de pratiquer des activités de placement. En contrepartie, l'ANPE se voit accorder la possibilité de prendre des participations ou de créer des filiales pour l'exercice de ses missions, et de facturer ses prestations aux entreprises, mais non aux demandeurs d'emploi. La Commission prie le Gouvernement d'établir un rapport en 2007 sur les mesures adoptées afin de veiller à ce que soit maintenu un service public gratuit de l'emploi au sens de l'article 1 § 1 de la Convention, ainsi que sur les développements intervenus quant aux mesures prises pour organiser et mettre en place des bureaux d'emploi en nombre suffisant pour répondre aux besoins des employeurs et des travailleurs de chacune des régions géographiques⁷⁴⁹. La réponse du Gouvernement a fait l'objet d'une nouvelle observation concernant la Convention n° C88, priant le Gouvernement de répondre en détail à ces commentaires en 2009.

La Convention n° C97 révisée sur les travailleurs migrants : s'agissant de la loi du 24 juillet 2006 concernant l'immigration et l'intégration, la Commission se réfère à la Convention n° C97 révisée sur les travailleurs migrants. Elle note qu'un volet de la loi vise à faciliter l'intégration économique des travailleurs, tout comme dans la loi du 20 novembre 2007 concernant le contrôle de l'immigration, l'intégration et l'asile. Elle note également les mesures pour lutter contre les discriminations, à travers la création de la HALDE.

Mais elle s'y réfère ensuite, pour souligner que « *des problèmes importants continuent à exister en matière d'intégration de la population immigrante dans la société française, dont un climat de suspicion et de préjugé négatif, ainsi qu'une discrimination encore très répandue à l'encontre des travailleurs*

⁷⁴⁶ CGT-FO, communication du 31 juillet 2007. « *La Commission prie le Gouvernement de prendre les mesures nécessaires pour amender cet article 5 en tenant compte des problèmes de détermination du service minimum négocié, ainsi que de prévoir une période raisonnable pour la négociation du service minimum* ».

⁷⁴⁷ Convention n° C088 concernant l'organisation du service de l'emploi, entrée en vigueur le 10 août 1950.

⁷⁴⁸ La loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale (*op. cit.*), signe la fin du monopole juridique de l'ANPE pour le placement des demandeurs d'emploi.

⁷⁴⁹ Article 3.

migrants, qui a un impact sur leurs conditions générales de vie et sur leurs chances de recevoir un enseignement et d'obtenir un emploi »⁷⁵⁰.

La Commission rappelle également ses commentaires de 2007 au sujet de la Convention n°C111 quant à la discrimination (emploi et profession) où elle avait déjà fait part de ses préoccupations concernant l'absence de progrès accomplis face à la discrimination raciale et ethnique à l'encontre des travailleurs migrants et insiste sur la nécessité d'une stratégie efficace pour promouvoir l'intégration et l'égalité de traitement pour ces travailleurs migrants⁷⁵¹.

Concernant la convention n° C122 sur la politique de l'emploi, La Commission constate dans son rapport de 2007 la stagnation du taux d'emploi, relativement inférieure à la moyenne européenne. Elle prend note que la création d'emplois durables constitue l'une des principales orientations du Gouvernement et des mesures prises en 2003-2004⁷⁵². La Commission demande si les résultats sont atteints et que lui soient précisées les orientations stratégiques des politiques de l'emploi visées par ces mesures⁷⁵³.

Il en est de même en ce qui concerne les mesures en faveur de l'emploi décent des jeunes, notamment de ceux peu qualifiés ou sans qualification⁷⁵⁴, ainsi que pour le maintien dans l'emploi et la réinsertion sur le marché du travail des travailleurs âgés⁷⁵⁵, et pour l'insertion durable des catégories de travailleurs les plus vulnérables sur le marché du travail.

Le Gouvernement est invité à préciser la manière dont les représentants des milieux intéressés ont été consultés lors de l'élaboration et de la formulation des politiques de l'emploi « *afin qu'il soit pleinement tenu compte de leur expérience et de leur opinion, qu'ils collaborent entièrement à l'élaboration de la politique et qu'ils aident à recueillir des appuis en faveur de ces dernières* »⁷⁵⁶, et spécialement les représentants des secteurs les plus fragiles ou marginalisés de la population active. La Commission est revenue sur la question dans son rapport 2009, en reprenant note du rapport du Gouvernement et en réitérant des demandes d'information sur les différents volets de la question, comme l'emploi des jeunes et celui des travailleurs âgés, ainsi que la participation des partenaires sociaux à l'élaboration et à la formulation des politiques.

⁷⁵⁰ Rapport de l'expert indépendant des Nations Unies sur la question des minorités de 2008. Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

⁷⁵¹ Tout en se disant « *consciente de la complexité de la situation économique et sociale des travailleurs migrants* », la Commission insiste sur la nécessité d'une « *stratégie effective visant à promouvoir l'intégration et l'égalité de traitement des travailleurs migrants* » en indiquant des pistes concrètes et en demandant des informations supplémentaires pour 2010.

⁷⁵² Allègement des charges patronales, nouveau barème de la prime pour l'emploi en 2003 et dispositifs facilitant la création d'entreprises.

⁷⁵³ Article 1 § 1 et article 2 de la Convention n° C88, *op. cit.*

⁷⁵⁴ Article 1 § 2.

⁷⁵⁵ Article 1 § 2.

⁷⁵⁶ Article 3.

Concernant la convention n° C111 sur la discrimination⁷⁵⁷, la Commission formule une longue observation critique : « *La Commission espère que la création de la HALDE permettra d'obtenir rapidement des résultats pratiques pour éliminer la discrimination, en particulier dans l'emploi* »⁷⁵⁸.

Elle espère que « *le Gouvernement sera en mesure de démontrer, dans son prochain rapport, que des progrès importants ont été accomplis* »⁷⁵⁹. Elle encourage le Gouvernement à « *continuer de prendre des mesures actives et effectives pour modifier les pratiques en matière de ressources humaines et de recrutement, pour accorder l'égalité de chances dans l'emploi et la profession et pour poursuivre la diversité sur le marché du travail, ainsi que le respect et la tolérance à l'égard des différentes communautés qui vivent et travaillent en France* »⁷⁶⁰.

Elle demande des sanctions plus effectives : des mesures pour réduire les inégalités entre hommes et femmes, pour favoriser le dialogue social, la formation professionnelle, dans l'emploi non précaire et dans les professions où les femmes sont sous-représentées, y compris les postes de responsabilité. La Commission se demande dans quelle mesure la loi de 2004⁷⁶¹ ne nuit pas à la capacité des filles de trouver un emploi à l'avenir.

Elle prie le Gouvernement de lui faire connaître les mesures prises pour veiller à ce que les élèves expulsés des écoles aient néanmoins la possibilité appropriée d'accéder à l'éducation et à la formation. Il ne s'agit que d'un échantillon des observations formulées à l'égard de la France dans les rapports de la Commission d'experts pour les années 2006, 2007, 2008 et 2009⁷⁶². Il aurait fallu également faire état de la liste des nombreuses « demandes directes »⁷⁶³.

Ces demandes directes ne comportent pas en principe d'éléments critiques, mais réclament des éclaircissements et des justifications de toute nature (statistiques, jurisprudence, études...) permettant de mieux apprécier si la France se conforme bien aux conventions qu'elle a ratifiées.

Parfois, le refus est moins contestable. Ainsi de la Convention n° C119⁷⁶⁴, qui fait peser certaines obligations sur le salarié, alors que la législation française n'impose en ce domaine d'obligations qu'aux employeurs.

⁷⁵⁷ Rapport 2006.

⁷⁵⁸ Article 3.

⁷⁵⁹ LYON-CAEN (Pierre), L'application par la France des Conventions internationales du travail, *Droits fondamentaux*, n° 8, janvier-décembre 2010, *ibidem*.

⁷⁶⁰ Rapport 2006.

⁷⁶¹ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, *JORF* n° 65 du 17 mars 2004, p. 5190.

⁷⁶² Les douze observations individuelles formulées en 2009 figurent sur le site de l'OIT, à la rubrique Natlex qui permet un suivi par pays.

⁷⁶³ La liste des demandes directes adressées à la France visaient 23 conventions en 2011 : 8 demandes formulées en 2010 ainsi que deux demandes directes allant de pair avec une observation, auxquelles s'ajoutent deux rapports dus en réponse à une observation ; deux demandes directes datant de 2009 ; un rapport du en réponse à une observation de 2008 ; six demandes directes de 2007, une demande assortie d'une observation ; trois demandes directes de 2006 (loi de 2004 sur les signes ostensibles d'appartenance religieuse), et une demande assortie d'une observation.

⁷⁶⁴ Convention n° C119 sur la protection des machines, 1963, concernant la protection des machines Entrée en vigueur le 21 avril 1965.

L'OIT dispose d'un système de contrôle unique. Les États membres doivent à la fois rendre compte annuellement de l'application des conventions ratifiées et présenter un rapport relatif à leur législation et à leur pratique à propos des conventions qu'ils n'ont pas ratifiées. À cette obligation s'ajoutent des procédures particulières de contrôle déclenchées par une réclamation ou une plainte. De manière générale, l'OIT fonctionne principalement grâce au dialogue et au consensus. Pour l'heure, aucun tribunal rattaché à l'OIT ne statue ou ne sanctionne l'existence d'une violation des conventions internationales du travail. Seules la diplomatie et l'opinion publique internationale restent relativement efficaces.

Les États parties⁷⁶⁵ à une convention internationale ont la possibilité de déposer une plainte auprès de l'OIT lorsqu'ils estiment qu'un des signataires ne respecte pas ces engagements⁷⁶⁶. Sur la base de cette plainte, une enquête est menée. Cette enquête conduit à des recommandations et l'Etat en cause doit indiquer s'il accepte de les appliquer ou non. En cas de refus, le différend peut être porté devant la CIJ. Sa décision est insusceptible de voie de recours⁷⁶⁷. Pour des raisons diplomatiques évidentes, les États n'utilisent pas la procédure du dépôt de plainte.

La gravité de certains manquements en France paraît préoccupante, davantage que leur nombre. Car, à cet égard, il semble qu'il faille relativiser les choses et considérer qu'au regard du grand nombre de Conventions ratifiées par la France, le nombre d'observations et de demandes directes reste faible.

Enfin, certaines ratifications furent tardives (sans justifications sérieuses). Deux exemples : la Convention n° C90⁷⁶⁸ entrée en vigueur en 1951 et ratifiée en 1985, et la Convention n° C111⁷⁶⁹ adoptée en 1958 et ratifiée en 1981 (23 ans plus tard). Cette dernière figure pourtant au nombre des huit conventions fondamentales.

Néanmoins, il faut bien reconnaître un pays développé comme la France n'a pas besoin de modifier sa législation pour ratifier une convention OIT. Certaines conventions ont tout de même été intégrées en droit français.

b) L'intégration en droit français des conventions de l'OIT

En vertu de la convention n° C100, la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite « Le Pors », a permis d'insérer dans le droit français un certain nombre de garanties

⁷⁶⁵ Les plaintes peuvent émaner soit d'organisations de travailleurs ou d'employeurs, soit de gouvernements. Les allégations formulées ne sont recevables que si elles sont soumises par une organisation nationale directement intéressée à la question, par des organisations internationales d'employeurs ou de travailleurs jouissant du statut consultatif auprès de l'OIT, ou d'autres organisations internationales d'employeurs ou de travailleurs lorsque ces allégations sont relatives à des questions affectant directement les organisations membres de ces organisations internationales. De telles plaintes peuvent être déposées indépendamment du fait que le pays mis en cause a ou n'a pas ratifié les conventions sur la liberté syndicale.

⁷⁶⁶ Articles 26 et suivants de la Constitution de l'OIT.

⁷⁶⁷ Article 30 de la Constitution de l'OIT, *ibidem*.

⁷⁶⁸ Convention n° C090 concernant le travail de nuit des enfants dans l'industrie (révisée en 1948, entrée en vigueur le 12 juin 1951).

⁷⁶⁹ Convention n° C111 sur la discrimination dans l'emploi, *op. cit.*

fondamentales en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes, notamment en matière de rémunération. Elle rappelle également l'interdiction de faire des distinctions entre les fonctionnaires en raison de leur « appartenance ethnique »⁷⁷⁰.

Le principe de non-discrimination y est inscrit en ces termes : « *La liberté d'opinion est garantie aux fonctionnaires. Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leur sexe, leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race. Toutefois, des distinctions peuvent être faites afin de tenir compte d'éventuelles inaptitudes physiques à exercer certaines fonctions. De même, des conditions d'âge peuvent être fixées lorsqu'elles résultent des exigences professionnelles, justifiées par l'expérience ou l'ancienneté, requises par les missions que les fonctionnaires sont destinés à assurer* »⁷⁷¹.

La loi du 29 décembre 1986, introduit une double exigence de régularité : d'une part, la régularité de séjour de l'allocataire et, d'autre part, la régularité d'entrée de l'enfant au titre duquel les prestations familiales sont demandées. Cette loi, relative à la famille, crée l'allocation de garde d'enfants à domicile⁷⁷², qui correspond au montant moyen des charges sociales patronales induites par l'emploi d'une garde à domicile⁷⁷³. Ces mesures font partie de celles prévues dans la convention n° 156 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales.

L'égalité entre nationaux et ressortissants de l'Union européenne s'impose afin d'éviter que les différences dans les régimes de sécurité sociale ne puissent constituer une entrave pour les travailleurs migrants ressortissants de l'Union européenne. Les Etats ont montré des réticences à adapter leurs législations et leurs pratiques. Par exemple, la France a refusé pendant longtemps de verser les prestations familiales aux travailleurs de l'Union européenne pour leur famille restée dans leur pays d'origine, alors même que ces travailleurs versaient des cotisations aux régimes français de prestations familiales. Il faudra deux arrêts de la CJCE, en 1986⁷⁷⁴ et 1989⁷⁷⁵, pour que la France cède. Suite à ces

⁷⁷⁰ Article 6 de la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, *JORF* du 14 juillet 1983, p. 2176.

⁷⁷¹ Articles 6 et 6 bis de la loi du 13 juillet 1983, *ibidem*.

⁷⁷² Article 4, chapitre III de la loi relative à la famille, *op. cit.*

⁷⁷³ [http://www.wikiterritorial.cnfpt.fr/xwiki/wiki/econnaissances/view/Notions-C les/Aidesalafamille](http://www.wikiterritorial.cnfpt.fr/xwiki/wiki/econnaissances/view/Notions-C%20les/Aidesalafamille).

⁷⁷⁴ CJCE, 15 janvier 1986, Pietro Pinna c/ Caisse d'allocations familiales de Savoie, Aff. 41/84 (Pinna I), *Rec.* p. 1, dans, BOUMÉDIENE (Malik), *La place de la loi et du contrat dans la garantie du droit à la protection sociale de 1945 à nos jours*, tome 2, éd. Publibook, février 2004, p. 518. Dans cet arrêt, la CJCE statuant sur les questions soumises par la cour de cassation de France, dit pour droit que « l'article 73 § 2 du règlement n° 1408/71 est invalide en tant qu'il exclut l'octroi de prestations familiales françaises aux travailleurs soumis à la législation française, pour les membres de leur famille qui résident sur le territoire d'un autre Etat membre. L'invalidité constatée par l'article 73 § 2 du règlement n° 1408/71 ne peut être invoquée à l'appui des revendications relatives à des prestations pour des périodes antérieures à la date du présent arrêt, sauf en ce qui concerne les travailleurs qui ont, avant cette date, introduit un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente ».

⁷⁷⁵ CJCE, 2 mars 1989, Pietro Pinna, Aff. 357/89 (Pinna II).

arrêts, elle s'est résolue à exporter ses principales prestations familiales tout en négociant pour en rendre certaines non exportables⁷⁷⁶.

Certaines décisions pris sur la base des conventions de l'OIT ont été favorables.

2/ L'invocation des conventions de l'OIT devant les tribunaux français

Il ne suffit pas de ratifier les conventions, encore faut-il s'y conformer. D'une manière générale, c'est assez largement le cas de la France.

Cependant, la méthode est la suivante : avant toute ratification, le Conseil d'Etat est consulté et la législation française, si ce n'est pas déjà le cas, est mise en harmonie avec la convention. De sorte que, lorsque celle-ci entre en application sur le territoire français, il n'y a pas, en principe, de discordance entre la convention et la législation interne. La législation interne prend le pas sur la convention au point que l'on a fini par ne plus se poser la question de l'existence des conventions de l'OIT. Selon Pierre LYON-CAEN, elles ne sont en effet presque jamais invoquées devant les juridictions⁷⁷⁷, en application de la Constitution⁷⁷⁸ prévoyant la supériorité des engagements internationaux par rapport à la loi.

Cependant la situation semble moins favorable qu'elle n'y paraît : il est certain que le Conseil d'Etat ainsi que la Cour de Cassation n'hésitent pas à les invoquer. Le contrôle des juridictions nationales est d'ailleurs présenté comme un palliatif au caractère imparfait du système de contrôle interne.

En effet, le « contrat nouvelle embauche » a fait l'objet de deux décisions : celles du Conseil d'Etat (a), et de la Cour de Cassation (b)

a) La validation de l'ordonnance créant le CNE par le Conseil d'Etat

La section du contentieux était saisie par différentes organisations syndicales de la légalité du dispositif du contrat « nouvelle embauche » au regard de la convention n°C158 de l'OIT, dite « convention sur le licenciement ». Pour être légale, l'ordonnance attaquée devait donc être conforme aux stipulations de cette convention.

Le Conseil d'Etat⁷⁷⁹ valide l'ordonnance créant le « contrat nouvelle embauche »⁷⁸⁰ et renvoie à la CJUE la question de la compatibilité avec le droit de l'Union européenne de l'exclusion des salariés de moins de 26 ans du calcul de l'effectif du personnel des entreprises.

⁷⁷⁶ GISTI, *La protection sociale des étrangers en France après la création de la CMU*, Syros, guide GISTI, Paris, septembre 2002 ; KESSLER (Francis), LHERNOULD (Jean-Philip), *Code annoté européen de la protection sociale*, Groupe Revue Financière, 2002.

⁷⁷⁷ LYON-CAEN (Pierre), *L'application par la France des Conventions internationales du travail de l'OIT*, *Droits fondamentaux*, n° 8, décembre 2010, *ibidem*.

⁷⁷⁸ Article 55 de la Constitution.

⁷⁷⁹ CE, Section du Contentieux, 14 octobre 2005, CGTL et autres, n° 283892, 284472, 284555, 284718.

⁷⁸⁰ L'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, *op. cit.*

Or, l'article 4 de cette convention prohibe les licenciements sans « *motif valable lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise* ». Et son article 7, prévoit que le salarié doit pouvoir se défendre avant tout licenciement prononcé « *pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail* ». Il était soutenu par les syndicats requérants que les dispositions litigieuses de l'ordonnance contrevenaient aux stipulations des articles 4 et 7 de la convention. Mais la convention prévoit à son article 2 la possibilité pour les Etats de déroger à l'application de l'ensemble de ses stipulations pour les « *travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise* » pour bénéficier de la protection prévue notamment par les article 4 et 7, « *à condition que la durée de cette période soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable* ».

Le Conseil d'Etat a estimé que la période de « consolidation de l'emploi » prévue par l'ordonnance, si elle n'était en aucun cas une période d'essai, pouvait en revanche être regardée comme une période de constitution de « l'ancienneté » requise pour prétendre au bénéfice de la convention. Il a jugé en outre que la durée préfixe de deux ans de cette période de consolidation, eu égard à l'objet des « contrats nouvelle embauche », qui est de réduire rapidement le chômage, était « raisonnable ».

Donnant son plein effet à la clause dérogatoire de l'article 2⁷⁸¹, le Conseil d'Etat a par là même écarté l'argumentation des organisations syndicales requérantes, en estimant que les articles 4 et 7 de la convention n° C158 n'étaient pas applicables.

La décision du Conseil d'Etat ne prive pas pour autant le salarié sous CNE de toute garantie en cas de licenciement au cours des deux premières années de son contrat. Elle prend le soin de préciser que le licenciement ne pourra pas être fondé sur un motif discriminatoire, comme par exemple ceux énumérés⁷⁸² de la convention⁷⁸³. Et, en tout état de cause, le salarié pourra toujours se prévaloir d'un abus de droit de la part de l'employeur devant le conseil de prud'hommes, sous le contrôle de la Cour de Cassation. Le Conseil d'État valide donc l'ordonnance créant le « contrat nouvel embauche » et renvoie à la CJUE la question de la compatibilité avec le droit de l'Union européenne de l'exclusion des salariés de moins de 26 ans du calcul de l'effectif du personnel des entreprises.

b) La décision de la Cour de Cassation relative au CNE, sur la base de la convention C158

Dans un arrêt⁷⁸⁴ rendu le 1er juillet 2008 précitée, la chambre sociale de la Cour de cassation a approuvé la décision de la cour d'appel de Paris ayant jugé le « contrat nouvelle Embauche » contraire aux dispositions de la Convention n° C158 de l'OIT.

Le contrat « nouvelle embauche » pouvait être conclu par les employeurs qui occupaient au plus vingt salariés. Ce contrat, d'une durée indéterminée, différait essentiellement du contrat de droit commun par

⁷⁸¹ Article 2 de la convention, *op. cit.*

⁷⁸² Article 5 de la convention, *op. cit.*

⁷⁸³ Affiliation à un syndicat, race, couleur, sexe, état matrimonial.

⁷⁸⁴ CCass, Soc, 1^{er} juillet 2008, n° 1210, Contrat Nouvel embauche.

des modalités spécifiques de rupture applicables pendant les deux premières années suivant sa conclusion. L'employeur pouvait ainsi y mettre fin par lettre recommandée non motivée, sans être tenu non plus de procéder à un entretien préalable. Sauf en cas de faute grave, le salarié avait en ce cas droit au versement d'une indemnité égale à 8 % du montant total de la rémunération due depuis la conclusion du contrat.

La compatibilité de ce contrat aux dispositions de la Convention n°C158 de l'OIT, qui est d'application directe en droit interne, avait été contestée devant les tribunaux.

Un travailleur ne peut être licencié sans motif valable lié à son aptitude ou à sa conduite⁷⁸⁵, ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise. La convention prévoit pour sa part que le licenciement ne peut intervenir avant qu'on ait offert au travailleur la possibilité de se défendre contre les allégations formulées⁷⁸⁶. Enfin, en vertu de l'article 9, le salarié ne doit pas avoir à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié.

La convention prévoit néanmoins qu'un pays membre de l'OIT peut exclure l'application de la convention aux travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et soit raisonnable⁷⁸⁷. Elle permet aussi d'exclure du bénéfice de la convention d'autres catégories limitées de travailleurs salariés pour des raisons tenant à des conditions d'emploi particulières, à la taille ou à la nature de l'entreprise⁷⁸⁸.

La chambre sociale de la Cour de Cassation a considéré en premier lieu que le « contrat nouvelle embauche » ne rentrait pas dans les catégories de contrats pour lesquelles il pouvait être dérogé au dispositif de protection de la convention. Elle a retenu à cet égard que le code du travail⁷⁸⁹ ne visait pas une catégorie limitée de salariés pour lesquels se poseraient des problèmes particuliers revêtant une certaine importance eu égard à la taille de l'entreprise, ne distinguait pas selon les fonctions occupées par les salariés et ne limitait pas, autrement que par un délai d'attente de trois mois, la possibilité d'engager de nouveau le même salarié par un contrat de nature identique à celui précédemment rompu par le même employeur.

Elle a ensuite estimé que le « contrat nouvelle embauche » ne satisfaisait pas aux exigences de la Convention dans la mesure où il écartait les dispositions générales relatives à la procédure préalable de licenciement, à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, à son énonciation et à son contrôle. Il privait ainsi le salarié du droit de se défendre préalablement à son licenciement et faisait exclusivement peser sur lui la charge de prouver le caractère abusif de la rupture.

⁷⁸⁵ Article 4 de la Convention n° C158 sur le licenciement, *op. cit.*, 1982, concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, entrée en vigueur le 23 novembre 1985.

⁷⁸⁶ Article 7 de la convention n° C158, *ibidem*.

⁷⁸⁷ Article 2, § 2, b, de la convention n° C158, *ibidem*.

⁷⁸⁸ Article 2, § 5 de la Convention n° C158, *ibidem*.

⁷⁸⁹ Article L. 1223-4 du Code du travail.

Elle en a déduit que la rupture d'un contrat « nouvelle embauche » demeurerait soumise aux règles d'ordre public du code du travail applicable à tout contrat de travail à durée indéterminée. Par conséquent, s'il n'est pas motivé, le licenciement d'un salarié embauché selon un contrat « nouvelle embauche » doit être considéré comme sans cause réelle et sérieuse.

Pour conclure, concernant l'applicabilité en France de la CSE, la France fait partie des deux seuls Etats ayant ratifié la CSE et acceptés l'ensemble des dispositions de la Partie II. Cependant, le régime du licenciement abusif est décrit dans l'article L1235-3 du Code du travail. Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis. Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9⁷⁹⁰

Toutefois, ce régime est remplacé par celui de l'article L1235-5 lorsque l'une au moins des deux conditions suivantes est remplie : le salarié a moins de deux ans d'ancienneté et l'entreprise occupe habituellement moins de 11 salariés.

La procédure de réclamations collectives du fait de son caractère quasi-juridictionnel a contribué à mieux faire connaître le Comité européen des droits sociaux à travers son travail d'interprétation de la Charte. Pour autant, les décisions du Comité n'ont pas de caractère contraignant ce qui amoindrit considérablement l'efficacité de son contrôle.

L'apport du droit international au niveau interne peut être mitigé : par la possibilité qui est donnée au le juge interne d'invoquer la Charte Internationale des Droits de l'Homme, et la transposition des conventions internationales au niveau interne, l'application des conventions de l'OIT et leurs récentes invocations devant les tribunaux français et, d'autre part, grâce au contrôle opéré par le Haut-commissariat des Nations Unies et la Commission des Droits de l'Homme, le Comité des Droits de l'Homme et le Conseil des Droits de l'Homme. A titre d'exemple, en 1997, la Commission des droits de l'homme a recommandé à la France de créer un « *mécanisme institutionnel pour recevoir et traiter les plaintes relatives aux droits de l'homme incluant toutes formes de discriminations agissant comme médiateur entre les parties et pouvant attribuer des compensations* »⁷⁹¹.

Bien que certain l'impact du droit international au niveau interne est loin d'égaliser celui du droit de l'Union de par son effet direct et sa primauté.

⁷⁹⁰ Article L1234-9 du Code du travail : « *Le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte une année d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement. Les modalités de calcul de cette indemnité sont fonction de la rémunération brute dont le salarié bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail. Ce taux et ces modalités sont déterminés par voie réglementaire.* »

⁷⁹¹ CLÉMENT (Pascal), Le projet de loi n° 1732 relative à la création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, Rapport, n° 1827, Assemblée Nationale, 28 septembre 2004, p. 7.

CHAPITRE II

L'INFLUENCE DETERMINANTE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE, RELATIF A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL, SUR LE DROIT INTERNE FRANCAIS

Le droit primaire et le droit dérivé comportent un ensemble de textes prohibant les discriminations. L'article 13 du traité instituant la communauté européenne permet ainsi au Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, de « *prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* »⁷⁹².

Les directives de l'Union européenne adoptées en matière de lutte contre les discriminations depuis les années 1970, reprenant des principes énoncés par la CJCE, s'étendent progressivement de l'égalité de traitement dans le monde du travail aux principaux domaines de la vie économique et sociale.

Selon le rapport de l'inspection générale des affaires sociales, « *L'impact de la législation européenne n'est évidemment qu'un des éléments qui ont contribué à porter cette question au centre des préoccupations politiques et sociales (...). Mais le rôle de l'Europe n'est pas négligeable, s'agissant de la mise en œuvre des dispositifs concrets issus du droit européen. Ainsi, avant même l'intervention de la législation européenne, le débat européen sur ces questions, (...) les échanges entre organisations non gouvernementales, entre partenaires sociaux, responsables politiques, administratifs, ont sans aucun doute contribué à faire évoluer la conception française de l'égalité (...)* »⁷⁹³.

Le cadre législatif français avait besoin d'être complété en matière de protection concrète contre les discriminations. A l'évidence, ces différentes normes européennes ajoutent une pierre supplémentaire à l'édifice juridique français, en faveur de la lutte contre les discriminations qui, s'est enrichi de plusieurs lois particulièrement emblématiques : loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations ; loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) ; loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ; loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des

⁷⁹² Le traité établissant une constitution pour l'Europe, signé le 29 octobre 2004 à Rome, mentionne en son article 2 le principe de non-discrimination parmi les valeurs sur lesquelles l'Union est fondée. En outre, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000, reprise par le traité, comporte un article 21 l'interdisant, de façon plus large que l'article 13 du TCE, « *toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ».

⁷⁹³ Voir p. 438 sur ces éléments historiques, le rapport annuel 2006 de l'IGAS (Inspection générale des affaires sociales (IGAS), consacré à la dimension européenne des politiques sociales « *Fondée sur l'héritage de la pensée libérale issue du XVIII^{ème} siècle, s'adresse d'abord à l'individu tout en manifestant une méfiance pour la reconnaissance institutionnelle de groupements intermédiaires, qu'il s'agisse des minorités ou des communautés.* (rapport thématique 6 : égalité de traitement et lutte contre les discriminations).

chances, loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit européen dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

La jurisprudence française a, sur plusieurs aspects, anticipé la législation, en reprenant notamment les évolutions de la jurisprudence européenne : partage de la charge de la preuve, adopté depuis 1995⁷⁹⁴ pour les discriminations sexuelles, en 1996⁷⁹⁵ pour les discriminations syndicales⁷⁹⁶ et en 2000 pour l'ensemble des discriminations.

En matière de discrimination sur les critères de la race ou l'origine ethnique, l'âge, la religion ou les convictions, l'orientation sexuelle et le handicap, le droit légiféré et le cadre institutionnel français ont fortement évolué ces dernières années sous l'impulsion des directives européennes 43⁷⁹⁷ et 78⁷⁹⁸ de 2000.

On verra ci-après que le droit de l'Union relatif à la non-discrimination liée au travail influe à des degrés variables, sur le droit interne dans le domaine normatif (I) ainsi que sur les voies de recours contre les discriminations liées au travail (II).

⁷⁹⁴ CCass. soc., 9 février 1989, Thibault, n° 86-42.492, (application de la convention collective nationale du travail des organismes de sécurité sociale : l'avancement au choix ne peut profiter qu'aux salariés avant au moins six mois de présence dans l'année de référence), CCass. soc., 28 mars 1995, n° 90-41.231, *Bull* n° 117, (la chambre sociale est revenue sur sa solution antérieure et a saisi la Cour de justice des communautés européennes d'une question préjudicielle sur la validité de la solution consistant à juger qu'un congé de maternité pouvait empêcher une femme du droit d'être notée et, par voie de conséquence, de pouvoir profiter d'une promotion professionnelle), *Droit social*, 1995, p. 1036, obs. Marie-Ange MOREAU. CJCE, 30 avril 1998, RJS 1998, n° 800 (CJCE a dit pour droit « *que les articles 2a § 3 et 5 § 1 de la directive du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail, s'opposaient à une réglementation nationale qui prive une femme du droit d'être notée, et par voie de conséquence, de pouvoir profiter d'une promotion professionnelle parce qu'elle a été absente de l'entreprise en raison d'un congé de maternité* »

CCass. soc., 16 juillet 1998, CNAVTS c/ Mme Thibault n° 90-41.231, *bull* n° 392 (la chambre sociale a donc tiré les conséquences de cette décision, en rejetant le pourvoi de la Caisse et en déclarant que la demanderesse « *ayant été privée, par suite d'une discrimination en considération de son sexe, d'une chance de promotion, le Conseil de prud'hommes a réparé le préjudice qu'elle avait subi* ») *Droit social*, 1998, p. 947, obs. Marie-Thérèse LANQUETIN.

⁷⁹⁵ Cass Soc., 29 octobre 1996, *Bull civ.*, V, n°359, *Droit social*, 1996, p. 1013.

LANQUETIN (Marie-Thérèse), Discriminations à raison du sexe, commentaire de la Directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas des discriminations à raison du sexe, *Droit Social*, n° 7/8, 1998, pp. 688-695. S'alignant sur la jurisprudence communautaire les principaux arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de Cassation à propos de l'égalité de rémunération sont les arrêts Danfoss, Enderby, Royal Copenhagen et Bilka.

⁷⁹⁶ Cass Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-45.258, *Bull. civ.* V, n° 126. Cette décision s'inscrit dans la lignée de la décision de la Cour de Cassation (CCass; Soc., 23 novembre 1999, *Bull. civ.*, V, n° 447), qui affirme que la preuve de la discrimination n'incombe pas au salarié, ce qui signifie implicitement que le doute profite au salarié(e) (Article L. 140-8 du Code du travail). Dans cet arrêt du 23 novembre 1999, il incombe à l'employeur d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères°objectifs°étrangers°à°toute discrimination°fondée°sur°le°sexe.

SENAC-SLAWINSKI (Réjane), L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'emploi : réflexions sur l'évolution récente du droit français, *Droit et Société*, n° 62, 2006, p. 75.

Ccass Soc., 4 juillet 2000, pourvoi n° 98-44.846 et 98-44.959, *Bulletin 2000 Voir* n° 263 p. 208, *Droit Social*, n° 9/10, 2000, p. 919.

⁷⁹⁷ Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *ibidem*.

⁷⁹⁸ Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOUE* L. 303-16 du 2 décembre 2000, *ibidem*.

I - L'INFLUENCE DU DROIT DE L'UE RELATIF A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL SUR LE DROIT INTERNE DANS LE DOMAINE NORMATIF : DES DEGRES VARIABLES DE TRANSPOSITION

Si les transpositions sont parfois lacunaires, elles sont surmontées par l'effet direct des directives non transposées (A), mais aussi par des correctifs législatifs allant parfois au-delà des requis de l'Union européenne (B).

A – DES TRANSPOSITIONS PARFOIS LACUNAIRES SURMONTEES PAR L'EFFET DIRECT DES DIRECTIVES NON TRANSPOSEES

En ce qui concerne les directives 2000/43 et 2000/78 respectivement du 29 juin et du 27 novembre 2000, la Commission européenne, ayant relevé des lacunes dans la transposition des directives citées, a engagé des procédures à l'encontre de la France : deux mises en demeure et un avis motivé. La France avait un délai de deux mois pour une mise en conformité de son droit interne, avec les règles européennes⁷⁹⁹.

La transposition de ces directives s'est effectuée soit par le biais de lois : ce fut l'objet principal⁸⁰⁰; ou par le biais de dispositions spécifiques au sein de lois ayant un objet plus large⁸⁰¹.

Au 2 décembre 2003, date butoir des transpositions en droit national, la France était dans les délais pour l'intégration de la majeure partie du cadre de l'Union européenne de lutte contre les discriminations. Elle avait signalé à la Commission européenne qu'elle utiliserait les trois années supplémentaires prévues par la directive 2000/78 pour la transposition des dispositions relatives aux discriminations liées à l'âge dans la fonction publique et au handicap⁸⁰². Fin juin 2007, la Commission européenne a enjoint notamment à la France d'achever entièrement la transposition des directives sur certains points précis encore incomplètement traités⁸⁰³. Le législateur français a répondu à cette demande par la loi du 27 mai 2008⁸⁰⁴.

⁷⁹⁹ La Commission pouvant saisir la CJCE au terme de ce délai.

⁸⁰⁰ Loi 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *JORF* n° 267 du 17 novembre 2001, p. 18311. Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *JORF* n° 0304 du 31 décembre 2004, p. 22567.

⁸⁰¹ Loi n° 2002-73 de modernisation sociale du 17 janvier 2002, *op. cit.* ; loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des chances la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *op. cit.* ; loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit de l'union à la fonction publique, *JORF* du 27 juillet 2005, p. 12183.

⁸⁰² Un avis motivé et deux mises en demeure adressées à la France par la Commission européenne pour ne pas avoir transposé correctement trois directives communautaires dans le délai imparti. La Commission reprochait notamment à la France l'absence de définition de la discrimination en matière d'emploi et de travail car le code du travail tout en y faisant référence à la notion, ne la définissait pas.

⁸⁰³ ses.ens-lyon.fr/.../com.univ.collaboratif.utils.LectureFichiergw?

⁸⁰⁴ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'union dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *ibidem*.

En termes de contenu, que ce soit pour l'extension de la liste des critères discriminatoires, l'extension des secteurs couverts, le partage de la charge de la preuve, ou la qualification de discrimination indirecte, entre autres exemples, l'adoption des textes nécessaires s'est finalement faite de manière consensuelle⁸⁰⁵. Une partie des mesures de ces directives a été transposée, par diverses lois entre 2001 et 2006 notamment, cependant plusieurs dispositions n'ayant pas été transposées dans les délais, une compensation a été opérée (1). En outre, certaines dispositions de la directives 2002-73 ont été partiellement transposées (2).

1/ Des dispositions non transposées : une compensation opérée par le Conseil d'Etat

Les États membres de l'Union disposaient d'un délai de trois ans pour modifier leur droit interne, et transposer les outils juridiques proposés. Or on constate que la mise en place de l'organe indépendant préconisé par la directive 2000/43 précitée a été difficile (a). Cependant le Conseil d'Etat a décidé de l'effet direct des dispositions non transposées à travers l'arrêt *Madame Perreux* (b).

a) Une difficile mise en place de l'organe indépendant préconisé par la directive 2000/43

La disposition la moins consensuelle aura été la mise en place de l'organe indépendant préconisé par la directive 2000/43⁸⁰⁶. Le GELD⁸⁰⁷, créé en 1999, n'était pas doté de pouvoirs indépendants satisfaisants en matière d'accompagnement juridique des plaignants. Bien que la France se soit engagée à régler ce point avant l'échéance de « clôture » des transpositions à la fin de l'année 2003, l'intégration réelle de cette disposition n'a eu lieu qu'en 2004, par la loi du 30 décembre⁸⁰⁸ créant l'ex Halde. Cet organe indépendant, dont le statut a suscité certains débats, concernant les limites et l'organisation de ses pouvoirs vis-à-vis du système juridictionnel classique⁸⁰⁹, a été remplacé par le Défenseur des Droits⁸¹⁰. Le champ de compétence du Défenseur des droits, étendu à la protection des droits et libertés, comprend incontestablement la lutte contre les discriminations. La prégnance des discriminations, que les cinq années d'activité de la HALDE ont confirmée, justifie que cette mission soit confiée à la nouvelle

⁸⁰⁵ IDM (International society for Diversity Management), *Rapport d'information nationale pour la France : Formations anti-discrimination et diversité*, ISM-Corum, rapport, mai 2008, p. 29.

⁸⁰⁶ Article 13 de la Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *ibidem*.

⁸⁰⁷ Groupement d'Etude et de Lutte contre les Discriminations.

⁸⁰⁸ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, créant la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde), *op. cit.*

⁸⁰⁹ Aujourd'hui, la HALDE n'existe plus, elle a été remplacée par le Défenseur des droits. Seulement, le Défenseur des droits exerce d'autres missions que la lutte contre les discriminations, puisqu'il a également remplacé d'autres institutions telles que le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants.

⁸¹⁰ Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits, *JORF* n° 0075 du 30 mars 2011, p. 5504.

autorité constitutionnelle, qui pourra donner à la lutte contre les discriminations une plus grande visibilité et un retentissement plus important⁸¹¹.

Cette compétence du Défenseur des droits lui donne la possibilité, dans ce domaine, d'examiner les réclamations mettant en cause des personnes privées ou des personnes morales⁸¹².

Le Défenseur des droits serait donc compétent pour connaître de toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié par la France.

En outre, tout comme la HALDE, le Défenseur pourrait être saisi à ce titre par une association, conjointement avec la personne qui s'estime victime d'une discrimination.

La médiation⁸¹³ caractérise la dénomination du Médiateur⁸¹⁴ de la République. Elle est mentionnée explicitement dans le statut de la HALDE. Elle constitue également un aspect central de l'action du Défenseur des Droits. Le Défenseur aura donc la possibilité de procéder à la résolution amiable des différends qui lui sont signalés.

b) L'effet direct des dispositions non transposées : l'Arrêt Madame Perreux

La discrimination indirecte est mentionnée dans la loi mais non définie. De même, Le harcèlement est pénalisé, mais n'est pas considéré comme pouvant être une forme de discrimination⁸¹⁵ ; l'injonction à la discrimination⁸¹⁶ n'est pas considérée comme une discrimination ni dans le code du travail, ni dans le code pénal⁸¹⁷.

Les associations dont la mission est d'accompagner les victimes de discrimination n'ont pas la possibilité d'intervenir aux côtés des victimes devant le tribunal administratif, si la victime est un agent de la fonction publique⁸¹⁸.

⁸¹¹ Le Défenseur des droits est chargé de quatre grandes missions correspondant aux institutions qu'il regroupe. En conséquence et par cohérence, la loi ordinaire du 29 mars 2011 a abrogé les textes législatifs qui avaient institué le Médiateur de la République (loi du 3 janvier 1973), le Défenseur des enfants (loi du 6 mars 2000), la Commission nationale de déontologie de la sécurité (loi du 6 juin 2000) et la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (loi du 30 décembre 2004).

⁸¹² Article 4 de la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011, *op. cit.*

⁸¹³ Article 21 bis de la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011, *ibidem.*

⁸¹⁴ Le Défenseur des droits est chargé de la mission de médiateur de la République en matière de défense des droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public.

⁸¹⁵ DINI (Muguette), *Adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, Rapport, n° 253, Sénat, 2 avril 2008, p. 13.

⁸¹⁶ C'est-à-dire tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination.

⁸¹⁷ L'article 121-7 du code pénal dispose en effet « *est complice d'un crime ou d'un délit, la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre* ».

⁸¹⁸ Inter-LGBT, *Projet portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations* : position de l'Inter LGBT, p. 1, 4 p. http://www.interlgbt.org/IMG/pdf_080208_Position_Inter-LGBT_loi_de_transposition.pdf

Article 9 (défenseur des droits) de la Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *ibidem.*

L'aménagement de la charge de la preuve prévu pour les salariés du privé n'a pas été ouvert aux agents de la fonction publique⁸¹⁹. Enfin, s'agissant de la protection contre les rétorsions (article 11), les agents de la fonction publique ne bénéficient pas de cette protection, réservée aux salariés du privé.

D'autres articles, qui concernent les politiques publiques des États sont également partiellement traduites en droit interne. Ainsi, en matière de diffusion de l'information (article 12), de dialogue social (article 13) et de dialogue avec les ONG (article 14), la France est en deçà des obligations qui sont les siennes⁸²⁰. Les conditions d'examen du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre les discriminations⁸²¹, en sont une illustration malheureusement spectaculaire. Le texte n'a fait l'objet d'aucune concertation, ni avec les syndicats, ni avec les associations, tant dans la préparation du projet de loi par le gouvernement que lors de son examen par la Commission des affaires culturelles et sociales de l'Assemblée nationale. Cette absence de dialogue contrevient aux obligations pourtant explicites de la directive⁸²².

La Commission européenne a adressé un avis à l'État français, (première étape d'une procédure) qui, si les réponses données ne la satisfont pas, peut conduire la Commission à saisir la CJUE⁸²³.

Néanmoins le Conseil d'Etat a jugé de l'effet direct d'une disposition non transposée à travers l'arrêt *Madame Perreux*. La formule du Conseil d'État est limpide : « *Tout justiciable a le droit de se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif réglementaire, des dispositions d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris dans les délais impartis, les mesures de transposition nécessaires* »⁸²⁴.

A l'occasion de l'affaire *Madame Perreux*, le Conseil d'Etat sonne le glas de la jurisprudence *Cohn-Bendit*⁸²⁵ en reconnaissant à tout justiciable le droit de se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires.

⁸¹⁹ Article 10 (aménagement de la charge de la preuve prévu pour les salariés du privé) de la Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, *ibidem*.

⁸²⁰ Inter-LGBT, *Projet portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : position de l'Inter-LGBT*, *op. cit.*

⁸²¹ Projet de loi, 26 mars 2008, n° 241, Sénat.

⁸²² A savoir : « *Ils (les Etats) prennent également les mesures appropriées afin de favoriser le dialogue entre les partenaires sociaux et d'encourager le dialogue avec les organisations non gouvernementales* ».

⁸²³ Dans la communication qu'elle a adressée aux États membres, la Commission européenne avance en partie les lacunes de transposition : « *Définition incorrecte de la discrimination directe et indirecte et du harcèlement ; Interdiction de l'injonction à discriminer trop restrictive ; Pas de prohibition de discrimination dans l'accès au travail indépendant et pour ce qui est des organisations professionnelles ; Limitation du droit des entités intéressées (notamment associations) à ester en justice pour défendre les victimes de discrimination ; Sanction insuffisante des mesures de rétorsion autres que le licenciement.* »

⁸²⁴ CE, Ass., 30 octobre 2009, Mme Perreux, n° 298348, *Rec. Lebon*. SLAMA (Serge), *Actualités droits-libertés*, 2 novembre 2009, *op. cit.*

⁸²⁵ CE Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, n°11604, *Rec. Lebon*, p. 524.

Dans cette affaire, Madame PERREUX, magistrate mais également présidente du syndicat des magistrats, s'était portée candidate à un poste de chargée de formation à l'Ecole nationale de la magistrature. Cette nomination lui a été refusée⁸²⁶.

Par une requête en date du 24 octobre 2006, Madame PERREUX demande au Conseil d'Etat l'annulation de cet arrêté, en invoquant le bénéfice des règles relatives au partage de la charge de la preuve⁸²⁷.

La directive 2000/78/CE n'ayant été transposée que de manière générale⁸²⁸, le Conseil d'Etat se saisit d'office du moyen portant sur l'absence de transposition de l'article 10 de la directive, et profite de cette occasion pour abandonner la jurisprudence *Cohn-Bendit*⁸²⁹ en reconnaissant l'effet direct des dispositions inconditionnelles et précises des directives passé le délai de transposition et en définissant des modalités spécifiques d'administration de la preuve lorsqu'il est allégué qu'une décision est empreinte de discrimination. La loi du 23 mars 2003, transpose partiellement la directive 2002-73.

2/ Des dispositions partiellement transposées : la directive 2002-73

Si certaines dispositions de la directive 2002-73/CE ne sont pas transposées (a), l'égalité de traitement se trouve renforcée en droit interne (b).

a) Les éléments non transposés

Alors que la France pensait avoir satisfait aux exigences de transposition de la 2002/73/CE, la Commission formule un certain nombre de griefs contre la France, considérant que son droit positif ne reflète pas assez fidèlement le dispositif de cette directive, dans sa mise en demeure du 21 mars 2007⁸³⁰ portant sur la transposition de la directive 2002/73/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi.

Les dispositions du code du travail correspondent dans une large mesure aux exigences de l'Union européenne. Tout au plus la notion de conditions d'emploi et de travail n'apparaît-elle pas expressément.

⁸²⁶ Arrêté du 29 août 2006 portant nomination (Ecole nationale de la magistrature), *JORF* du 8 septembre 2006. Par arrêté du garde des sceaux, Ministre de la justice, en date du 29 août 2006, Mme Florence Schmidt-Pariset, magistrate du premier grade, est nommée sous-directrice du département international de l'Ecole nationale de la magistrature à compter du 1er septembre 2006. Nomination à sa place d'une autre magistrate.

⁸²⁷ Article 10 de la Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*ibidem*), dont le délai de transposition expirait le 2 décembre 2003, soit antérieurement à l'arrêté litigieux.

⁸²⁸ Article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *ibidem*.

⁸²⁹ CE Ass., 22 décembre 1978, Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit, n°11604, *op. cit.*

⁸³⁰ La Commission formule un certain nombre de griefs contre la France, considérant que son droit positif ne reflète pas assez fidèlement le dispositif des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. Quant au délai de transposition de la directive 2004/113/CE (*op. cit.*), il avait expiré le 21 décembre 2007, et celui de la transposition de la directive 2006/54/CE, le 15 août 2008 alors que la loi de transposition datait du 27 mai 2008.

En outre, si la liberté d'adhésion à un syndicat est garantie, une certaine ambiguïté subsiste s'agissant plus généralement de toute autre organisation professionnelle⁸³¹.

Mais c'est surtout l'ouverture de possibilités de dérogations au principe de l'interdiction des discriminations qui est susceptible de poser certaines difficultés, selon la Commission européenne⁸³².

En effet, le code du travail⁸³³ permet une dérogation au principe de l'égalité de traitement lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle. Cette condition correspond peu ou prou à la notion d'« *exigence professionnelle véritable (ou essentielle) et déterminante* ». En revanche, il ne prévoit pas l'autre condition, cumulative, à savoir la présence d'un objectif légitime et d'une exigence proportionnée. Pour la Commission, « *la législation nationale, en n'exigeant pas le critère de la légitimité de l'objectif et de la proportionnalité de l'exigence est plus large que ce que permet la directive, ce qui peut avoir pour effet de ne pas qualifier comme discrimination des situations qui le seraient à la lumière de la directive* »⁸³⁴.

La Commission a considéré que la directive n'était pas transposée pour les travailleurs non-salariés⁸³⁵.

Par ailleurs, en droit français, l'injonction à discriminer n'est pas explicitement qualifiée de discrimination.

La loi française permet d'atteindre le résultat recherché par la directive, puisqu'une personne qui enjoint à quelqu'un de pratiquer une discrimination est passible de la même peine que l'auteur de la discrimination. L'article 121-7 du code pénal dispose en effet qu'« *est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre.* »⁸³⁶.

b) L'égalité de traitement renforcée, en vertu de la directive 2002-73

La loi du 23 mars 2006⁸³⁷ vise à encourager les entreprises et les branches à ouvrir des négociations en vue de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes. En matière de

⁸³¹ Organisées en lobby qui représente et défend les intérêts d'un groupe donné en exerçant des pressions ou influences sur des personnes ou institutions détentrices de pouvoirs.

⁸³² La Commission estime que la possibilité de dérogation prévue à l'article L. 123-1 du code du travail ne remplit pas tous les critères prévus par la directive.

⁸³³ Article L.123-1 du code du travail relatif aux différences de traitement.

⁸³⁴ VASSEUR (Isabelle), *Adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, Rapport, Assemblée Nationale, n° 695, 6 février 2008, p 33.

⁸³⁵ VASSEUR (Isabelle), *Adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, Rapport, *ibidem*, p 43.

⁸³⁶ Article 121-7 du code pénal. En outre, l'article L. 122-51 du code du travail impose au chef d'entreprise de prendre toute disposition nécessaire en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral.

⁸³⁷ Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, *ibidem*.

discriminations fondées sur le sexe, on peut constater que le régime d'interdiction en droit interne est déjà très détaillé et extensif⁸³⁸, conformément au droit de l'Union européenne⁸³⁹.

L'article L. 122-45 du code du travail dispose qu'« aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 140-2, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de (...) son sexe »⁸⁴⁰.

En outre, aux termes de l'article L. 123-1 du même code, « sous réserve des dispositions particulières du [code du travail] et sauf si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle, nul ne peut : a) mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi, quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé, ou dans toute autre forme de publicité relative à une embauche, le sexe ou la situation de famille du candidat recherché ; b) refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse ou sur la base de critères de choix différents selon le sexe, la situation de famille ou la grossesse ; c) prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation »⁸⁴¹.

En application de cet article, l'article R. 123-1, le même code dispose que les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants : les artistes ; les mannequins chargés de présenter des vêtements et des accessoires ; les modèles masculins et féminins⁸⁴². De même, l'article L. 411-5 du même code dispose que « tout salarié, quels que soient son sexe, son âge, sa nationalité, peut librement adhérer au syndicat professionnel de son choix »⁸⁴³.

Enfin, en ce qui concerne la fonction publique, l'article 6 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires prévoit de manière générale qu'« aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leur sexe »⁸⁴⁴. De plus, selon son article 8, « le

⁸³⁸ L'Article L. 122-45, L. 123-1 et L. 411-5 du code du travail, en ce qui concerne la fonction publique, l'article 6 bis de la loi du 13 juillet 1983, *op. cit.*

⁸³⁹ Directive n° 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, *ibidem*.

⁸⁴⁰ Article L. 122-45 du code du travail.

⁸⁴¹ Article L. 123-1 du code du travail.

⁸⁴² Article R. 123-1 du code du travail.

⁸⁴³ Article L. 411-5 du code du travail.

⁸⁴⁴ Article 6 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *ibidem*.

droit syndical est garanti aux fonctionnaires. Les intéressés peuvent librement créer des organisations syndicales, y adhérer et exercer des mandats »⁸⁴⁵.

« *La Commission européenne constate que la possibilité de dérogation prévue à l'article L. 123-1 est trop large par rapport au droit de l'Union européenne. La dérogation est en effet ouverte aux cas particuliers pour lesquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle*⁸⁴⁶. Or, la directive 2002/73 mentionne deux conditions supplémentaires : l'objectif légitime et l'exigence proportionnée »⁸⁴⁷.

B – DES CORRECTIFS LEGISLATIFS QUI VONT PARFOIS AU DELA DES REQUIS DE L'UNION EUROPÉENNE

La transposition des directives 2000/43 et 2000/78 ayant été parfois lacunaire, la législation française a opéré une compensation (1), et étendu les critères discriminatoires (2).

1/ Une compensation opérée par la loi interne

Au sein du périmètre des directives 2000/43 et 2000/78, les apports de la loi du 16 novembre 2001 sont très larges. Ils traduisent l'interdiction générale des discriminations (a). De plus, entre 2004 et 2006, une législation abondante traduit ces deux directives en droit interne (b).

a) Une interdiction des discriminations à travers la loi du 16 décembre 2001

La loi du 16 novembre 2001⁸⁴⁸ concerne essentiellement le domaine de l'emploi et du travail. La loi est venue notamment modifier le code du travail pour le secteur privé et celui de l'économie sociale, ainsi que la loi de juillet 1983⁸⁴⁹ pour le secteur public.

La loi de novembre 2001 introduit, dans ces deux textes, les motifs discriminatoires de « l'orientation sexuelle » et de « l'âge ». Elle précise, dans les deux textes⁸⁵⁰, les conditions autorisant une distinction fondée sur l'âge⁸⁵¹. Au rang des critères pouvant être liés à l'origine, elle introduit dans ces deux textes « l'apparence physique » et le « patronyme ». Elle les introduit également dans le code pénal, qui condamne toute discrimination dans l'accès et dans la fourniture des biens et des services⁸⁵². Enfin, sur les cinq critères prohibés par les directives de 2000, la loi de 2001 interdit les discriminations dans

⁸⁴⁵ Article 8 du code du travail.

⁸⁴⁶ DINI (Muguette), *Adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, Rapport, n° 253, 2007-2008, avril 2008, Sénat, *op. cit.*, p. 18.

⁸⁴⁷ Article 2 de la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, *ibidem*.

⁸⁴⁸ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *op. cit.*

⁸⁴⁹ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *ibidem*.

⁸⁵⁰ Le code du travail pour le secteur privé et celui de l'économie sociale et la loi de juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, pour le secteur public.

⁸⁵¹ Article L1132-1 du code du travail et Article 6 de la loi du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, *ibidem*.

⁸⁵² Article 225-3 du code pénal.

l'accès aux stages et aux formations en entreprise⁸⁵³, dans l'accès à l'emploi et dans tout élément de la vie salariée⁸⁵⁴.

En outre, elle consacre, sur tous les critères, les qualifications de discrimination directe et indirecte, dans le code du travail et dans la loi du 13 juillet 1983 pour la fonction publique. La loi de 2001 consacre dans le code du travail, sur tous les critères, le partage de la charge de la preuve devant la juridiction civile : le candidat ou le salarié doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination⁸⁵⁵. La partie défenderesse doit prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Cette loi introduit dans le code du travail la capacité des syndicats et des associations⁸⁵⁶ à ester en justice pour discrimination en lieu et place du candidat ou du salarié concerné, dès lors que celui-ci ne s'y oppose pas ou donne son accord écrit⁸⁵⁷ ; elle introduit dans le code du travail, et dans la loi du 13 juillet 1983⁸⁵⁸ pour la fonction publique, des dispositions de protection des plaignants et des témoins contre les rétorsions ; elle étend les pouvoirs d'enquête des inspecteurs du travail en matière de discrimination; introduit dans le code du travail des mesures incitant les partenaires sociaux à conclure des conventions collectives s'assurant de l'égalité de traitement entre les salariés sans distinction de race ou d'origine ethnique⁸⁵⁹.

b) Une législation abondante entre 2004 et 2006 en réponse aux directives 2000/43 et 2000/78

Créée en 2004, la HALDE (aujourd'hui défenseur des droits) met pleinement la France en conformité avec l'article 13 TCE et la directive 2000/43.

En effet, elle est compétente pour traiter de toutes les discriminations directes ou indirectes prohibées en droit français⁸⁶⁰, notamment sur tous les domaines et les critères des directives 2000. Cette loi lui confère des pouvoirs et des missions de conseil, d'assistance juridique et d'investigation en faveur de toute personne qui estime subir une discrimination, et qui peut directement et librement avoir recours à la HALDE. Elle lui confère également des missions de recherche, de sensibilisation, d'appui à la formation,

⁸⁵³ Code du travail et code pénal.

⁸⁵⁴ Le Code du travail et la loi du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, *op. cit.*

⁸⁵⁵ CCass. soc., 23 novembre 1999, *bull.civ. n°447 DS 2000*. Les juges avaient décidé que lorsque la partie demanderesse qui se prétendait lésée par une mesure discriminatoire « *n'était pas en mesure de rapporter la preuve d'exemples précis de comparaison puisqu'elle ne dispose, en qualité de salarié, d'aucune information concernant la classification ou la rémunération de ses collègues masculins et féminins (...) il lui appartenait (...) de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes et il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation, ou la différence de rémunération constatée, est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* ».

⁸⁵⁶ Associations de plus de cinq ans.

⁸⁵⁷ Article L1134-2 du code du travail.

⁸⁵⁸ Article 6 de la loi du 13 juillet 1983, *op. cit.*

⁸⁵⁹ Titre IV, Chapitre V du code du travail : Instances concourant à l'égalité professionnelle.

⁸⁶⁰ Le Défenseur des Droits a établi une liste de 20 critères de discrimination prohibés par la loi (L'âge, l'apparence physique, l'appartenance ou non à une ethnique, l'appartenance ou non à une nation, l'appartenance ou non à une race, l'appartenance ou non à une religion déterminée, l'état de santé, l'identité sexuelle, l'orientation sexuelle, la grossesse, la situation de famille, le handicap, le patronyme, le sexe, les activités syndicales, les caractéristiques génétiques, les mœurs, les opinions politiques, L'origine, le lieu de résidence.

de diffusion des bonnes pratiques et de promotion de l'égalité dans tous les domaines ; de consultation, d'observation et de recommandation, notamment auprès des pouvoirs publics et des juridictions⁸⁶¹.

La loi du 30 décembre 2004 relative à la Halde, a en même temps étendu les domaines couverts par la condamnation de la discrimination raciale en France en achevant la transposition de la directive 2000/43/CE. Elle affirme le droit à un traitement égal sans distinction de race ou d'origine : en matière d'accès à l'emploi, d'emploi et de travail indépendants ou non-salariés ; en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par celle-ci⁸⁶².

En tous ces domaines, la loi de décembre 2004 consacre la procédure du partage de la charge de la preuve devant la juridiction civile, en matière de discrimination directe ou indirecte. Elle crée enfin un nouveau service d'accueil téléphonique qui recueille les appels des personnes estimant avoir été l'objet d'une discrimination. Il répond aux demandes d'information sur les discriminations et sur les conditions de saisine de l'ex HALDE. L'affichage de ce numéro est obligatoire dans de nombreux établissements⁸⁶³.

La loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées⁸⁶⁴, affirme les moyens d'une égalité réelle et concrète pour ces personnes discriminées (accessibilité, droit à compensation, droit à participation) dans tous les domaines de la vie en société⁸⁶⁵. En matière d'emploi elle dispose que les employeurs doivent prévoir des aménagements raisonnables pour les travailleurs handicapés, pour autant que les coûts n'en soient pas disproportionnés ; que des dispositions spéciales peuvent être prises pour permettre à des candidats handicapés de présenter les examens d'entrée de la fonction publique⁸⁶⁶. La loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit de l'Union européenne à la fonction publique⁸⁶⁷, introduit plusieurs dispositions nouvelles dans le droit de la fonction publique. Un premier volet concerne les conditions d'accès à la fonction publique et pose l'extension de l'inopposabilité des conditions d'âge et de diplôme⁸⁶⁸. Un second volet porte sur l'aménagement des carrières des fonctionnaires, et renforce les moyens de lutte contre les discriminations en ce qui concerne la formation professionnelle et les conditions de travail⁸⁶⁹.

⁸⁶¹ STASI (Bernard), *Vers la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Rapport au Premier ministre, Collection des rapports officiels, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 45-64.

⁸⁶² ses.ens-lyon.fr/.../com.univ.collaboratif.utils.LectureFichiergw?

⁸⁶³ Les établissements mentionnés à l'article L 3111-1 du code du travail ainsi que dans les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les EPA, les organismes de sécurité sociale et autres organismes gérant un SPA.

⁸⁶⁴ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *ibidem*.

⁸⁶⁵ Titre VI : Citoyenneté et participation à la vie sociale, de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *ibidem*.

⁸⁶⁶ Article 77 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *ibidem*.

⁸⁶⁷ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *op. cit.*

⁸⁶⁸ Article premier de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 (*ibidem*). Article 8 Loi n° 75-3 du 3 janvier 1975 portant diverses améliorations et simplifications en matière de pensions ou allocations des conjoints survivants, des mères de famille et des personnes âgées, *JORF* du 4 janvier 1975, p. 198.

⁸⁶⁹ IDM (International society for Diversity Management), *Rapport d'information nationale pour la France*, *op. cit.*, p. 31.

La loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances⁸⁷⁰ intègre des mesures contre les discriminations et pour l'égalité des chances par un renforcement des pouvoirs de l'ex HALDE (Enquêteurs assermentés, amendes transactionnelles) ; par la création de l'ACSE (Agence nationale pour la Cohésion Sociale et l'Égalité des chances) ; par la consécration du test de discrimination (testing) comme mode de preuve pénale⁸⁷¹.

2/ Des critères discriminatoires plus étendus en droit interne

Si les secteurs couverts par la condamnation des discriminations sont globalement les mêmes, les critères discriminatoires vont au-delà des requis préconisés par la directive 2000/43 (a), avec de surcroît, un développement positif du cadre formel de condamnation des discriminations (b).

a) Des dispositions allant au-delà des requis de la directive 2000/43

Le critère de la race ou de l'origine ethnique est pointé de multiples façons en droit interne : « origine », « apparence physique », « nom de famille », « appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie (une nation) ou une race »⁸⁷². De même, au-delà du « handicap », sont visés les critères de « l'état de santé » et des « caractéristiques génétiques ». À côté du critère de la « religion » et des « convictions » (religieuses), les codes français mentionnent également les « opinions politiques » et les « activités syndicales ou mutualistes »⁸⁷³. Enfin, le droit français reprend systématiquement les critères du « sexe », de « situation de famille » et de « grossesse », qui sont traités des directives européennes autres que celles de 2000⁸⁷⁴.

⁸⁷⁰ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, *ibidem*.

⁸⁷¹ On constate qu'avant la consécration du testing par la Cour de cassation le 11 juin 2002 et par la loi 2006-396 du 31 mars 2006 sur l'égalité des chances, la jurisprudence les a le plus souvent écartés pour insuffisance de preuve.

⁸⁷² Article 225-1 du code pénal, modifié par la loi de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, *JORF* n° 0045 du 22 février 2014, p. 3138 (Article 15).

⁸⁷³ Article L. 1132-1 du code du travail.

⁸⁷⁴ HUMMEL (Christiane), *Rapport d'information au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi n° 241 (2007-2008) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, n° 352, Sénat, p. 16. « Le code du travail comporte plusieurs dispositions qui prohibent les discriminations directes ou indirectes fondées sur un certain nombre de motifs prohibés, mais il ne s'attache pas, en l'état actuel des choses, à définir explicitement ces notions. S'inscrivant dans une section du code consacrée à la lutte contre les discriminations, l'article L.122-45 pose le principe qu'aucune personne ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison d'un certain nombre de motifs prohibés, et notamment de son sexe, de sa situation de famille ou de sa grossesse. Dans un autre chapitre du code, plus spécialement consacré à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'article L.123-1 prohibe toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, la situation de famille ou la grossesse dans le recrutement, la formation et, d'une façon générale, dans le déroulement de carrière d'un salarié. D'autres textes font également référence à ces notions ou à des notions voisines. Ainsi, par exemple, si la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ne mentionne pas la notion de discrimination, elle prohibe cependant, dans son article 6 bis, toute distinction directe ou indirecte entre les fonctionnaires en raison de leur sexe ».

De même, la loi de décembre 2004 donne à la Haute autorité *de* lutte contre *les* discriminations et pour l'égalité des compétences et des pouvoirs plus larges⁸⁷⁵ que ceux que réclamait la directive 2000/43. Elle a étendu les domaines couverts au-delà de l'emploi et par la condamnation de la discrimination raciale en France, en achevant la transposition de la directive 2000/43. Elle affirme le droit de tous à un traitement égal sans distinction de race ou d'origine en matière d'accès à l'emploi, d'emploi et de travail indépendant ou non salarié ; en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et aux services, de fourniture de biens et de services, d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par celle-ci. En tous ces domaines, la loi de décembre 2004 consacre la procédure du partage de la charge de la preuve devant la juridiction civile, en matière de discrimination directe ou indirecte⁸⁷⁶.

b) Un développement positif du cadre formel de condamnation des discriminations

La situation française est régulièrement examinée par des observatoires officiels de dimension européenne, comme l'ECRI ou l'EUMC⁸⁷⁷. Elle est aussi évaluée par les comités de suivi de l'application des conventions internationales ratifiées par la France, comme le CEDEF⁸⁷⁸ ou le CERD⁸⁷⁹. Ces différentes instances soulignent le développement positif du cadre formel de condamnation des discriminations en France dans la période récente, tout en attirant l'attention sur divers points où les progrès restent lents en pratique, comme, entre autres exemples, la vigilance des forces de l'ordre et du système judiciaire en matière discriminatoire, la persistance des discriminations entre hommes et femmes dans l'accès aux positions de pouvoir, la double discrimination des femmes immigrées⁸⁸⁰, les discriminations envers les « gens du voyage », le traitement discriminatoire des anciens combattants

⁸⁷⁵ En effet, la Halde était compétente pour traiter de toutes les discriminations directes ou indirectes prohibées en droit français, donc notamment sur tous les domaines et les critères des directives 43 et 78 de 2000 mais aussi des pouvoirs et des missions de conseil, d'assistance juridique et d'investigation, en faveur de toute personne qui estime subir une discrimination, et qui peut directement et librement avoir recours à la Halde.

⁸⁷⁶ Article L.1134-1 du Code du travail.

⁸⁷⁷ devenu l'Agence des droits fondamentaux.

⁸⁷⁸ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

⁸⁷⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale.

⁸⁸⁰ MEURS (Dominique), PAILHÉ (Ariane), Position sur le marché du travail des descendants directs d'immigrés en France : les femmes doublement désavantagées ?, *Economie et statistique*, n° 431-432, 2010, p. 129. Les études s'intéressant directement aux effets croisement des variables genre et origine ethnique ou raciale sont plutôt rares, au regard de la production, surabondante sur les discriminations à raison de l'origine ethnique : on relèvera ici celle de LANQUETIN (Marie-Thérèse), dans *La double discrimination à raison du sexe et de l'origine ethnique, approche juridique*, (*ibidem*) réalisée en 2000 pour le compte du Service des Droits des Femmes et du FASILD ainsi que le séminaire FASILD *Emploi et discriminations des femmes d'origine étrangère en France* animé, en 2002, par Laurence ROULLEAU-BERGER (Directrice de recherche au CNRS).

n'ayant pas la nationalité française⁸⁸¹, etc. Les pouvoirs publics français essaient d'apporter des réponses, telles que la révision du régime des anciens combattants⁸⁸², ou d'autres actions spécifiques.

Le problème des discriminations est de plus en plus connu et reconnu en France même, où il fait régulièrement, ces dernières années, l'objet de rapports publics, de sondages d'opinions (à la demande de la CNCDH par exemple), d'études officielles. Une des dernières en date est l'enquête nationale par testing sur les discriminations à l'embauche à raison de l'origine, commandée par le Ministère de l'Emploi et conduite sous l'égide du Bureau International du Travail⁸⁸³.

Dans le cadre des rapports internationaux évoqués, il est parfois recommandé à la France d'affiner ses outils de mesure des discriminations. Des outils, y compris statistiques, sont développés en France, mais qui ne réclament pas de recenser toute la population en catégories ethniques ou raciales⁸⁸⁴. Ce point est source de débats ces dernières années⁸⁸⁵. Par ailleurs, la Constitution française ne permet aujourd'hui aucune forme de mesures préférentielles dont les personnes bénéficieraient selon leurs origines. Des actions positives sont en revanche appliquées à des territoires où l'on enregistre une surreprésentation de résidents étrangers⁸⁸⁶.

En conclusion, il semble important de souligner que l'action positive, tirée du droit de l'Union Européenne, constitue un élément fondamental de lutte contre les discriminations liées au travail.

En effet, sur la base des deux directives 2000/43 et 2000/78 notamment, le droit français autorise la mise en place de « politiques concrètes d'actions positives » : l'article L. 1133-4 du code du travail précise que « *les mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement (...) ne constituent pas une discrimination* ». Les accords de branche contiennent également des clauses sur « *l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la suppression des écarts de rémunération et les mesures tendant à remédier aux inégalités constatées* »⁸⁸⁷.

⁸⁸¹ IDM (International society for Diversity Management), *Rapport d'information nationale pour la France : Formations anti-discrimination et diversité*, ISM-Corum, mai 2008, *ibidem*, p. 32.

⁸⁸² Cour des comptes, *La décrystallisation des pensions des anciens combattants issus de territoires anciennement sous la souveraineté française : une égalité de traitement trop longtemps retardée*, Rapport public annuel 2010, février 2010, pp. 558-581.

⁸⁸³ <http://www.ismcorum.org/testing-bit-france-2007-M22-R22-A361.html>.

⁸⁸⁴ Le problème des discriminations fait l'objet de rapports publics, de sondages d'opinions (à la demande de la CNCDH par exemple), d'études officielles. Une des études qu'on peut mentionner est par exemple l'enquête nationale par testing sur les discriminations à l'embauche à raison de l'origine, commandée par le Ministère de l'Emploi et conduite sous l'égide du BIT : <http://www.ismcorum.org/testing-bit-france-2007-M22-R22-A361.html>.

⁸⁸⁵ La notion de « discrimination positive » constitue un des meilleurs exemples de ces expressions qui, bien qu'utilisées couramment, n'ont jamais fait l'objet d'un effort sérieux de définition ce qui engendre inévitablement un certain nombre de confusions ; Cet effort de clarification est proposé par MÉLIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires*, *RFDA*, vol 13, n° 5, septembre-octobre 1997, pp. 906-925. Affirmer qu'une discrimination puisse être positive, cela revient à associer deux termes contradictoires au sein d'une seule et même expression. Ensuite il est certain que qualifier une discrimination de positive n'a finalement pas beaucoup de sens. En ce sens qu'une différenciation de traitement s'exerce toujours forcément au détriment d'une catégorie et au profit d'une autre. En outre, la Constitution française ne permet aujourd'hui aucune forme de mesures préférentielles dont les personnes bénéficieraient selon leurs origines.

⁸⁸⁶ IDM (International society for Diversity Management), *Rapport d'information nationale pour la France : Formations anti-discrimination et diversité*, ISM-Corum, rapport, mai 2008, *ibidem*, pp. 17-18.

⁸⁸⁷ Article L. 2261-22 9 du Code du travail.

Les actions positives constituent par ailleurs un des éléments du dialogue social : ainsi l'accord national interprofessionnel (ANI) de mars 2004 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes préconise « *des actions positives, en faveur de la mixité et de l'égalité professionnelle* » ; celui de 2006 sur l'emploi des seniors prévoit qu'il « *s'agit en pratique de mettre en œuvre des dispositions incitatives au maintien dans l'emploi ou à l'embauche des seniors* ». Sur la base de telles mesures législatives ou réglementaires ou d'un accord de branche ou d'entreprise, il est souhaitable que les employeurs formalisent un plan d'actions positives arrêté après consultation du comité d'entreprise, ou à défaut des délégués du personnel.

Sur la base de ces mesures législatives ou réglementaires ou de ces accords de branche ou d'entreprise, les employeurs sont invités à formaliser un plan d'actions.

Pour finir, ce qui concerne l'évolution du droit français en matière de discrimination territoriale, la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine⁸⁸⁸ trouve son origine en 2009, lorsque la municipalité de La Courneuve porte plainte devant la HALDE⁸⁸⁹ pour faire reconnaître la discrimination territoriale dont elle s'estime victime. Les diagnostics portent le plus souvent sur les effets des politiques publiques. Dès lors le lieu de résidence devient le laboratoire qui permet de saisir l'impact des politiques publiques sur les individus résidant dans un quartier donné. Cela a permis de faire la part entre ce qui relève de l'effet propre du territoire et ce qui découle d'autres facteurs (genre ou l'origine ethnique)⁸⁹⁰. La Halde a recommandé l'adoption d'une mesure législative, par l'ajout « *du critère de l'adresse comme critère de discrimination prohibé, sauf motif légitime* » dans le Code du travail et la loi n°2008-496 du 27 mai 2008.

L'influence du droit de l'Union Européenne s'exerce également concernant les voies de recours contre les discriminations liées au travail.

II – L'INFLUENCE DU DROIT DE L'UNION A TRAVERS LES VOIES DE RECOURS CONTRE LES DISCRIMINATIONS LIEES AU TRAVAIL

La génération la plus récente de législation de non-discrimination de l'Union Européenne fait explicitement mention de l'obligation des États membres de créer un système de recours. Toutefois, le droit à un recours existait avant même l'adoption d'une telle législation sous l'effet de la jurisprudence de la CJCE concernant l'article 6 de la deuxième directive relative à l'égalité entre les genres. Dans sa

⁸⁸⁸ Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, *op. cit.*

⁸⁸⁹ La Halde a rendu publique une délibération (n°2011-1 21 du 18 avril 2011) relative aux « discriminations fondées sur le territoire », qui faisait suite à plusieurs saisines de collectivités locales et à un testing sur les discriminations territoriales.

⁸⁹⁰ CNFPT, *La discrimination territoriale*, Les mercredis de l'INET à Paris, juin 2011, pp. 3-4.

version originale⁸⁹¹, cette directive établissait simplement un droit procédural à une poursuite judiciaire dans le cas d'une discrimination alléguée.

Les voies de recours contre les discriminations liées au travail, sont doubles. Elles sont à la fois juridictionnelles (A) et non juridictionnelles (B).

A – L'INFLUENCE DU DROIT DE L'UNION SUR LES VOIES DE RECOURS JURIDICTIONNELS

L'apport du droit de l'Union en la matière s'exprime dans trois domaines : celui de la nationalité, auquel font référence les articles 12 et 39 du Traité CE et le règlement n° 1612/68 du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté ; celui de la différence sexuelle, à laquelle renvoie l'article 141, § 3 du Traité et qui a donné lieu à différentes directives⁸⁹²; et celui des autres facteurs de discrimination liés à la race ou à l'origine ethnique⁸⁹³ ou encore aux convictions, à la religion, au handicap, à l'âge, à l'orientation sexuelle⁸⁹⁴.

Le champ d'application du droit de l'Union est moins étendu, en ce qui concerne les causes des discriminations prohibées, que celui du droit français, tel qu'il résulte en particulier de l'article L.1132-1 du code du travail⁸⁹⁵. Mais, en tout état de cause, il doit aussi être tenu compte de l'interdiction des discriminations que prescrit aussi la CEDH⁸⁹⁶, lorsqu'elles empêchent l'exercice des droits que garantit cette convention ou ses protocoles annexes, l'énumération des causes de discrimination envisagée par cette convention n'étant pas limitative⁸⁹⁷. Et, à cet égard, le domaine social n'échappe pas aux prohibitions qu'elle prévoit.

L'application que la Cour de cassation a faite de ces sources européennes peut être examinée du point de vue des causes de discriminations⁸⁹⁸. Il faut cependant relever que certaines décisions, aussi bien au

⁸⁹¹ Directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *ibidem*.

⁸⁹² Directives n° 75/117/CEE, n° 76/207/CEE, n° 97/80/CE (*ibidem*), n° 2002/73/CE et, en dernier lieu, à la directive refonte du 5 juillet 2006 (n° 2006/54/CE), *ibidem*.

⁸⁹³ Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *ibidem*.

⁸⁹⁴ Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *ibidem*.

⁸⁹⁵ L'article L.1132-1 du code du travail inclut aussi les discriminations liées aux mœurs, à la situation de famille, aux caractéristiques génétiques, aux activités syndicales ou mutualistes, à l'apparence physique, au nom de famille et à l'état santé.

⁸⁹⁶ Article 14 de la CESDH (CEDH), entré en vigueur le 3 septembre 1953.

⁸⁹⁷ Cf. notamment CEDH, 30 septembre 2003, Koua Poirrez c/ France, requête n° 40892/98, *RJS* 1/04, n° 143, jugeant contraire à l'article 14 de la CEDH et à l'article 1^{er} du protocole n° 1 le refus d'attribuer une allocation d'adulte handicapé à un étranger.

⁸⁹⁸ Cass Soc., 18 décembre 2007, *société RATP c/ M. Serge X...*, pourvoi n° 06-45.132, *Bull.* 2007, V, n° 215, *Droit Social*, 2008, p. 246, obs. Christophe RADÉ. Il convient de relever que cette décision fait notamment référence à la primauté du droit communautaire et reprend une solution que la Cour de Justice : *CJCE*, 30 septembre 2004, Serge BRIHECHE, Aff. C-319/03, sur renvoi préjudiciel du tribunal administratif de Paris. Voir également, dans le même sens, *CJCE*, 17 octobre 1995, Kalanke, Aff. C-450/93, *Rec.* p. I-3051, qui exclut l'institution d'une priorité absolue et inconditionnelle d'avancement en faveur des femmes.

niveau européen qu'interne, rappellent la primauté du droit de l'union (1). Le choix de juridiction doit être guidé par la réparation et la sanction de l'auteur de la discrimination (2). Le régime de la preuve, consacré en application de la directive 2000/73/CE (3) a été aménagé par la loi du 16 novembre 2001, (4).

1/ La primauté du droit de l'Union

Les dispositions du Traité sont directement applicables dans l'ordre juridique de tout État membre et doivent l'emporter sur toute norme nationale contraire. La primauté du droit de l'Union est rappelée le 4 mars 2004, par la CJCE⁸⁹⁹ (a) et confirmée par la décision de la Cour de Cassation du 17 avril 2008⁹⁰⁰ (b).

a) Des décisions faisant référence à la primauté du droit de l'Union

Il convient de relever que ces décisions font notamment référence à la primauté du droit de l'union⁹⁰¹ et reprend une solution que la Cour de Justice avait retenue⁹⁰² en septembre 2004⁹⁰³. C'est aussi en tirant les conséquences de la déclaration d'illégalité par le Conseil d'État⁹⁰⁴ d'une disposition statutaire applicable au personnel d'EDF⁹⁰⁵, jugée contraire à l'article 141 du Traité CE, que la chambre sociale a reconnu qu'une bonification d'ancienneté en vue de la retraite dépendant du nombre d'enfants ne pouvait être réservée aux seules mères⁹⁰⁶. De même, un arrêt a-t-il condamné toute différence de traitement en matière de rémunération, dans l'exercice des mêmes fonctions, dès lors que la différence pratiquée par l'employeur au détriment des femmes ne reposait pas sur une justification objective tirée des conditions de travail, de l'ancienneté ou de la nature des fonctions exercées⁹⁰⁷. C'est aussi parce que l'attribution de « primes de choix » plus élevées aux hommes lors de leur engagement ne reposait sur aucune raison objective que la Chambre sociale a reconnu au personnel féminin le droit d'en bénéficier, par un arrêt qui, au surplus, casse une décision ayant refusé de prononcer la nullité d'un licenciement consécutif à

⁸⁹⁹ CJCE, 4 mars 2004, Allemagne c/ Commission, C-344/01, *Rec.* I-2081, p. 79. Antérieurement à l'arrêt de 2004 : CJCE, 5 février 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c/ Administration fiscale néerlandaise, *Aff.* 26/62, *Rec.* 1. CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, *Aff.* 6/64, *Rec.* 1964, p.1141.

⁹⁰⁰ CCass Soc., 17 avril 2008, pourvoi n° 07-16.824, *Bull.* 2008, n° 95. C'est l'arrêt écarte toute idée de discrimination en raison de la nationalité.

⁹⁰¹ Cass Soc., 18 décembre 2007, pourvoi n° 06-45.132, *Droit Social*, 2008, p. 246.

⁹⁰² CJCE, 30 septembre 2004, Brihèche c/ ministre de l'intérieur, ministre de l'éducation nationale et ministre de la justice, *Aff.* C-319/03, *Rec.* p. I-8823.

⁹⁰³ CJCE, 30 septembre 2004, *Aff.* C-319/03, *op. cit.*, sur renvoi préjudiciel du tribunal administratif de Paris.

⁹⁰⁴ CE, 18 décembre 2002, n° 247224 (*rec. Lebon*). Le Conseil d'État a déclaré illégales les dispositions de l'article 3 de l'annexe III du statut national des industries électriques et gazières restreignant la mise en inactivité anticipée aux seuls agents féminins, comme incompatibles avec l'article 141 du Traité instituant les Communautés européennes.

⁹⁰⁵ L'article 3 de l'annexe III du statut national des industries électriques et gazières octroie aux agents mères de famille de trois enfants une bonification d'âge et de service leur permettant de demander une mise en inactivité par anticipation, avec jouissance immédiate du droit à pension.

⁹⁰⁶ CCass Soc., 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-43.329, *Bull.* n° 173, 2007.

⁹⁰⁷ Cass Soc., 19 décembre 2000, pourvoi n° 98-43.331, *Bull.* n° 436, 2000.

l'exercice d'une action en justice destinée à assurer l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes⁹⁰⁸, dès lors qu'il n'existait pas de cause réelle et sérieuse de licenciement⁹⁰⁹.

b) L'arrêt du 17 avril 2008, une décision qui nie le critère de nationalité

La nationalité est au cœur du droit de l'Union, dans la mesure où, en favorisant les ressortissants d'un État, sa prise en considération est de nature à affecter la libre circulation des travailleurs⁹¹⁰. La chambre sociale a fait application des interdictions que prévoient les articles 12 et 39 du Traité CE, pour reconnaître à tous les salariés d'une association employés en France le droit de bénéficier d'un avantage salarial que l'employeur réservait au seul personnel de nationalité allemande⁹¹¹.

Cependant, la prohibition du critère de la nationalité ne peut être invoquée que dans le seul champ d'application matériel du Traité⁹¹². Or, elle n'est ici destinée qu'à favoriser la libre circulation des travailleurs. La directive n° 2000/78/CE exclut d'ailleurs le critère national de son champ d'application. L'interdiction de l'Union européenne ne s'applique donc pas à des situations purement internes et ne peut être invoquée par des salariés qui n'ont pas fait usage de leur droit de travailler dans autre État⁹¹³. C'est ce qu'a rappelé la chambre sociale dans un arrêt du 17 avril 2008⁹¹⁴, pour écarter la critique faite à une décision qui avait refusé d'accorder à un salarié de nationalité française, exerçant son activité en France, une prime d'expatriation consentie aux seuls salariés étrangers. Il ne semble pas que la consécration dans l'article 17 du Traité CE d'une citoyenneté européenne puisse avoir pour effet d'étendre le domaine d'application de cette interdiction, hors liberté de circulation⁹¹⁵. Il reste que des différences de traitement fondées sur la nationalité doivent aussi être appréciées au regard de la CEDH et qu'elles ne peuvent être admises dans ce cadre qu'à la condition qu'elles poursuivent un but légitime et

⁹⁰⁸ Soc., 28 novembre 2000, pourvoi n° 99-41.661, *Bull.*, n° 395, 2000.

⁹⁰⁹ En application de l'article L. 123-5 du code du travail, devenu l'article L. 1144-3.

⁹¹⁰ La libre circulation des personnes dans l'espace européen est un principe fondamental de l'Union européenne, rappelé par l'article 26 du TFUE. Selon ce principe, tout citoyen européen peut, depuis l'abolissement des frontières entre les 28 États membres, se déplacer librement dans l'espace européen pour voyager, étudier, travailler et même résider. A l'origine, la liberté de circulation des personnes avait une signification économique, elle concernait essentiellement les travailleurs, salariés comme indépendants. Le traité de Rome prévoyait déjà dans son article 39 que « *la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté* ». Les articles 39 à 42 TCE ont été repris presque sans modification dans le traité de Lisbonne. L'article 48 du TFUE (ex-article 42 TCE) apporte cependant un changement notable en ce qui concerne la coordination des régimes de sécurité sociale des travailleurs salariés migrants en l'étendant aux travailleurs indépendants.

⁹¹¹ Cass Soc., 10 décembre 2002, pourvoi n° 00-42.158, *Bull.*, n° 373, 2002. Cet arrêt rappelle que les dispositions du Traité sont applicables directement dans l'ordre juridique de tout État membre et doivent l'emporter sur toute norme nationale contraire.

⁹¹² Le principe de non-discrimination connaît une portée très restrictive. Plus précisément, l'article 7 du Traité originaire (le principe a été rubriqué comme article 12) circonscrivait la force prescriptive de l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité tout simplement au champ d'application du Traité. Étant donné son importance, placé dans la première partie du Traité (celle dédiée aux principes), l'article 7 du texte original énonçait : « *Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité* ».

⁹¹³ CJCE, 16 décembre 1992, Poirrez, Aff. C-206/91, *Rec.* p. I-6685. CJCE, 28 janvier 1992, Steen, Aff. C-332/90, *Rec.* p. I-341.

⁹¹⁴ Cass Soc., 17 avril 2008, pourvoi n° 07-16.824, *Bull.*, n° 95, 2008.

⁹¹⁵ CJCE, 1^{er} avril 2007, Gouvernement de la communauté française de Belgique, Aff. C-212/06, *Rec.* 2008, p. I-01683.

qu'il existe un rapport de proportionnalité raisonnable entre les moyens mis en œuvre et le but visé, l'appréciation de la Cour de Strasbourg étant spécialement restrictive lorsque le critère de la nationalité est mis en œuvre⁹¹⁶. La chambre sociale a ainsi considéré que l'attribution d'avantages aux seuls salariés d'une compagnie aérienne dont les contrats relevaient du droit italien (ce qui faisait intervenir indirectement le critère de la nationalité) pouvait être justifiée par les sacrifices auxquels ils avaient consenti, à la différence de ceux qui étaient employés en France⁹¹⁷. En outre, une différence de traitement fondée sur la nationalité est également interdite par le droit français⁹¹⁸, mais la chambre sociale a admis, dans l'arrêt précité du 17 avril 2008⁹¹⁹, qu'une prime d'expatriation pouvait être réservée à des salariés étrangers, dès lors qu'elle était destinée à compenser les inconvénients résultant de leur expatriation et à contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique, et que l'exclusion des salariés français reposait sur des raisons objectives, pertinentes, étrangères à toute discrimination prohibée et proportionnées à l'objectif poursuivi dans le même sens⁹²⁰.

Les autres cas de discrimination envisagés par le droit de l'Union rejoignent partiellement le champ d'application, plus étendu, de l'article L. 1132-1 du code du travail. Si la Cour de Justice a pu considérer en 1977⁹²¹ que l'interdiction des discriminations (en l'occurrence en matière d'organisation commune des marchés agricoles) constituait l'expression spécifique d'un principe fondamental d'égalité de traitement régissant le droit de l'Union, elle n'a toutefois pas étendu l'application des prohibitions prévues par le Traité et les actes dérivés, dans le domaine social, au-delà des cas spécialement visés par ces textes⁹²². Ainsi, a-t-elle jugé que l'interdiction des discriminations liées à un handicap ne pouvait s'appliquer à un licenciement motivé par la maladie du salarié ou d'un membre de sa famille, cette cause ne relevant pas de la directive en question⁹²³. Il y a donc place ici pour une application du seul droit interne, fut-elle influencée dans sa mise en œuvre par des méthodes et des modes de raisonnement issus du droit de l'Union⁹²⁴, retenant une discrimination indirecte liée à l'état de santé. Quant aux autres hypothèses visées à la fois par la directive n° 2000/78/CE et par le code du travail, la chambre sociale a retenu qu'était discriminatoire et, comme telle, nulle, la mise à la retraite d'un salarié motivée uniquement par son âge, alors qu'il ne remplissait pas les conditions légalement requises pour bénéficier

⁹¹⁶ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*, Req. n° 17371/90, Juris p. 438. CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c/ France*, requête n° 40892/98, *JCP*, 2004, p. 185.

⁹¹⁷ CCass Soc., 17 juin 2003, pourvoi n° 01-41.522, *Bull.*, n° 195, 2003.

⁹¹⁸ Article L.1132-1 du code du travail.

⁹¹⁹ CCass Soc., 17 avril 2008, pourvoi n° 07-16.824, *Bull.*, n° 95, *op. cit.*

⁹²⁰ Cass Soc., 9 novembre 2005, pourvoi n° 03-47.720, *Bull.*, n° 312, 2005.

⁹²¹ CJCE, *Ruckdeschel et a c/ Hauptzollamt Hambourg-St Annen*, aff. C-117/76, *Rec.* p. 1753.

⁹²² CJCE, 17 juillet 2008, *S. Coleman c/ Attridge Law et Steve Law*, aff. C-303/06, *Rec. de la jurisprudence* ; I-05603, 2008.

⁹²³ Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *ibidem*.

⁹²⁴ CCass Soc., 9 janvier 2007, pourvoi n° 05-43.962, *Bull.*, n° 1, 2007.

d'une pension complète⁹²⁵. La cause de dérogation prévue par l'article L. 1133-1 du code du travail et reprise du droit de l'Union⁹²⁶ ne peut en effet trouver à s'appliquer à cette situation.

2/ Un choix de juridiction guidé par la réparation et la sanction de l'auteur de la discrimination

La saisine d'une juridiction par un particulier s'estimant l'objet d'une discrimination, ou par une association ou un syndicat le représentant sous certaines conditions, se détermine selon la nature de l'affaire, sa gravité, les résultats souhaités, les moyens de preuve dont on dispose, le délai de prescription⁹²⁷.

Lorsqu'une personne s'estime l'objet d'une discrimination dans l'emploi privé (hors fonctions publiques) et qu'elle veut restaurer ses droits, elle peut, éventuellement avec l'assistance d'acteurs compétents ou en étant représentée par eux, saisir deux juridictions : le tribunal correctionnel⁹²⁸ et le Conseil des prud'hommes. Le tribunal correctionnel, juridiction pénale condamne les discriminations intentionnelles en matière d'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, d'offre d'emploi, d'embauche, de sanction et de licenciement ; les sanctions pénales de ces discriminations (amende et emprisonnement) ont été récemment alourdies⁹²⁹. Le conseil des prud'hommes (juridiction civile) juge tout litige discriminatoire dans l'emploi et le travail et la Cour de cassation a affirmé⁹³⁰ sa compétence sur toutes les situations où peuvent apparaître des discriminations dans l'emploi privé, y compris antérieurement à la signature du contrat de travail (recrutement).

Une discrimination intentionnelle peut être pénalement sanctionnée par une peine d'emprisonnement et une amende lorsqu'elle consiste : à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des critères prohibés ; à refuser sur un critère prohibé l'accès à un stage effectué par une personne dans le cadre de ses études ou de la formation professionnelle continue ; à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne sur un critère prohibé⁹³¹. Les employeurs, comme personnes morales, peuvent être déclarés pénalement responsables⁹³² de ces discriminations si elles sont commises à la demande de leur organe de direction. La personne morale encourt alors une amende très conséquente de l'ordre de 150 000 € et l'interdiction d'exercer

⁹²⁵ Ccass. Soc., 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-12.816, *Bull.*, n° 412, 2006.

⁹²⁶ Article 6 de la Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *ibidem*.

⁹²⁷ Observatoire de l'intégration des réfugiés statutaires, *Discriminations : des obstacles à l'insertion professionnelle des réfugiés*, étude, décembre 2007, p. 14.

⁹²⁸ C'est la Juridiction pénale qui condamne les discriminations intentionnelles en matière d'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, d'offre d'emploi, d'embauche, de sanction et de licenciement.

⁹²⁹ Article 225-2 du code pénal : « Une discrimination intentionnelle peut être pénalement sanctionnée de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende ».

⁹³⁰ Ccass. soc, 20 décembre 2006, Leblanc c/ Sté Marina Services et a., n° 0447853, *RJS*, n° 309, 2007.

⁹³¹ Article 225-2 du code pénal.

⁹³² Article 322-17 du code pénal.

l'activité dans le cadre de laquelle l'infraction a été commise⁹³³. Elles peuvent également être l'objet d'une discrimination pénalement répréhensible, à raison d'un critère prohibé rattaché aux membres ou à certains membres de ces personnes morales⁹³⁴.

Devant les tribunaux civils, le conseil de prud'hommes ou le tribunal administratif, la discrimination peut être condamnée dans n'importe quelle situation de la vie professionnelle, notamment l'accès à un stage, une procédure de recrutement, la rémunération, les mesures d'intéressement, la formation professionnelle, l'affectation, la classification, la mutation, l'évaluation, la promotion, la discipline, etc.

Lorsque le demandeur ou ses représentants fait le choix d'une juridiction, deux critères essentiels doivent être examinés : la réparation des dommages ou préjudices subis (a), et la sanction de l'auteur de la discrimination (b).

a) Une réparation des dommages ou préjudices devant la juridiction civile

La juridiction civile vise à réparer le dommage ou le préjudice causé à la victime de la discrimination. L'action civile se conclut en premier lieu par la réparation en nature impliquée par l'annulation de l'acte discriminatoire⁹³⁵ et à défaut par l'octroi de dommages et intérêts à la victime. Les mesures discriminatoires sont nulles de plein droit : toute disposition, toute pratique contraire au principe de non-discrimination ou toute clause contractuelle ou conventionnelle réservant le bénéfice d'une mesure quelconque à certaines personnes seront réputées ne pas avoir existées. Les réparations ou remises en l'état seront déterminées en conséquence⁹³⁶. Au civil, en ce qui concerne l'établissement de la preuve, les personnes s'estimant l'objet d'une discrimination directe ou indirecte bénéficient d'une procédure de partage de la charge de la preuve qui leur rend plus facile l'administration de celle-ci⁹³⁷. En effet, le demandeur doit seulement établir des faits qui laissent présumer au juge l'existence d'une discrimination. Au vu de ces éléments, c'est à la partie défenderesse de prouver au juge que la mesure en cause est

⁹³³ Article 322-5 al 2 du code pénal.

⁹³⁴ IDM (International society for Diversity Management), *Rapport d'information nationale pour la France : Formations anti-discrimination et diversité*, ISM-Corum, rapport, mai 2008, *ibidem*, p. 35.

⁹³⁵ La réintégration à un poste par exemple.

⁹³⁶ BOJARSKI (Lukasz), CHOPIN (Isabelle), COHEN (Barbara), DO (Uyen), FARKAS (Lilla), IORDACHE (Romanita), *Sensibilisation dans les domaines de la non-discrimination et de l'égalité ciblant les organisations de la société civile*, Séminaire, Commission européenne, mai 2012, p. 23.

⁹³⁷ En matière civile, c'est depuis la loi de novembre 2001, que la charge de la preuve a été aménagée : le demandeur apporte des éléments de faits précis et c'est à la personne désignée responsable de l'acte discriminatoire de démontrer que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Compte tenu de cet aménagement, il peut donc être préférable selon la situation, d'intenter une action devant les juridictions civiles (Conseil des prud'hommes, TI ou TGI) plutôt que devant les juridictions pénales (Tribunal correctionnel). L'action devant le juge civil vise exclusivement à obtenir réparation avec la condamnation de l'auteur à verser des dommages et intérêts.

justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination⁹³⁸. Aussi, la demande doit être écartée si aucun élément de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination n'est apporté par la victime⁹³⁹.

b) Une action pénale visant à sanctionner l'auteur de la discrimination

L'action pénale vise d'abord à sanctionner l'auteur de la discrimination. Dès lors que celui-ci a agi intentionnellement, il encourt des peines d'amende et d'emprisonnement⁹⁴⁰. Le juge pénal doit ensuite, s'il y a constitution de partie civile ou citation directe, et si la discrimination est avérée, se prononcer sur les réparations du préjudice. Il faut noter qu'en matière de discrimination, les situations visées par le code pénal sont en nombre limité⁹⁴¹. Les discriminations relatives à la rémunération ne peuvent être traitées que devant les tribunaux civils.

Au pénal, c'est au demandeur ou au procureur de la République qu'il incombe intégralement de rapporter la preuve des éléments constitutifs du délit de discrimination⁹⁴², dont, au-delà des faits, le caractère intentionnel devra être également prouvé. La personne poursuivie pour discrimination au pénal bénéficie de la présomption d'innocence, et il n'y a pas de partage de la charge de la preuve. Enfin, *Haute autorité de lutte contre les discriminations* et pour *l'égalité* il convient de rappeler que selon la cour de cassation la preuve recueillie par testing est recevable devant le juge pénal⁹⁴³.

La directive 2000/78/CE reprend tous les critères de discrimination énoncés à l'article 13 du TCE⁹⁴⁴. Elle comporte des dispositions similaires à celles de la directive du 29 juin 2000⁹⁴⁵.

⁹³⁸ CCass. soc., 28 sept. 2004, M. Hoarau et a. c/ Sté STAVS, n° 03-41.825 à 03-41.829, *JurisData*, n° 2004-024967.

⁹³⁹ Cass soc, 12 avril 2012, n°11-14072 D : Aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire notamment liée à son âge (code du travail article L. 1132-1). La preuve est partagée entre l'employeur et le salarié, sachant que le salarié qui s'estime discriminé doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence de cette discrimination (code du travail article L. 1134-1). Dans cette affaire, à l'occasion de la perte d'un marché de nettoyage, un salarié âgé de 54 ans avait été licencié lors de la liquidation judiciaire de l'entreprise qui l'employait. La majeure partie des autres salariés avait bénéficié d'un transfert de contrat de travail, la nouvelle société s'étant vue confier le marché. Ce salarié soutenait l'existence d'une discrimination ou d'une inégalité de traitement, en raison de son âge, dans le refus de la poursuite de son contrat de travail par cette société. Il n'a pas convaincu les juges. Des salariés de plus de 50 ans avaient été repris par la nouvelle société et aucune relation n'était mise en évidence par le salarié entre son âge et l'absence de reprise de son contrat de travail. Aucun élément de fait ne laissait donc supposer l'existence d'une discrimination fondée sur son âge.

⁹⁴⁰ L'action devant le juge pénal vise à obtenir la condamnation de l'auteur de l'infraction à une peine d'emprisonnement et/ou d'amende.

⁹⁴¹ Une discrimination intentionnelle peut être pénalement sanctionnée lorsqu'elle consiste à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des critères prohibés ; à refuser sur un critère prohibé l'accès à un stage effectué par une personne dans le cadre de ses études ou de la formation professionnelle continue ; à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne sur un critère prohibé.

⁹⁴² En matière pénale, en vertu du principe de présomption d'innocence, c'est au demandeur d'apporter la preuve des faits qu'il dénonce. Devant le juge pénal, la preuve peut être établie par tout moyen. Les pouvoirs d'investigation du Défenseur des Droits, de l'inspection du travail, de la police judiciaire et du juge d'instruction pourront concourir à établir la preuve d'un délit de discrimination.

⁹⁴³ Cass crim, 11 juin 2002, Testing, n° 01-85.559, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 1309.

⁹⁴⁴ LECERF (Jean-René), *Le projet de loi portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Rapport, n° 65, Sénat, 17 novembre 2004, *op. cit.*, p. 16.

⁹⁴⁵ Directive n° 2000/43 du 29 juin 2000 en matière de procédures judiciaires et administratives, et d'aménagement de la charge de la preuve.

La directive 2002/73/CE⁹⁴⁶ interdit dans ces domaines toute discrimination fondée sur le sexe « *soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial* »⁹⁴⁷. Elle prévoit, comme la directive du 29 juin 2000, que les Etats membres désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir, d'analyser, de surveiller et de soutenir l'égalité de traitement⁹⁴⁸.

Par ailleurs, un observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes⁹⁴⁹ a été créé en 1997. La mission de cet observatoire, l'EUMC, était de fournir à la Communauté et à ses États membres des données objectives, fiables et comparables sur les phénomènes du racisme, de la xénophobie et de l'antisémitisme au niveau européen, susceptibles de les aider lorsque, dans les domaines de leurs compétences respectives, ils prenaient ou définissaient des actions. Le Conseil des ministres de l'Union a décidé en décembre 2003 d'élargir son mandat pour en faire une agence des droits fondamentaux de l'UE⁹⁵⁰. Enfin, la Commission européenne conduit de multiples initiatives en matière de lutte contre les discriminations, telles que le programme Equal⁹⁵¹, financé par le FSE, pour apporter un soutien aux actions transnationales de lutte contre les discriminations et de sensibilisation à toutes les formes d'inégalités dans le monde du travail ; la campagne d'information paneuropéenne « stop discrimination »⁹⁵² 2003-2006, vise à lutter contre toute discrimination fondée sur la race, l'origine ethnique, la religion, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

⁹⁴⁶ Directive n° 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, *ibidem*.

⁹⁴⁷ Article 2 de la directive n° 76/207/CEE, *ibidem*.

⁹⁴⁸ Article 8 bis de la Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *ibidem*.

⁹⁴⁹ Règlement (CE) n° 1035/97 du Conseil, du 2 juin 1997, portant création d'un Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, *JORF* n° C. 194 du 25 juin 1997. L'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (EUMC), entré en vigueur en 1997, a été remplacé en 2007 par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (Ce règlement a été abrogé le 1^{er} mars 2007 par Règlement (CE) n° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'objectif de cette agence consiste à fournir aux institutions et organes communautaires, ainsi qu'aux États membres de l'UE, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire, une assistance et une expertise sur les droits fondamentaux, afin de les aider à respecter pleinement ces derniers.

⁹⁵⁰ Règlement CE n° 168/2007 du Conseil, 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JORF* L. 245 du 29 septembre 2003, p. 33.

⁹⁵¹ Les programmes d'Initiatives Communautaire « Equal » sont une catégorie de projets cofinancés par le FSE. Equal fait partie de la stratégie de l'Union européenne de l'Emploi. Il constitue un laboratoire pour développer de nouveaux moyens de lutter contre la discrimination et les inégalités sur le marché du travail.

⁹⁵² Il s'agit d'un site internet (interface la campagne) qui est la principale plateforme de communication utilisée pour informer le public. Il fournit aux visiteurs des informations claires et d'actualité sur leurs droits. En les maintenant informés des derniers développements de la législation de l'UE et des événements organisés à travers l'UE, le site constitue une mine d'informations concernant les initiatives et les projets nationaux de lutte contre les discriminations au sein de chaque État-membre. Les visiteurs pouvaient également télécharger des publications, demander des informations et accéder à une importante liste de contacts et de liens utiles. L'une des fonctionnalités les plus appréciées du site est une bibliothèque interactive de documentation sur la lutte contre les discriminations qui fournit l'accès à plus de 400 publications et articles traitant des problèmes liés à la diversité dans les 22 langues de l'Union européenne.

3/ Une consécration de la répartition de la charge de la preuve et un régime de sanctions dissuasif, en application de la directive 2000/73/CE

L'influence du droit de l'Union se fait tout spécialement sentir en ce qui concerne la charge de la preuve (a) et le régime de sanctions effectives et dissuasives en application des exigences de la directive du 27 novembre 2000 (b).

a) Une répartition de la charge de la preuve consacrée en application des directives européennes

Reprenant à son compte les conditions d'aménagement de la preuve consacrées par la Cour de justice, dans le champ d'application du droit de l'Union⁹⁵³, avant que le législateur ne les consacre en novembre 2001 (article L. 1134-1 du code du travail), et étendant leur domaine de mise en œuvre hors des situations relevant du droit de l'union, la Cour de cassation a limité la charge probatoire du salarié à la seule production d'éléments de fait pouvant caractériser une discrimination, dont il appartient ensuite à l'employeur de démontrer qu'elle n'est pas constituée et que la différence de traitement constatée repose sur d'autres raisons légitimes et objectives⁹⁵⁴. Cette répartition de la charge de la preuve, constamment reprise depuis (notamment, en matière de discrimination syndicale)⁹⁵⁵ et consacrée par le législateur, en application des directives européennes, a été transposée hors du champ des discriminations, à toute action fondée sur une différence de traitement entre les salariés, notamment en matière de rémunération⁹⁵⁶.

b) Un régime de sanctions effectives et dissuasives en application des exigences de la directive du 27 novembre 2000

Avant que le législateur français ne définisse la notion de discrimination indirecte (article L. 1132-1 du code du travail), la chambre sociale a eu l'occasion d'en faire application en matière de discrimination fondée sur la nationalité, en retenant que la mise en œuvre d'un critère fondé sur la seule loi applicable au contrat de travail pouvait en réalité conduire à une différence de traitement liée à la nationalité des salariés, mais en considérant en l'espèce qu'elle reposait sur des raisons objectives et légitimes⁹⁵⁷. Egalement, hors champ d'application de la directive n° 2000/78, un arrêt a retenu qu'une mesure apparemment neutre, constituée par une évaluation forfaitaire des jours d'absence pour cause de maladie

⁹⁵³ CJCE, 9 février 1999, Seymour-Smith et Perez, aff. C-167/97, *Rec.* 1999, I p. 623.

⁹⁵⁴ Cass Soc., 23 novembre 1999, pourvoi n° 97-42.940, *Bull.* 1999, V, n° 447. Ccass. Soc., 28 mars 2000, pourvois n° 97-45.258 et n° 97-45.259, *Bull.*, n° 126, 2000.

⁹⁵⁵ Cass Soc., 28 septembre 2004, pourvoi n° 03-42.624, *Bull.*, n° 227, 2004.

⁹⁵⁶ Cass Soc., 28 avril 2006, pourvoi n° 03-47.171, *Bull.* 2006, V, n° 152. Ccass. Soc., 20 février 2008, pourvoi n° 06-40.085, *Bull.*, n° 38, 2008, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 330.

⁹⁵⁷ Cass Soc., 17 juin 2003, pourvoi n° 01-41.522, *Bull.*, n° 195, 2003, *op. cit.*

pouvait être défavorable aux salariés malades pendant une période de haute activité et à ce titre discriminatoire, sans que cette situation soit justifiée par des raisons étrangères à toute discrimination⁹⁵⁸.

Pour donner leur plein effet aux dispositions qui prohibent les discriminations et qui déclarent « *nul de plein droit* » tout acte contraire à cette prohibition (articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du travail), la chambre sociale a reconnu au juge du fond le pouvoir de rétablir le salarié dans ses conditions de travail antérieures aux pratiques discriminatoires de l'employeur⁹⁵⁹, notamment en lui attribuant le niveau de classification des emplois auquel il aurait pu prétendre s'il n'avait été victime de tels agissements⁹⁶⁰. Cette forme de réparation en nature prend en compte les exigences de la directive du 27 novembre 2000, lorsqu'elle prescrit aux États membres de mettre en place un régime de sanctions effectives et dissuasives⁹⁶¹.

Deux lois de 2008 ont modifié de façon substantielle les règles applicables en matière de lutte contre les discriminations. Il s'agit, d'une part, de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union dans le domaine de la lutte contre les discriminations, qui modifie les règles de fond et, d'autre part, de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, qui institue un régime particulier de prescription en matière de discrimination au travail, afin d'assurer une mise en œuvre effective des droits reconnus aux salariés en ce domaine⁹⁶².

La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit de l'Union dans le domaine de la lutte contre les discriminations « *ajoute certes une pierre supplémentaire à l'édifice juridique en faveur de la lutte contre les discriminations* »⁹⁶³.

Elle apporte des compléments à la transposition de trois directives de 2000⁹⁶⁴ ; précise en particulier la définition de la discrimination et des faits qui correspondent au harcèlement moral ou sexuel⁹⁶⁵ ; et enfin, organise la protection contre les mesures de rétorsion de ceux qui ont relaté des faits de discrimination ou témoigné, pour étayer les dires d'une personne ayant subi une discrimination⁹⁶⁶. Cette loi transpose par

⁹⁵⁸ Cass Soc., 9 janvier 2007, pourvoi n° 05-43.962, *Bull.*, n° 1, 2007, *op. cit.*

⁹⁵⁹ Cass Soc., 23 juin 2004, pourvoi n° 02-41.011, *Bull.*, n° 181, 2004.

⁹⁶⁰ CCass. Soc., 31 janvier 2007, pourvoi n° 05 42.855, Voir http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annue_l_36/rapport_2008_2903/etude_discriminations_2910/m_edouard_12131.html

⁹⁶¹ Article 17 de la Directive Européenne n° 2000/78 du 27 novembre 2000, 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *ibidem*.

⁹⁶² Article 16 de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, modifiant les articles L. 3243-3 et L. 3245-1 du Code du travail.

⁹⁶³ VASSEUR (Isabelle), *Adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, rapport, Assemblée Nationale, n° 685, 6 février 2008, *ibidem*, p. 5.

⁹⁶⁴ La directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 (*ibidem*); la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 (*ibidem*); et enfin celle n° 2002/73/CE du 23 septembre 2002, *ibidem*.

⁹⁶⁵ Article 1 1) de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, (*ibidem*) : « *tout agissement à connotation sexuelle, subi par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».

⁹⁶⁶ <http://www.acteurspublics.com/2007/12/19/le-compte-rendu-du-conseil-des-ministres>.

ailleurs la directive de 2004⁹⁶⁷ ; interdit les discriminations directes ou indirectes fondées sur le sexe, en matière d'accès aux biens et services et de fourniture de biens et services.

Elle ne peut toutefois être considérée comme une loi généraliste traduisant une véritable volonté de renforcer le dispositif légal par un approfondissement ou une réorientation de la politique de lutte contre les discriminations⁹⁶⁸. Cette loi fait suite à deux mises en demeure et à un avis motivé adressés à la France par la Commission européenne⁹⁶⁹.

Les débats parlementaires ont mis en lumière, notamment au Sénat, les difficultés résultant la crainte d'une dérive communautariste des rapports sociaux et professionnels, éloignée de la vision républicaine française⁹⁷⁰. « *Si on fait référence aux trois siècles d'histoire, la préférence nationale n'est pas républicaine, je dirai même n'est pas française* »⁹⁷¹.

4/ La loi du 16 novembre 2001, des aménagements de la charge de la preuve au profit des salariés

Le droit de l'Union européenne n'oblige pas le droit pénal national à adopter le nouveau régime juridique de la preuve de la discrimination. Le droit de l'Union européenne a néanmoins eu une influence en la matière⁹⁷².

Cette loi relative à la lutte contre les discriminations reprend les principes énoncés par la directive européenne 2000/43 et le Traité d'Amsterdam. Elle a transposé l'essentiel de la directive 2000/43. Elle modifie substantiellement les dispositions pénales relatives aux discriminations liées au travail au profit des salariés⁹⁷³ (a) et aménage la charge de la preuve dans la procédure civile (b).

a) Une modification substantielle des dispositions pénales relatives aux discriminations liées au travail

Le nouveau Code pénal consacre plusieurs articles⁹⁷⁴ aux discriminations. Le délit prévu par ces articles s'applique tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales.

⁹⁶⁷ Directive n° 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, *ibidem*.

⁹⁶⁸ Elle corrige les insuffisances ou les omissions dans la transposition des trois directives (Directive n° 2002-73 du 23 septembre 2002, 2004/113 du 13 décembre 2004 (*ibidem*), et n° 2006/54 du 6 juillet 2006.

⁹⁶⁹ La Commission européenne a en effet relevé des insuffisances et des omissions dans la transposition de ces trois directives, et a engagé à ce titre trois procédures à l'encontre de la France. Deux ont donné lieu à l'envoi d'une mise en demeure et la troisième à l'émission d'un avis motivé.

⁹⁷⁰ Dans son rapport au Sénat précité, Madame Redoute DINI craint : « *l'amalgame entre discrimination et inégalité de traitement* » qui laisse penser que « *les inégalités sont toujours dues à des discriminations* », ce qui peut « *inciter au repli sur soi, à l'excitation des identités particulières, au détriment de la prévalence des valeurs et principes communs* ».

⁹⁷¹ MAZETIER (Sandrine), *Emplois réservés : la préférence nationale n'est pas républicaine !*, intervention, jeudi 17 juin 2010, Assemblée Nationale. La référence au principe d'égalité permet d'éviter des situations inégalitaires.

⁹⁷² LANQUETIN (Marie-Thérèse), GREVY (Manuela), Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, Note de synthèse, *Migrations études*, vol. 135, 2006, p. 7.

⁹⁷³ Article L.122-45 du Code du travail.

⁹⁷⁴ Les articles 225-1 à 225-4 du Code Pénal.

Les motifs de discrimination ont suivi une évolution parallèle à ceux visés par l'article L.122-45 du Code du travail. Mais, la sanction pénale ne concerne pas tous les actes de la vie de travail. Le Code pénal incrimine seulement le refus d'embauche, la sanction ou le licenciement d'une personne⁹⁷⁵. Il incrimine également l'offre d'emploi, la demande de stage ou une période de formation en entreprise.

De plus, des sanctions pénales spécifiques sont prévues par le Code du travail : parmi l'ensemble des discriminations, le Code du travail sanctionne pénalement la discrimination syndicale. Ce n'est d'ailleurs pas l'article L.122-45 du Code du travail qui est visé par la sanction pénale de l'article L.481-3 du Code du travail mais l'article L.412-2 du Code qui résulte d'une loi de 1956⁹⁷⁶. La discrimination à raison du sexe est également sanctionnée par le code du travail⁹⁷⁷ ainsi que le harcèlement sexuel. Les dispositions relatives au principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes (article L.140-2 à L.140-4 CT) sont également sanctionnées par les articles L.152-1-1 et L.152-1-2 du Code du travail.

Pour mesurer l'impact de la loi du 16 novembre 2001, une base de données contentieuse permet une analyse tant quantitative que qualitative⁹⁷⁸. L'analyse qualitative des décisions collectées montre le rôle moteur de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Les décisions du 23 novembre 1999⁹⁷⁹ et du 28 mars 2000⁹⁸⁰ ont conduit la Cour de cassation à adopter le droit de la preuve élaboré par le droit de l'Union européenne.

Les motifs de discriminations sont nombreux, divers et d'acuité différente. Certains motifs sont plus difficiles à caractériser que d'autres car plus abstraits et en lien avec l'état des personnes. Des motifs sont anciens⁹⁸¹ et d'autres révèlent des exclusions qui ne sont plus supportées⁹⁸². La construction par la jurisprudence a été progressive et dépend de divers paramètres et notamment de l'accès au droit et des acteurs, qui peuvent porter les différentes discriminations avec leur spécificité⁹⁸³.

Parmi les motifs de discrimination, la discrimination syndicale a joué un rôle relatif à la preuve de la discrimination⁹⁸⁴.

Elle a de plus permis de construire la méthode comparative, notamment de caractériser le cadre de la comparaison dans l'espace et dans le temps, et a fait ressortir l'importance d'un certain nombre de

⁹⁷⁵ Article 225-2 du Code pénal.

⁹⁷⁶ Loi n° 56-416 du 27 avril 1956, tendant à assurer la liberté syndicale et la protection du droit syndical.

⁹⁷⁷ Articles L.152-1-1 du Code du travail.

⁹⁷⁸ Au total, selon Marie-Thérèse LANQUETIN dans son article précité, ont été collectées en 2005 : 110 décisions par sondage au 1/12ème (93 affaires) ; 478 décisions sur la base empirique (386 affaires) dont 432 décisions rendues par les juridictions civiles (351 affaires) et 46 décisions rendues par les juridictions pénales (35 affaires).

⁹⁷⁹ CCass Soc., 23 novembre 1999, Melle G. Seillier c/ CEA, *Droit social*, n° 6, 2000, p. 593, note Marie-Thérèse LANQUETIN.

⁹⁸⁰ CCass, Soc., 28 mars 2000, Fluchère, Dick et CFDT c/ SNCF, *Droit social*, n° 6, 2000, p. 593, note Marie-Thérèse LANQUETIN.

⁹⁸¹ Race, sexe...

⁹⁸² Orientation sexuelle...

⁹⁸³ LANQUETIN (Marie-Thérèse), GREVY (Manuela), Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, Note de synthèse, *Migrations études*, vol. 135, 2006, *op. cit.*, p. 12.

⁹⁸⁴ CCass Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-45.258, *Bull. civ.*, n° 126. et Ccass Soc., 4 juillet 2000, pourvois n° 97-44846 et 98-44959, *Droit Social*, n° 9/10, 2000, p. 919.

critères. Cette construction est utile pour le régime juridique d'autres discriminations. Il y a en effet un tronc commun aux différentes discriminations.

Ainsi la discrimination à raison du sexe. Si quelques décisions significatives ont été rendues⁹⁸⁵, les effets de structure de l'emploi n'ont pas fait l'objet d'une construction théorique des discriminations subies par les femmes. Le droit de la non-discrimination doit permettre d'en saisir certains aspects à l'aide par exemple de la comparaison hypothétique ou de la notion de discrimination indirecte. Par ailleurs, la grossesse n'est pas encore perçue comme un motif discriminatoire malgré une jurisprudence ancienne de la CJCE⁹⁸⁶, question qui a pourtant fait l'objet de la première question préjudicielle posée par la Chambre sociale de la Cour de cassation en 1995⁹⁸⁷.

Le contentieux à raison de la « race ou de l'origine ethnique » est faible. Cette discrimination est d'abord à l'embauche et se développe essentiellement devant les juridictions pénales.

Un contentieux devant les juridictions civiles de droit commun est possible, mais n'a pas été jusqu'ici sérieusement exploré. A la lumière des quelques décisions recueillies, on peut se demander si devant les juridictions civiles, il n'y a pas une réticence à nommer ce type de discrimination contrairement aux juridictions pénales⁹⁸⁸.

b) Un aménagement de la charge de la preuve dans la procédure civile

La construction s'est organisée autour d'un article clef, plusieurs fois complété après sa première adoption par la loi du 4 août 1982 : l'article L.122-45 du Code du travail⁹⁸⁹. Il est la synthèse d'un ensemble d'influences⁹⁹⁰. Son efficacité et son effectivité ont progressé grâce au droit de l'Union européenne⁹⁹¹.

⁹⁸⁵ CCass Soc., 9 février 1989, pourvoi n° 85-45.119, *Droit Social*, n° 12, 1995, p. 1036 et CCass Soc., 16 juillet 1998, pourvoi: 97-43484, *Droit Social*, n° 11, 1998, p. 947.

⁹⁸⁶ CJCE, 30 avril 1998, Mme Thibault c/ CNAVTS, Aff.C-136/95, *Rec. I*, 2011.

⁹⁸⁷ CCass. soc., 28 mars 1995, n° 90-41.231, *Bull* n° 110, p.78. Thibault. CJCE, 30 avril 1998, Mme Thibault c/ CNAVTS, Aff.C-136/95, *Rec. I*, 2011. Article 2 de la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, adoptée le 23 février 2006, *op. cit.*

⁹⁸⁸ LANQUETIN (Marie-Thérèse), GREVY (Manuela), Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, Note de synthèse, *Migrations études*, vol. 135, 2006, *ibidem*, p. 12.

⁹⁸⁹ L'article L. 122-45 du code du travail dispose qu'« aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de critères dont il fixe la liste ». Reprenant l'aménagement de la charge de la preuve prescrit par les directives communautaires, cet article impose à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

⁹⁹⁰ Le champ de l'article L. 122-45 a été étendu à l'ensemble des aspects de la relation de travail (rémunération, formation, reclassement, qualification, classification, promotion professionnelle, mutation, renouvellement de contrat) ; aux termes de l'article 1^{er} de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, les syndicats peuvent exercer en justice les actions qui naissent de l'article L. 122-45, pourvu que la victime avertie par écrit ne s'y oppose pas ; La même possibilité est ouverte aux associations, sous réserve de l'accord écrit de la personne en faveur de laquelle elles agissent.

⁹⁹¹ L'article 13 du TCE, les directives communautaires adoptées en matière de lutte contre les discriminations depuis les années 1970 : directive 76/207/CEE (*ibidem*), la Directive n° 2000/43/CE du 29 juin 2000 (*ibidem*), (transposée en droit interne par la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations précitée), et directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 et 2002/73/CE du 23 septembre 2000, *ibidem*.

Les motifs de discrimination n'ont pas le même impact suivant qu'ils concernent des domaines faisant l'objet ou non d'un régime juridique prédéterminé. Certains motifs, comme les opinions politiques, ne font l'objet d'aucune autre règle dans le Code du travail⁹⁹². En revanche, l'affirmation législative de certains motifs conduit à la réorganisation jurisprudentielle de la matière par référence à la discrimination et au régime de nullité qui en découle. Ainsi en est-il de la discrimination à raison de la santé qui a conduit la Chambre sociale à une nouvelle approche de sa jurisprudence relative à l'inaptitude⁹⁹³.

Adoptée après une dizaine d'années de débats tant juridiques que politiques, la prise en compte de ce nouveau régime de preuve par le juge national n'a pas été immédiate. Après un premier arrêt significatif rendu en 1997 en formation restreinte⁹⁹⁴, c'est par un arrêt du 23 novembre 1999 relatif à la discrimination à raison du sexe⁹⁹⁵ et un arrêt du 28 mars 2000 relatif à la discrimination syndicale⁹⁹⁶ que la Cour de cassation a adopté le droit de la preuve élaboré par le droit de l'Union européenne. La loi du 16 novembre 2001 a intégré à l'article L.122-45 du Code du travail⁹⁹⁷ ce régime probatoire (qui allège les obligations pesant sur le salarié par rapport aux exigences de l'Union européenne)⁹⁹⁸.

Désormais le texte de l'article L.122-45 du Code du travail prohibe la discrimination « directe ou indirecte » et le régime de preuve rappelle que les éléments de fait que le demandeur doit présenter au juge peuvent concerner « l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ». La loi ne définit pas ces notions qui sont des notions de droit de l'Union européenne, comme indiqué précédemment.

La directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 prévoit notamment que les Etats membres veillent à ce que des procédures judiciaires ou administratives « *soient accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe de l'égalité de traitement* »⁹⁹⁹, les associations pouvant engager toute procédure de cette nature, pour le compte ou à l'appui du plaignant¹⁰⁰⁰. Elle comporte en outre des dispositions relatives à l'aménagement de la charge de la preuve au profit du plaignant lorsqu'il

⁹⁹² Comme l'article L. 122-45 du code du travail.

⁹⁹³ Ccass Soc., 4 décembre 2012, la société Moulinex, société anonyme, et autres c/ Mme Marie-Gisèle A. et autre, n° 2601, *Bull chambre sociale*, décembre 2012. Ccass Soc., 5 décembre 2012. L'Association Régie de quartier Behren insertion, et autres c/ Mme Adrienne Z..., et autre, n° 2598. *Bull chambre sociale*, décembre 2012.

⁹⁹⁴ Cass soc., 12 février 1997 Usai-Chamignons/Douarre, n° 222, *Droit social*, 1997, p. 526, commentaire Marie-Thérèse LANQUETIN.

⁹⁹⁵ Cass Soc, 23 novembre 1999, Seillier / CEA, n° 97-42.940, *Bull.*, n°447, p. 329.

⁹⁹⁶ CCass, Soc., 28 mars 2000, Fluchère, Dick et CFDT c/ SNCF, *Droit social*, n° 6, 2000, p.593, note Marie-Thérèse LANQUETIN.

⁹⁹⁷ Aux articles 1, 2 et 3 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, *ibidem*.

⁹⁹⁸ Mais en réalité le demandeur doit apporter des éléments suffisamment probants pour que le juge déplace la charge de la preuve ou ordonne des mesures d'instruction.

⁹⁹⁹ Article 7 1) de la Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *ibidem* : « *Les États membres veillent à ce que des procédures judiciaires et/ou administratives, y compris, lorsqu'ils l'estiment approprié, des procédures de conciliation, visant à faire respecter les obligations découlant de la présente directive soient accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe de l'égalité de traitement, même après que les relations dans lesquelles la discrimination est présumée s'être produite se sont terminées* ».

¹⁰⁰⁰ Article 7 2) de la Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *ibidem*.

« établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte »¹⁰⁰¹, et requiert des Etats membres qu'ils désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement¹⁰⁰². Ces organismes doivent être en mesure : d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination ; de conduire des études indépendantes concernant les discriminations ; de publier des rapports indépendants et d'émettre des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations¹⁰⁰³.

Les organisations syndicales de fonctionnaires peuvent agir en justice devant le tribunal administratif : elles peuvent le faire contre les actes réglementaires concernant le statut du personnel, et contre les décisions individuelles qui portent atteinte aux intérêts collectifs des fonctionnaires¹⁰⁰⁴.

Deux principaux types de recours juridictionnels peuvent être engagés lors d'un procès pour discrimination au tribunal administratif : le recours pour excès de pouvoir, qui va viser le rétablissement de la situation antérieure par l'annulation d'une décision discriminatoire mais qui ne peut, sauf exception, déboucher sur l'annulation de contrat ; le plein contentieux¹⁰⁰⁵ ou contentieux de la responsabilité, qui est en principe le seul recours pouvant donner lieu à indemnisation ; la victime de discrimination devra vraisemblablement, pour obtenir des dommages et intérêts, soulever la responsabilité de l'administration.

Dans les situations précises de discrimination condamnées par le code pénal, il est toujours possible d'engager une action devant le tribunal correctionnel, selon les mêmes conditions que dans la sphère de l'emploi privé¹⁰⁰⁶.

B – L'INFLUENCE SUR LES VOIES DE RECOURS NON JURIDICTIONNELS

Les personnes qui s'estiment l'objet d'une discrimination dans l'emploi ou le travail peuvent agir par le biais de dispositifs non juridictionnels Les voies de recours comportent un ensemble de dispositifs non juridictionnels dans le secteur privé (1) ainsi qu'un recours administratif, dans le cadre de la fonction publique (b).

¹⁰⁰¹ Article 8 1) de la Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *ibidem*.

¹⁰⁰² Article 13 1) de la Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *ibidem*.

¹⁰⁰³ Article 13 de la Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *ibidem*.

¹⁰⁰⁴ Article 8 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *ibidem*.

¹⁰⁰⁵ Le recours de plein contentieux peut aboutir à l'annulation d'un acte mais aussi à sa réformation ou à d'autres mesures (notamment l'injonction).

¹⁰⁰⁶ Human European Consultancy, Migration Policy Group, *Sensibilisation dans les domaines de la non-discrimination et de l'égalité ciblant les organisations de la société civile*, Séminaires, 2012, p. 21.

1/ Un ensemble de dispositifs non juridictionnels dans le secteur privé

Les voies de recours non juridictionnels dans le secteur privé consistent à informer les délégués du personnel pour déclencher une procédure d'alerte auprès de l'employeur (a), et solliciter l'inspecteur du travail (b).

a) Un rôle de veille, d'alerte et d'interpellation des délégués du personnel

Le délégué du personnel dispose d'un rôle de veille, d'alerte et d'interpellation¹⁰⁰⁷ qui peut le conduire à saisir l'employeur s'il est informé et constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes dans l'entreprise. Cette atteinte aux droits des personnes peut notamment résulter d'une discrimination. Une fois saisi par le délégué du personnel, l'employeur ou son représentant est tenu de procéder sans délai à une enquête avec le délégué, et de prendre toute disposition pour remédier à la situation si nécessaire¹⁰⁰⁸. Si l'employeur conteste la réalité discriminatoire des faits, ou s'il ne donne pas suite par une enquête et ne cherche pas de solutions appropriées, le délégué du personnel peut saisir la juridiction des prud'hommes¹⁰⁰⁹.

b) Une conciliation possible par l'intermédiaire de l'inspecteur du travail

Un salarié peut enfin solliciter l'inspecteur du travail pour qu'il intervienne auprès de son employeur, notamment en vue d'une conciliation¹⁰¹⁰. En matière de discrimination, l'inspecteur peut se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de tous les faits discriminatoires qui sont visés par le code du travail ou par le code pénal¹⁰¹¹. Lorsqu'il constate des faits pénalement répréhensibles, l'inspecteur du travail peut dresser un procès-verbal : celui-ci fait foi jusqu'à preuve du contraire et il est transmis au procureur, qui décide des suites à donner¹⁰¹².

Ces deux types de procédures ne constituent pas un préalable obligatoire à la voie juridictionnelle.

¹⁰⁰⁷ IDM (International society for Diversity Management), *Rapport d'information nationale pour la France* : *Formations anti-discrimination et diversité*, *ibidem*, pp. 33-34.

¹⁰⁰⁸ Il s'agit du droit d'alerte institué par la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte (*JORF* n° 0090 du 17 avril 2013, p. 6465) et le Décret n° 2014-324 du 11 mars 2014 relatif à l'exercice du droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement dans l'entreprise (*JORF* n° 0061 du 13 mars 2014, p. 5191). Article L. 4133-1 à L. 4133-5 du Code du travail.

¹⁰⁰⁹ Si le salarié, averti par écrit, ne s'y oppose pas ou n'intente pas lui-même cette action.

¹⁰¹⁰ Article L. 8112-1 du Code du travail.

¹⁰¹¹ IDM (International society for Diversity Management), *Rapport d'information nationale pour la France : Formations anti-discrimination et diversité*, *ibidem*, p. 34. Article 225-2 (3° et 6°) du code pénal.

¹⁰¹² Circulaire DRT n° 2002-08 du 2 mai 2002 relative à la mise en œuvre de la loi de modernisation sociale, dispositions relatives à la lutte contre la précarité des emplois, *Bulletin Officiel du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle*, n. 2002/11 du 20 juin 2002.

Toute personne s'estimant l'objet d'une discrimination dans l'emploi peut également saisir directement le Défenseur des Droits¹⁰¹³.

2/ Le recours administratif dans le cadre la fonction publique

Dans la fonction publique, un fonctionnaire ou un agent relevant du droit public, objet de mesures discriminatoires, peut agir par différents moyens non juridictionnels. Le recours administratif ordinaire permet de demander la modification ou le retrait de la décision. La personne victime de discrimination liée au travail peut agir soit par le biais d'un recours gracieux ou hiérarchique auprès d'un supérieur qui peut alors prendre dans le dernier cas, des sanctions disciplinaires à l'encontre des fautifs¹⁰¹⁴. Elle peut également opter pour un mode alternatif de règlement de la situation, comme le recours auprès du défenseur des droits (b)¹⁰¹⁵.

a) Le recours gracieux et le recours hiérarchique dans le cadre de la fonction publique

Le recours gracieux et le recours hiérarchique sont des recours administratifs que peuvent exercer une personne discriminée, contre la décision prise par son autorité administrative. Il s'agit en fait d'une demande de réexamen du dossier par l'administration. Il se distingue donc du recours contentieux qui est formé devant le juge administratif. Le recours gracieux s'adresse à l'autorité administrative qui a pris la décision, le recours hiérarchique s'adresse à l'autorité supérieure à celle qui a pris la décision.

Il est possible de former un recours gracieux puis un recours hiérarchique, ou bien uniquement un recours hiérarchique ou un recours gracieux avant d'ester en justice.

L'administration dispose en principe d'un délai de 2 mois, à compter de la réception du recours administratif, pour y répondre. Malgré l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 modifiant l'article 21 de la loi n° 2000-321 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, le silence gardé par l'administration pendant deux mois¹⁰¹⁶ à un recours administratif (qu'il soit gracieux ou hiérarchique) vaut toujours rejet de la demande. Il s'agit d'une des exceptions générales à l'application du nouveau principe « silence vaut acceptation » prévu par l'article 21, alinéa 2, 2° de loi susmentionnée.

¹⁰¹³ Article 71-1(4) de la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au défenseur des droits, *ibidem*.

¹⁰¹⁴ Titre I de la loi 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *ibidem*.

¹⁰¹⁵ Selon L'article 28 II de la loi organique, le défenseur des droits peut proposer à l'auteur des faits une transaction « consistant dans le versement d'une amende transactionnelle... » et, « s'il y a lieu, de l'indemnisation de la victime ». La transaction peut également imposer diverses mesures d'affichage ou de diffusion par voie de communiqués de presse.

¹⁰¹⁶ Article R. 421-2 du Code de justice administrative

En cas de rejet implicite ou explicite, il est possible de faire un recours contentieux devant le juge administratif dans un délai de 2 mois. Une procédure d'urgence peut être enclenchée devant ce même tribunal, qui peut prendre des mesures conservatoires¹⁰¹⁷.

b) Le recours au Défenseur des droits

Conformément à l'article 13 TCE, la transposition de cette directive 2000/43, s'est faite par la loi du 30 décembre 2004 créant la HALDE. Elle a été remplacée par le Défenseur des droits. Seulement, le Défenseur des droits exerce d'autres missions que la lutte contre les discriminations, puisqu'il a également remplacé d'autres institutions telles que le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants... Cette substitution de différentes institutions en une seule a fait l'objet de vives critiques. Qualifié de « fourre-tout »¹⁰¹⁸, il n'en demeure pas moins que le Défenseur des droits exerce dorénavant, d'autres missions que celle de la disparue HALDE qui était de lutter contre les discriminations directes et indirectes. A cette fin, la loi lui confère des pouvoirs particuliers. Le Défenseur des droits peut tenter de concilier les parties, proposer une transaction (de nature quasi pénale) à l'auteur de la discrimination, saisir l'autorité judiciaire compétente... et faciliter l'accès à la preuve de la victime du traitement discriminatoire.

En effet, qu'il soit saisi d'office ou par la prétendue victime, le Défenseur des droits dispose d'un véritable pouvoir d'investigation. Il peut procéder à des vérifications sur place dans les locaux professionnels, auditionner toute personne susceptible de fournir des informations, ou exiger la production de documents. Si l'employeur ou toute autre personne s'oppose à de telles investigations, le Défenseur des droits peut saisir le juge des référés afin qu'elles soient autorisées. L'article 20 de la loi du 29 mars 2011 précise que lorsque le Défenseur des droits demande la production d'un document, il ne peut lui être opposé son éventuel caractère secret ou confidentiel. Le Défenseur des droits a donc un rôle déterminant dans la facilitation de l'accès à la preuve de la discrimination.

A l'instar du juge civil, le Défenseur des droits n'est pas tenu d'exercer son pouvoir d'investigation chaque fois qu'il est saisi. Libre à lui d'apprécier si les faits qui font l'objet d'une réclamation ou qui lui sont signalés appellent une intervention de sa part. Lorsqu'il décide de ne pas donner suite à une saisine, il doit en informer l'auteur de la réclamation.

¹⁰¹⁷ Lorsqu'un litige exige qu'une solution, au moins provisoire, soit prise dans l'urgence par le juge, une procédure spécifique dite de référé est prévue par la loi. Elle est confiée à un juge unique, généralement le président de la juridiction. Le juge des référés est saisi par voie d'assignation. Il instruit l'affaire de manière contradictoire lors d'une audience publique, et rend une décision sous forme d'ordonnance, dont la valeur n'est que provisoire et qui n'est pas dotée au fond de l'autorité de la chose jugée. L'ordonnance de référé ne tranche donc pas l'entier litige. Elle est cependant exécutoire à titre provisoire.

¹⁰¹⁸ PIQUEMAL (Marie), *Libération*, édition du 4 juin 2010. Le Défenseur des droits était notamment critiqué en raison son champ de compétence trop large.

L'action devant le défenseur des droits¹⁰¹⁹ est à la fois un recours administratif pré contentieux et un recours gracieux.

Toute personne s'estimant l'objet d'une discrimination dans l'emploi peut directement saisir le Défenseur des droits.

Le Défenseur des droits peut mettre en œuvre des solutions contraignantes telles que : présenter des observations devant les juridictions civiles, administratives ou pénales à l'appui d'un réclamant ; intervenir au soutien d'une transaction civile ou pénale ; saisir l'autorité disciplinaire pour lui demander d'engager des poursuites contre un agent ; recommander à l'administration de prendre des sanctions contre une personne physique ou morale, publique ou privée, soumise à autorisation ou agrément administratifs, qui serait à l'origine d'une discrimination.

Le recours au Défenseur des droits est gratuit. Le Défenseur des droits ne peut remettre en cause une décision de justice. Sa saisine n'interrompt ni ne suspend les délais de prescription des actions civiles, administratives ou pénales ni ceux des recours administratifs ou contentieux.

Il apprécie si les faits qui lui sont soumis.

Pour conclure, l'influence déterminante du droit de l'Union Européenne sur le droit interne français s'exerce en vertu des principes fondamentaux du droit de l'UE, rendant directement applicable en droit interne mais aussi par le biais des renvois préjudiciels ont pour objet d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union européenne en établissant une coopération judiciaire entre les juges nationaux et le juge de l'Union. Les renvois peuvent émaner de toute juridiction d'un État membre et porter soit sur des questions d'interprétation du droit de l'Union européenne, soit sur des questions d'appréciation de validité d'un acte législatif, comme une directive. Les arrêts rendus par la Cour sur ces renvois ont en principe une force obligatoire.

La CJUE peut être saisie de pourvois contre les arrêts et ordonnances du tribunal : ces pourvois sont limités aux questions de droit, c'est-à-dire à l'application du droit par les juges du tribunal ; la CJUE ne jugera pas les faits. Elle peut être saisie pour un réexamen de décisions du tribunal sur des recours formés contre les décisions des tribunaux spécialisés.

On constate alors, que la conception française de l'égalité insiste plus sur la généralité de la solution, conduisant ainsi parfois à confondre le principe d'égalité avec le principe de légalité. En revanche, la conception de l'Union, cherche à réaliser, un traitement suffisamment adapté aux particularités de la situation de fait. Ainsi, la règle générale de droit est adaptée et assouplie en vue d'atteindre des résultats

¹⁰¹⁹ Selon L'article 28 II de la loi organique, le défenseur des droits peut proposer à l'auteur des faits une transaction « consistant dans le versement d'une amende transactionnelle [...] et, s'il y a lieu, de l'indemnisation de la victime ». La transaction peut également imposer diverses mesures d'affichage ou de diffusion par voie de communiqués de presse.

*raisonnables et équitables*¹⁰²⁰. Les litiges sont souvent résolus en utilisant non seulement des règles de droit mais aussi des critères de raison et des considérations d'équité.

Il convient de noter enfin que l'approche du juge de l'Union européenne constitue une incitation permanente à l'égard du juge national à progresser dans la même direction.

¹⁰²⁰ CJCE, 2 octobre 2003, Garcia Avello, aff. C-148/02, *Rec*, p. I-11613 ; CJCE, 15 mars 2005, Bidar, aff. C-209/03, *Rec*, p. I-2119.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

En résumé, La norme onusienne a largement contribué à l'action anti discrimination liée au travail. Le droit de l'Union européenne, a directement influencé le droit interne. La charte sociale européenne connaît quant à elle un succès très relatif qui trouve encore son explication dans sa faiblesse et son manque d'effectivité au plan interne. En effet, les juges français ont longtemps refusé tout effet direct à la Charte sociale européenne ce qui a empêché son invocabilité par les justiciables. Cette position, qui contraste avec l'admissibilité sans difficulté de l'effet direct de l'ensemble des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, est souvent justifiée par l'insuffisante précision des dispositions de la Charte (et des traités de protection des droits sociaux d'une manière générale) qui rend nécessaire l'adoption de mesures internes complémentaires. Ces traités ne répondraient donc pas au critère objectif c'est-à-dire à l'un des critères que doivent remplir les normes internationales pour se voir reconnaître un caractère *self-executing*. Le second critère, le critère subjectif, suppose quant à lui que les Etats parties doivent avoir eu l'intention d'accorder un tel effet en créant des droits subjectifs à destination des individus et non de simples obligations interétatiques¹⁰²¹.

Face à ce déni des juges français, le Comité européen des droits sociaux adopte une attitude pragmatique. Le Comité n'a en effet jamais imposé aux juridictions nationales la reconnaissance de l'applicabilité directe de la Charte, il estime cependant qu'une telle reconnaissance est nécessaire à la réalité des droits qu'elle consacre. Aussi, dans une réclamation collective récente, lorsque le Gouvernement français a pu arguer de la possibilité pour le juge administratif d'assurer le contrôle de conventionalité de la norme réglementaire contestée par rapport à la Charte, le Comité a rejeté le moyen en se référant à la jurisprudence du Conseil d'Etat rejetant toute invocabilité de ce traité¹⁰²².

Le sort de la Charte devant les juges internes n'est cependant pas scellé. Certaines évolutions jurisprudentielles récentes apportent de nouveaux éléments venant nourrir la problématique de la reconnaissance de l'effet direct par les juges suprêmes français et laissent entrevoir un changement possible de leurs positions.

La norme onusienne a une influence dans la construction d'un corpus normatif relatif aux discriminations liées au travail, au niveau du droit interne. Le droit européen en vertu des principes juridiques d'articulation de ce droit avec le du droit national (effet direct, immédiateté et primauté) est applicable en droit français. Le droit interne français en vertu du principe de l'identité législative est en principe applicable au sein des collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution.

¹⁰²¹ DUPUY (Pierre-Marie), KERBRAT (Yann), *Droit international public*, 11^{ème} édition, Dalloz, 2012, p. 450.

¹⁰²² CEDS, 1^{er} décembre 2010, Conseil européen des Syndicats de Police (CESP) c/ France, réclamation n° 57/2009, réclam. 57/2009, § 23.

Quant est-il de l'application réelle de l'ensemble de ces normes au sein de ces collectivités territoriales ?

Le droit de l'Union européenne, de par ses principes fondamentaux, est directement applicable à ces territoires ultramarins régis par l'article 73 ; l'« ultrapériphicité » peut constituer une chance ou une barrière.

Des dispositions, dans le domaine du droit interne et singulièrement du droit travail, peuvent générer des inégalités liées à l'applicabilité dans les territoires situés outremer et l'applicabilité en métropole.

La lutte contre les discriminations au sein des collectivités situées outremer devra dépasser les simples questions de discriminations et d'inégalités : elle doit s'attacher à réduire les barrières.

Nous verrons dans cette seconde partie qu'il existe non seulement des problèmes relatifs à l'applicabilité du droit de la non-discrimination liée au travail aux territoires régis par l'article 73 de la Constitution, mais aussi que, s'il y a eu quelques progrès, les discriminations sont encore bien présentes dans ces territoires.

DEUXIEME PARTIE :
L'INSUFFISANTE DECLINAISON DU DROIT DE LA NON-
DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL AU SEIN DES TERRITOIRES REGIS
PAR L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION

INTRODUCTION DE LA DEUXIEME PARTIE

L'histoire des territoires relevant de l'article 73 de la Constitution est marquée par la discrimination en particulier s'agissant du domaine du travail, à commencer par l'esclavage colonial.

Ainsi, dès 1636, mention en est faite par le Père Breton¹⁰²³, il y eut des esclaves noirs.

Les français avaient besoin pour faire face à la concurrence des plantations espagnoles ou portugaises et à l'extension des plantations de cannes à sucre, d'une main d'œuvre de plus en plus importante, ce qui entraîne le recours aux Noirs d'Afrique. L'introduction de la culture de la canne à sucre¹⁰²⁴, étaient entièrement organisées en fonction de la production et de l'exportation des denrées coloniales¹⁰²⁵.

C'est entre 20 et 100 millions d'hommes et de femmes, jeunes et en âge de procréer, qui furent perdus pour l'Afrique¹⁰²⁶. Ils constituaient une force de travail servile¹⁰²⁷. La situation des esclaves fut réglementée, confirmant leur statut et la légalité de leurs situations¹⁰²⁸ : le code noir¹⁰²⁹.

Les conditions de travail étaient usantes. Le travail servile avait un caractère de contrainte forcée et de nombreuses maladies emportaient les esclaves : scorbut, tuberculose, dysenterie, variole, lèpre, trypanosomiase humaine africaine¹⁰³⁰. On utilisait les moyens les plus brutaux¹⁰³¹. Ce mode de production qui s'accompagnait d'une demande d'esclaves toujours accrue, était une des branches de l'activité économique les plus lucratives et les plus florissantes au XVII^{ème}¹⁰³².

Pour justifier l'esclavage, les intellectuels des Lumières comme Montesquieu rejetaient le catéchisme qui pose le principe de « tout homme est à l'image de Dieu », induisant une égalité fondamentale. Les Noirs portent le péché de Canaan et sont donc légitimement esclaves ; mais, « images de Dieu », ils sont

¹⁰²³ BRETON (Raymond), *Relations de l'île de la Guadeloupe faites par les Révérends Pères Prêcheurs Breton et Armand de la Paix, missionnaires dominicains à leur général en 1647*, Société d'Histoire de la Guadeloupe, Basse Terre, 1647, Réédition 1978, 214 p. Le père Breton fut l'un des quatre religieux de son ordre (dominicains) envoyé en Guadeloupe, lors de l'expédition de 1635.

¹⁰²⁴ BLERALD (Alain), Genèse de la plantation esclavagiste et formation de l'habitation sucrière, *Historial Antillais*, tome II, éd. Dajani, Pointe-à-Pître, 1982, pp. 160-180.

¹⁰²⁵ BLERALD (Alain), De l'économie primitive à l'économie marchande d'exportation, *Historial antillais*, tome II, premier semestre 1982, pp. 139-202.

¹⁰²⁶ MEYER (Jean), *Esclaves et négriers*, Gallimard, coll. Découvertes, Paris, 1986, 128 p. M 'BOKOLO (Elikia), *Afrique noire, Histoire et civilisation*, Tome 1. Hatier, Paris, éd. UNESCO, 1995, 188 p.

¹⁰²⁷ DE CAUNA (Jacques), *État sanitaire des esclaves et politique en matière de population sur une grande sucrerie de Saint-Domingue : l'habitation Fleuriau de Bellevue, 1777-1788*, éd. Daget 1988, pp. 205-221.

¹⁰²⁸ NIORT (Jean-François), DORIGNY (Marcel), La figure juridique du Noir à travers l'évolution de la législation coloniale française : XVII-XIX^{ème} siècle, Colloque pluridisciplinaire, *Les représentations du Noir dans la littérature, l'histoire et les arts européens et américains des XVIIIe, XIXe et début XXe siècle*, 27-28 février et 1^{er} et 2 mars 2013. Université des Antilles et de la Guyane, 2013.

SALA-MOLINS (Louis), Le Code Noir ou le calvaire de Canaan, dans, *Dialogues d'histoire ancienne*, Vol. 29, n°2, 2003, pp. 191-193.

¹⁰³⁰ Il s'agit de la maladie du sommeil, ramenée d'Afrique. Elle sévit exclusivement dans 36 pays d'Afrique subsaharienne où l'on trouve les mouches tsé-tsé (mouche qui tue le bétail) qui transmettent la maladie.

¹⁰³¹ On les poussait au travail à coups de fouet, on les punissait féroceement à la moindre peccadille. On les marquait pour les retrouver plus facilement s'ils s'enfuyaient. Beaucoup portaient jour et nuit un collier de fer sur lequel était inscrit le nom de leur maître, comme le sont aujourd'hui certains animaux domestiques.

¹⁰³² ANNEQUIN (Jacques), Esclavage et dépendance dans l'Antiquité, dans, *Dialogues d'histoire ancienne*, Chronique 2007, Vol. 33 n°2, 2007, pp. 155-174.

anthropologiquement aussi parfaits que les Blancs et parfaitement dignes d'être évangélisés¹⁰³³. Il s'agit là d'une radicale contradiction avec le soubassement de la théorie de la connaissance en général des philosophes des Lumières¹⁰³⁴. Avec Buffon, apparaît une rude hiérarchisation des races¹⁰³⁵. Les philosophes¹⁰³⁶ évoquent la perfectibilité, pour les Blancs et la dégénérescence, pour les Noirs, anthropologiquement dégénérés. Diderot et De Raynal critiquent les violences perpétrées par les négriers,¹⁰³⁷ mais ils touchent des dividendes sur l'esclavage. On peut pleurer sur le triste sort des esclaves noirs tout en touchant des bénéfices des compagnies négrières¹⁰³⁸. Condorcet, réputé pour avoir combattu l'esclavage, propose un moratoire de 70 ans dont 15 ans pendant lesquels le travail de l'esclave dédommagera le maître des frais d'achat et de formation de l'esclave avant son affranchissement¹⁰³⁹. Condorcet déclare plus tard, qu'il serait sage d'affranchir les métis, au sang « rédimé », et les Noirs attendront¹⁰⁴⁰.

Un florilège de textes bibliques légitimise l'esclavage auxquels hommes d'église et érudits se réfèrent. Les théologiens comme Saint Thomas d'Aquin taisent le passage du Lévitique¹⁰⁴¹, considérant que l'esclavage est dans la nature. C'est aussi la conclusion d'Aristote¹⁰⁴².

L'africanisation de Canaan apparaît comme une autre clé de légitimation de l'esclavage¹⁰⁴³ des noirs. L'éparpillement des hommes sur terre en partant des trois enfants de Noé : aux descendants de Sem (les Sémites), les rives orientales et méridionales de la Méditerranée ; à ceux de Japhet (les Japhétites), les rives septentrionales et occidentales de cette mer ; à ceux de Cham (les Chamites), les terres inconnues de l'Afrique, aussi loin qu'elles s'étendent. Canaan devient la souche de toute la population noire¹⁰⁴⁴.

¹⁰³³ SALA MOLINS (Louis), Nouveau millénaire, Défis libertaires Le Code noir est le texte juridique le plus monstrueux de l'histoire moderne, *Historia*, 2002, Propos recueillis par Eric Pincas.

¹⁰³⁴ SALA-MOLINS (Louis), Nouveau millénaire, Défis libertaires Le Code noir est le texte juridique le plus monstrueux de l'histoire moderne, *ibidem*.

¹⁰³⁵ Selon Buffon, « *Les Noirs jouent des coudes avec les orangs-outans pour occuper le palier le plus bas de la pyramide des races. Buffon voit dans le Blanc une perfection éthique, esthétique, physique* ». Georges-Louis LECLERC, comte DE BUFFON, né 7 septembre 1707 et mort le 16 avril 1788, est un naturaliste, mathématicien, biologiste, cosmologiste, philosophe, écrivain et franc-maçon français. Participant à l'esprit des Lumières, parallèlement à l'Encyclopédie, il est à la fois académicien des sciences et académicien français. Ses théories ont influencé deux générations de naturalistes, en particulier Jean-Baptiste DE LAMARCK et CHARLES DARWIN. Salué par ses contemporains, BUFFON a été qualifié de « *Pline de Montbard* », en référence au célèbre naturaliste romain du I^{er} siècle, auteur d'une monumentale Histoire naturelle.

¹⁰³⁶ Dans un entretien qu'il accorde en 2002 au magazine *Historia*, Louis SALA-MOLINS s'indigne du fait que pour la première fois dans l'histoire moderne cohabitent les mots « droit » et « esclavage » dans un ensemble homogène de lois.

¹⁰³⁷ Il y a comme une incapacité, pour ces gens de lettres cimentés dans les schémas de BUFFON, de voir les Noirs autrement qu'en dégénérescence et en attente d'un improbable mouvement vers l'accomplissement parfait du Blanc.

¹⁰³⁸ <http://libertaire.free.fr/Esclavage12.html>

¹⁰³⁹ CORNU (Michel), Les Lumières se sont-elles éteintes?, Conférence donnée le 29 octobre 2007, dans le cadre de l'exposition, *L'héritage des Lumières*, proposée par le Musée Alexis Forel, à Morges (Suisse), 25 décembre 2007.

¹⁰⁴⁰ SALA MOLINS (Louis), Nouveau millénaire, Défis libertaires, Le Code noir est le texte juridique le plus monstrueux de l'histoire moderne, *ibidem*.

¹⁰⁴¹ Lévitique XXV, 44-66.

¹⁰⁴² FEUGUERAY (Henri-Robert), *Essai sur les doctrines politiques de Saint Thomas d'Aquin*, éd. Chamerot, 1857, p. 78.

¹⁰⁴³ SALA-MOLINS (Louis), Le Code Noir ou le calvaire de Canaan, dans, *Dialogues d'histoire ancienne*, Vol. 29, n°2, 2003, *op. cit.*, pp. 191-193.

¹⁰⁴⁴ JOS (Emmanuel), *Préjugés raciaux et instrumentalisation religieuses : l'exemple du mythe de la malédiction de Cham*, IDHM : Institut des Droits de l'Homme de la Martinique Université des Antilles et de la Guyane. Institut d'études judiciaires, 2010.

En outre, pour Montesquieu, les hommes agissent en fonction de ce qu'exigent les climats¹⁰⁴⁵ : il y a un esclavage naturel, climatiquement chez les Noirs. Leur gouvernement est la tyrannie.

La théorie des climats et la hiérarchisation des races relèvent de la même logique.

L'esclave fut aboli en 1794 (par le décret du 4 février 1794), rétabli en 1802. Dans l'historiographie française du rétablissement de l'esclavage en 1802, seule la loi du 20 mai est traditionnellement évoquée par les historiens¹⁰⁴⁶ notamment juristes¹⁰⁴⁷. Même sur le rapport consacré au rétablissement de l'esclavage en 1802, le Comité de législation ne fait pas état de l'arrêté consulaire du 16 juillet 1802.

Pourtant, en ce qui concerne la zone des Amériques, cette loi ne concerne que les colonies restituées à la France par le traité d'Amiens, conclu le 25 mars 1802¹⁰⁴⁸ (Martinique, Sainte-Lucie et Tobago), ce qui exclut Saint-Domingue, la Guyane, ainsi la Guadeloupe, reprise aux Anglais dès 1794, et dans laquelle l'abolition de l'esclavage avait été appliquée, comme à Saint-Domingue et en Guyane. En effet l'article 1^{er} de la loi indique que : « *Dans les colonies restituées à la France en exécution du traité d'Amiens, du 6 germinal an X, l'esclavage sera maintenu conformément aux lois et règlements antérieurs à 1789* ». L'article 2 indique qu'« *Il en sera de même dans les autres colonies françaises, au-delà du cap de Bonne-Espérance* » : Les Mascareignes¹⁰⁴⁹. L'article 3 précise que « *La traite des noirs et leur importation dans lesdites colonies auront lieu conformément aux lois et règlements existants avant ladite époque de 1789* ».

Le retour au système esclavagiste en Guadeloupe ne pouvait donc juridiquement se faire en vertu de la loi du 20 mai 1802¹⁰⁵⁰. Pourtant, un historien guadeloupéen du XIX^{ème} siècle, Auguste LACOUR, juriste de profession, qui avait parfaitement compris la portée juridique de la loi du 20 mai 1802 et la nécessité d'un « acte législatif spécial » afin de rétablir l'esclavage à la Guadeloupe, avait évoqué un autre texte : l'arrêté consulaire de Bonaparte du 16 juillet 1802, qui n'avait été promulgué localement qu'en mai 1803 par le nouveau Gouverneur. Les spécialistes les plus réputés le confondent souvent avec un arrêté local du général RICHEPANSE du 17 juillet 1802¹⁰⁵¹. A la suite d'Auguste LACOUR, certains historiens ou

¹⁰⁴⁵ LAFONTANT (Julien-Joseph), Montesquieu et le problème de l'esclavage, dans, *L'esprit des lois*, Sherbrooke, éd. Naaman, 1979, pp. 47-48. Au regard de sa théorie du climat, Montesquieu voudrait « *faire de l'Europe la nation supérieure par excellence et de la race blanche qui y vit, la seule race des élus, la seule race qui ne doive à aucun prix connaître ou tolérer l'esclavage dans ses climats* » ; « *la théorie de Montesquieu est donc une théorie purement raciste, puisqu'elle a pour base l'inégalité des races humaines* ».

¹⁰⁴⁶ PLUCHON (Pierre), *Histoire de la colonisation française*, tome 1, *Le premier empire colonial*, Paris, Fayard, 1999, pp. 962-963.

¹⁰⁴⁷ BIGOT (Grégoire), Esclavage, dans, *Le Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de, ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), Paris, PUF, 2003, p. 642.

¹⁰⁴⁸ Le Traité d'Amiens signé le 25 mars 1802 entre le Royaume-Uni, d'une part, et la France, l'Espagne et la République batave (la majeure partie du territoire actuel des Pays-Bas), d'autre part. La paix d'Amiens dure à peine un an et prend fin le 18 mai 1803. C'est la seule période de paix générale en Europe entre les déclarations de guerre à la France à l'automne de 1793 et la première abdication de Napoléon en 1814.

¹⁰⁴⁹ Les Mascareignes sont un archipel de l'océan Indien formé de trois îles principales, dont La Réunion et l'île Maurice.

¹⁰⁵⁰ Cette loi est pourtant souvent présentée comme applicable à toutes les colonies françaises, comme dans les ouvrages déjà cités de Pierre PLUCHON, Louis SALA-MOLINS, ainsi que dans l'article de Grégoire BIGOT.

¹⁰⁵¹ Arrêté local du 17 juillet 1802, rétablissant l'esclavage en Guadeloupe.

essayistes guadeloupéens ou martiniquais avaient pourtant évoqué l'existence de cet arrêté consulaire du 16 juillet, tels Léo ELISABETH, mais de façon plus circonstanciée¹⁰⁵².

Le document a été finalement retrouvé à Paris fin 2007, par les professeurs Jean-François NIORT (Université des Antilles-Guyane) et Jérémie RICHARD (Université d'Aix-Marseille III). Selon les deux auteurs, dans sa forme imprimée au sein des Archives Nationales d'outremer consacrée à la correspondance administrative reçue mais aussi et surtout, *dans sa version originale*, au Centre Historique des Archives Nationales, signé par Bonaparte et sans doute écrit de sa main. Il indique principalement, dans son article 1^{er}, que « *La colonie de la Guadeloupe et dépendance sera régie à l'instar de la Martinique, de Ste-Lucie, de Tobago, et des colonies orientales, par les mêmes lois qui y étaient en vigueur en 1789* ». C'est une page particulièrement sombre de l'histoire coloniale de la France qui se trouve à nouveau évoquée.

S'agissant de l'arrêté RICHEPANSE, en Guadeloupe, un Conseil provisoire considéré comme rebelle est constitué. Le général Antoine RICHEPANSE, des troupes napoléoniennes, débarque dans l'île en mai 1802. La répression aboutit en quelques semaines à la mort de 10 000 personnes dont les principaux chefs du Conseil provisoire. L'esclavage fut rétabli en Guadeloupe le 17 juillet 1802 par arrêté local de RICHEPANSE, puis en Guyane, sous l'administration de Victor HUGUES, par le règlement général du 25 avril 1803.

L'esclavage fut aboli définitivement en 1848, mais de 1635, début de la colonisation, jusqu'au commencement du XVIII^{ème} siècle, arrivèrent à la Martinique et à la Guadeloupe des engagés européens (français en majorité), volontaires ou forcés. Les survivants aux 36 mois que durait cet engagement à la rigueur esclavagiste, représentèrent l'essentiel de la base sociale, sur laquelle se constitua la communauté plantocratique « békée »¹⁰⁵³.

Après 1848¹⁰⁵⁴, se pose le problème de trouver une main-d'œuvre pour les travaux agricoles. Les travailleurs libres quittent les habitations, pour occuper sans titre des lopins de terres moins riches des régions accidentées. Ceux qui restent doivent être payés par les colons, qui souvent manquent de liquidités. Dès 1848, la solution de l'immigration est évoquée, à l'exemple des colonies anglaises de la Caraïbe¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵² NIORT (Jean-François), RICHARD (Jérémie), *A propos de la découverte de l'arrêté consulaire du 16 juillet 1802 et du rétablissement de l'ancien ordre colonial à la Guadeloupe*, Centre international de recherches sur les esclavages, Université des Antilles et de la Guyane, étude, pp. 31-59.

¹⁰⁵³ L'ETANG (Gerry), *De l'héritage culturel Congo, indien et chinois à la Martinique*, conférence, Université des Antilles et de la Guyane, 21 avril 2003 ; BERNARD (David), *Les origines de la population martiniquaise au fil des ans (1635-1902)*, *Mémoires de la Société d'histoire de la Martinique*, n° 3, Fort-de-France, 1973, 188 p.

¹⁰⁵⁴ Année des abolitions de l'esclavage.

¹⁰⁵⁵ ADELAÏDE-MERLANDE (Jacques), *Documents d'histoire antillaise et guyanaise 1814-1914*, Fort-de-France, 1979, 323 p.

La plantocratie, soucieuse de renouveler la main d'œuvre, suscita l'arrivée dans l'île de 37 008 engagés sous contrat : 25 509 indiens, 10 521 Congos et 978 Chinois¹⁰⁵⁶. Aux chiffres de l'immigration officielle, il faut rajouter 119 Indiens arrivés de la Caraïbe anglaise, et 6 Chinois en provenance vraisemblablement des mêmes îles. Il convient enfin de mentionner, la venue à la même période de quelques centaines de Madériens et d'Européens¹⁰⁵⁷.

Contrairement à beaucoup d'idées reçues, il y a toujours eu des Amérindiens aux Antilles françaises. Cependant à partir du milieu du XIX^e siècle, les Amérindiens ont été de plus en plus confondus avec les immigrants asiatiques à cause de leur ressemblance physique¹⁰⁵⁸.

La colonisation, le capitalisme marchand et l'instauration de l'esclavage ont conduit à la stratification de ces sociétés, fondées sur des distinctions raciales : les propriétaires esclavagistes d'origine européenne et la main d'œuvre servile d'origine africaine¹⁰⁵⁹. La hiérarchie des classes sociales correspondant à l'échelle des couleurs. La lutte des politiques comme Victor SCHOELCHER, de personnalités telles que l'Abbé Grégoire ainsi que la révolte des esclaves, ont permis d'abolir l'esclavage mais les pratiques discriminatoires sont bien présentes dans ces sociétés modernes.

Les discriminations blessent, parce qu'elles sont injustes et mettent en cause l'égalité. L'égalité ne dépend pas seulement de la dénonciation de l'intensité des discriminations subies, elle dépend aussi de la volonté de chaque individu de vivre ensemble. En essayant de comprendre ce que les discriminations font aux individus, elle s'oblige aussi à dire ce que les discriminations font aux sociétés.

Ainsi, l'exigence de reconnaissance ne se borne pas à dénoncer ce qui stigmatise et discrimine, elle interroge aussi ce que nous avons en commun et nos manières de vivre ensemble. On observe en France un processus a priori paradoxal. D'un côté, les discriminations sont quasi unanimement condamnées et les dispositifs visant à les combattre se sont multipliés. Mais, d'un autre côté, la lutte contre les discriminations se heurte à de fortes résistances. Les discriminations obligent à poser le problème de la « communalité », de ce qui fait que les hommes soient suffisamment proches pour qu'ils veuillent être égaux.

Pour les citoyens colonisés pendant un siècle, le statut de département apparaît comme la garantie d'une inscription définitive dans un ensemble français¹⁰⁶⁰. La reconnaissance attendue passe par les signes d'une véritable égalité. Mais celle-ci doit être entendue à la fois comme une équivalence de traitement et

¹⁰⁵⁶ DAVID (Bernard), Les origines de la population Martiniquaise, *Mémoire de la Société d'Histoire de la Martinique*, n° 3, 1973, *op. cit.*

¹⁰⁵⁷ ADELAÏDE-MERLANDE (Jacques), *Documents d'histoire antillaise et guyanaise 1814-1914*, Fort-de-France, *op. cit.*

¹⁰⁵⁸ CELMA (Cécile), *Les civilisations amérindiennes des petites Antilles*, Musée Départemental d'Archéologie Précolombienne, exposition, 2004. Léo ELISABETH évoque les conditions d'existence des amérindiens dans une émission intitulée « *Une commune, une histoire* » sur Antilles Télévision.

¹⁰⁵⁹ GIRAUD (Michel), Races, classes et colonialisme à la Martinique, dans, *L'Homme et la société*, n° 55-58, 1980, Modes de production et de consommation, pp. 199-214.

¹⁰⁶⁰ DUMONT (Jacques), Conscription antillaise et citoyenneté revendiquée, *Vingtième siècle*, octobre-décembre 2006, p. 101-116.

le sentiment d'une réelle prise en compte¹⁰⁶¹. Tout frein à une complète égalité renvoie à une citoyenneté inachevée, voire contestée. Le but essentiel est alors d'obtenir une pleine égalité des droits : pour celui qui, s'instruisant, est devenu un français par la culture devra être finalement reconnue sans discrimination, l'entière qualité de citoyen¹⁰⁶².

Après la départementalisation, la question centrale rapidement posée est celle des limites à la stricte application du nouveau statut. Le législateur a introduit dans la Constitution du 26 octobre 1946 l'article 73 qui dispose que « *le régime législatif des départements d'outremer est le même que celui des départements métropolitains, sauf les exceptions déterminées par la loi* ». Certes, l'application rigide des mesures prévues pour la métropole ne peut toujours convenir à la situation outremer. Mais toute adaptation ou application différée est perçue dans un premier temps comme discriminatoire. Or la départementalisation s'accommode rapidement d'aménagements. Des adaptations, notamment juridiques, prolongent la situation antérieure où les textes métropolitains faisaient l'objet de décrets d'application¹⁰⁶³.

En effet, les textes constitutionnels français successifs, avant 1946 s'inscrivent dans une double problématique : territoriale (distinguant les peuples de métropole et ceux des colonies) et de citoyenneté (reconnaissance ou pas la qualité de citoyen aux personnes issues des colonies ou de telle ou telle colonie), ayant pour conséquence l'exercice de droits liés à la qualité de citoyens participant à l'expression de la « volonté générale souveraine ».

L'utilisation de l'expression « peuples d'outremer » dans le texte constitutionnel de 1946 intègre ces peuples dans un cadre juridique et politique : « l'union française », de l'égalité et de la non-discrimination¹⁰⁶⁴, une égalité en droit qui n'est pas une égalité réelle. L'une des finalités étant celui du développement indiqué à l'alinéa 17¹⁰⁶⁵. L'alinéa 18¹⁰⁶⁶ inscrit l'évolution des territoires dans le cadre

¹⁰⁶¹ BLERALD (Alain), La citoyenneté française aux Antilles et ses paradoxes, dans, CONSTANT (Fred), DANIEL (Justin), sous la direction de, *1946-1996 : Cinquante ans de départementalisation outremer*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 193-221.

¹⁰⁶² LEIRIS (Michel), *Contacts de civilisations en Martinique et en Guadeloupe*, Gallimard, Collection Race et société, Paris, 1955, p. 99.

¹⁰⁶³ Le préfet TROUILLÉ, dans son rapport adressé au Ministre de l'Intérieur en janvier 1948, signale que les réalisations entreprises depuis son installation ont été souvent faites à l'aide de textes gubernatoriaux (relatifs à un gouverneur), dans, DUMONT (Jacques), *La quête de l'égalité aux Antilles : la départementalisation et les manifestations des années 1950, Le mouvement social*, n° 230 ; La découverte, janvier 2010, pp. 79-98.

¹⁰⁶⁴ Alinéa 16 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *La France forme avec les peuples d'outremer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion* ».

¹⁰⁶⁵ Alinéa 17 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 « *L'Union française est composée de nations et de peuples qui mettent en commun ou coordonnent leurs ressources et leurs efforts pour développer leurs civilisations respectives, accroître leur bien-être et assurer leur sécurité* ».

¹⁰⁶⁶ Alinéa 18 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 « *Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ; écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus* ».

unique de la libre administration. Il s'agit d'une prise de position contre la colonisation, le respect des droits fondamentaux, la démocratie et pour l'égalité dans l'accès à la fonction publique.

Ces trois alinéas s'inspirent de l'article 73 de la Charte des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945. En vertu de cette Charte (§ e), qui invite les puissances administratrices à communiquer sur l'évolution de la situation des territoires non autonomes, la France a érigé les « quatre vieilles » en départements français par la loi de la départementalisation. L'article 60 du titre VIII de la Constitution de 1946 identifie d'un côté la France métropolitaine et de l'autre, les DOM-TOM. La France intègre les DOM aux territoires de la République et leur statut est régi par le droit interne. L'article 85 ne fait pas des DOM une catégorie distincte de collectivités territoriales. Les articles 73¹⁰⁶⁷ et 74¹⁰⁶⁸ de la Constitution de 1946 font une distinction entre DOM et TOM.

L'article 73 aligne le régime législatif à celui de la Métropole (identité législative), avec possibilité d'exceptions déterminées par la loi. Ce régime cesse de s'appliquer dès le 24 décembre (date d'entrée en vigueur de la Constitution de 1946).

Ce régime législatif a soulevé quelques difficultés d'interprétation. Le Conseil d'Etat précise qu'à l'élaboration de la loi, le législateur peut édicter des dispositions spéciales, le régime de spécialité législative est remplacé par le régime d'application de plein droit dès l'entrée en vigueur de la Constitution, les textes législatifs et réglementaires en vigueur avant la loi du 19 mars 1946, ne sont pas applicables, les lois votées entre le 19 mars 1946 et le 24 décembre 1946, ne sont applicables que sur mention expresse¹⁰⁶⁹. Le 16 décembre 1947¹⁰⁷⁰, le Conseil d'Etat précise la possibilité d'adaptation des lois en vigueur, aux conditions de vie. Cette adaptation peut soit introduire des modifications tenant compte de la volonté du législateur et du constituant en vertu du principe d'assimilation, soit maintenir la réglementation locale.

Localement, un décret du 7 juin 1947, met en place l'institution préfectorale avec des compétences plus larges que ceux de Métropole (sécurité, fixation des prix, expulsion des étrangers...).

Le décret du 1^{er} novembre 1947 et la loi du 2 août 1949 soumet les conseils généraux à la loi du 10 août 1871. Outre l'octroi de mer, et des compétences plus étendues que les départements de droit commun, ils perdent cependant l'autonomie financière¹⁰⁷¹.

En dépit, de toutes ces dispositions constitutionnelles et des avis du Conseil d'Etat, la réalité fut décevante. En effet les questions relatives aux DOM, s'agissant de l'administration centrale dépendent des compétences des différents ministères, ensuite elles dépendent à partir du 2 septembre 1954, d'un

¹⁰⁶⁷ Article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *Le régime législatif des départements d'outremer est le même que celui des départements métropolitains, sauf exceptions déterminées par la loi* ».

¹⁰⁶⁸ Article 74 de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *Les territoires d'outremer sont dotés d'un statut particulier tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République* ».

¹⁰⁶⁹ Avis du Conseil d'Etat, 29 avril 1947.

¹⁰⁷⁰ Avis du Conseil d'Etat, 16 décembre 1947.

¹⁰⁷¹ JOS (Emmanuel), *Contribution à l'histoire juridico-politique de l'outremer français : Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte et la Réunion, vers des statuts sur mesure*, L'Harmattan, novembre 2012, *op. cit.*, pp. 46-50.

préfet hors classe exerçant la fonction d'IGAME¹⁰⁷², au sein du ministère de l'intérieur, puis à un secrétaire d'Etat aux DOM, puis à un Comité interministériel permanent de coordination pour les DOM. L'IGAME préside dès décembre 1954, le comité interministériel permanent de coordination pour les DOM, rattaché à la Présidence du Conseil¹⁰⁷³. Les attributions de l'IGAME sont transférées à un secrétaire général pour l'administration des DOM, le 24 décembre 1958¹⁰⁷⁴.

Les constituants ont souhaité un équilibre entre assimilation et adaptation qui se traduit par la non application de certains textes métropolitains et parfois l'instauration d'un régime moins favorable pour les DOM. Certaines extensions sont en effet jugées trop coûteuses, particulièrement en matière sociale. L'adaptation était invoquée pour empêcher l'assimilation¹⁰⁷⁵.

Finalement, si certains textes dans le domaine économique et social ont été étendus, l'égalité a dû être arrachée par des luttes ouvrières. Pendant ces périodes troublées, l'histoire des DOM est jalonnée des mouvements sociaux suivis par une dure répression.

Les inquiétudes énoncées en Guadeloupe par Paul VALENTINO, l'un des politiques antillais à émettre à cette époque de sérieuses réserves sur l'alignement statutaire intégral, s'avèrent rapidement prémonitoires : « *Une assimilation qui remettrait désormais au gouvernement central la responsabilité totale du destin des peuples coloniaux finirait par porter atteinte aux liens sentimentaux qui les unissent à la métropole* »¹⁰⁷⁶.

Césaire déplore l'absence de réponses aux besoins immenses de la population. Il qualifie l'assimilation de caricature, de parodie d'assimilation. Après la fusillade du 2 mars 1948 à l'habitation Lajus au Carbet (Martinique) dans laquelle 3 martiniquais ont trouvé la mort, Césaire interpelle Monsieur Jules MOCH, Ministre de l'intérieur, en ces termes : « ... *Vous avez fait naître chez ces hommes le sentiment national martiniquais, guadeloupéen ou réunionnais, (...) Laissez-moi vous dire qu'en pays colonisé, c'est presque toujours le sentiment de l'injustice qui détermine l'éveil ou le réveil des nationalismes indigènes* »¹⁰⁷⁷.

L'arrivée de De Gaulle au pouvoir en 1958 va changer la donne.

L'administration, bien consciente des difficultés, en tire des conclusions légitimant les adaptations : « *Le système administratif mis en place pour les DOM après la loi du 19 mars 1946, est incohérent, lourd et compliqué. La raison en est simple : on a plaqué presque intégralement sur ces pays lointains et de*

¹⁰⁷² Inspecteur Général de l'Administration en Mission Extraordinaire.

¹⁰⁷³ JACQUEMART (Sylvie), Le ministère des départements et territoires d'outremer, dans FORTIER (Jean-Claude), sous la direction de, *Questions sur l'administration des DOM : Décentraliser outremer ?*, Economica, Presses universitaires Aix-Marseille, 1989, pp. 41-56

¹⁰⁷⁴ JOS (Emmanuel), *Contribution à l'histoire juridico-politique de l'outremer français, Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte et la Réunion, vers des statuts sur mesure*, L'Harmattan, novembre 2012, *ibidem*, p. 50.

¹⁰⁷⁵ MICLO (François), Les contours du principe constitutionnel d'adaptation, dans, FORTIER (Jean-Claude), sous la direction de, *Questions sur l'administration des DOM : Décentraliser outremer ?*, Economica, Presses universitaires Aix-Marseille, 1989, pp.101-108.

¹⁰⁷⁶ THEOBALD (Gérard), *La Liberté est ou n'est pas...*, Editions Publibook, avril 2014, p. 251.

¹⁰⁷⁷ JOS (Emmanuel), La loi du 19 mars 1946 : une lecture rétrospective, dans, MARION (Gabriel), sous la direction de, *Mélanges en hommage à Bernard VONGLIS*, L'Harmattan, 2000, *op. cit.*, pp. 175-210.

climat tropical, le régime administratif de la métropole »¹⁰⁷⁸. Si les différents acteurs s'accordent sur la dénonciation d'une politique d'alignement, la solution d'une plus grande autonomie de décision, clairement réclamée aux Antilles lors de la mise en place de la Cinquième République, est remplacée par la « départementalisation adaptée ».

Dans la Constitution du 4 octobre 1958, le cadre juridique et politique : « l'union française », est remplacé par un cadre statutaire qui figure dans le titre XI portant sur les mutations statutaires possibles). La nouvelle rédaction de la Constitution « *met davantage en avant l'idée d'une adaptation de l'ordre juridique aux conditions propres à chaque département* »¹⁰⁷⁹. Selon la décision du Conseil constitutionnel du 14 janvier 1983, les mesures d'adaptations relèvent, selon leur objet de la voie législative ou de la voie réglementaire. S'agissant de simples mesures d'application d'une disposition législative, c'est à l'autorité réglementaire qu'il appartient de les prendre. S'agissant des limites de cette adaptation, tant le Conseil constitutionnel que le Conseil d'Etat considère que l'adaptation ne doit pas porter atteinte au principe d'assimilation, qui doit prévaloir. La situation particulière des DOM évoque la situation géographique (éloignement, insularité, isolement), démographique, économique et sociale. La jurisprudence du Conseil constitutionnel s'est avérée particulièrement restrictive. Selon Le professeur Jean-Claude DOUENCE, « *l'article 73 interprété par le Conseil constitutionnel soumet l'adaptation à des exigences supérieures à celles qui résulteraient du principe général d'égalité et paradoxalement les pouvoirs publics disposent de moins de liberté pour prendre des mesures spécifiques aux DOM qu'à l'égard des autres parties du territoire national* »¹⁰⁸⁰. Cela explique la volonté de réécrire l'article 73 de la Constitution.

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003¹⁰⁸¹ augure un véritable changement de perspective pour les collectivités de l'article 73 de la Constitution¹⁰⁸². La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique ainsi que La Réunion disposent désormais de la faculté de bénéficier d'un statut « à la carte », tant au niveau de leur organisation administrative, que de l'application du droit sur leur territoire. L'ancrage constitutionnel de l'outremer à la France métropolitaine a été renforcé de manière significative, notamment par l'insertion nominative de ces quatre territoires, au même titre d'ailleurs que les autres collectivités territoriales d'outremer, dans le corps même de la Constitution¹⁰⁸³. Ce statut « à la carte » comporte ainsi deux facettes. Il permet, d'une part, une évolution institutionnelle différenciée pour chacun des DROM et,

¹⁰⁷⁸ IGEN (Inspection générale de l'économie nationale), Commissariat général du plan, *Un projet d'organisation administrative des DOM*, Rapport, 1^{er} décembre 1959.

¹⁰⁷⁹ LAMPUE (Pierre), *Droit d'outremer et de la coopération*, Précis Dalloz, Paris, 1969, pp. 145-146.

¹⁰⁸⁰ DOUENCE (Jean-Claude), *Le statut constitutionnel des collectivités d'outremer*, *RFDA*, n° 3, mai-juin 1992, pp. 462-478.

¹⁰⁸¹ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JORF* n° 75 du 29 mars 2003, p. 5568.

¹⁰⁸² CUSTOS (Dominique), *Vers une autonomisation de l'évolution institutionnelle des DOM ?*, *Revue Politique et Parlementaire*, n° 1009-1010, 2001, pp. 47-60.

¹⁰⁸³ Article 72-3 alinéa 2.

d'autre part, un renforcement de l'autonomie normative au profit de ces collectivités. L'évolution statutaire peut se concrétiser à l'intérieur même de l'article 73 mais aussi à l'extérieur de celui-ci¹⁰⁸⁴.

Trois hypothèses sont envisagées par l'article 73 : le statu quo institutionnel, le maintien des deux collectivités, dotées d'une assemblée délibérante unique¹⁰⁸⁵ et la substitution au département et à la région d'outremer une collectivité unique.

Quant au renforcement de l'autonomie normative, La Constitution attribue aux collectivités territoriales régies par l'article 73 un véritable pouvoir de création normatif spécifique. Ces collectivités sur habilitation préalable du législateur, peuvent se substituer au législateur sous la forme de dispositions de valeur réglementaire. Ce pouvoir réglementaire ne peut s'exercer dans un certain nombre de matières figurant à l'article 73, alinéa 4¹⁰⁸⁶. De plus l'alinéa six de l'article 73 précise que les habilitations « *ne peuvent intervenir lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti* ». Il s'agit là d'une garantie contre toute atteinte éventuelle aux principes fondamentaux liés au travail, notamment celui de non-discrimination¹⁰⁸⁷.

Pour ce qui est de la Réunion, s'il est clair que l'alinéa 5 de l'article 73 exclut l'utilisation des habilitations à adopter des règles spécifiques par le département et la région de ce territoire, tout en leur laissant la possibilité d'être habilités à procéder à des adaptations des règles nationales sur la base de l'alinéa 2 de l'article 73, le fait de mentionner dans cet article le département et la région de la Réunion signifie-t-il que ce territoire ne puisse pas utiliser la possibilité offerte par l'alinéa 7 de l'article 73 de mettre en place une collectivité unique se substituant au département et à la région ? Il existe sur ce point un débat doctrinal. Il appartiendra au Conseil constitutionnel de trancher la question¹⁰⁸⁸.

En ce qui concerne la situation sociale dans les outremer, « *Le mouvement populaire contre la vie chère de février mars 2009 a servi de rappel de l'existence de nombreuses frustrations* »¹⁰⁸⁹. Les inégalités des chances s'accroissent, sinon se perpétuent : augmentation bien réelle des inégalités des revenus et de la pauvreté, la permanence des inégalités patrimoniales, panne de l'ascenseur social. Le mouvement populaire de 2009 a désigné les responsables : entreprises qui entretiennent l'opacité de la sphère économique, certains représentants politiques qui s'accommodent de la situation. Des pratiques qui trouvent leur origine dans la société coloniale.

¹⁰⁸⁴ L'article 72-4 de la Constitution, permet la migration statutaire vers l'article 74 et vice versa.

¹⁰⁸⁵ Article 73, alinéa 7.

¹⁰⁸⁶ La nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral, Cette liste n'étant pas exhaustive.

¹⁰⁸⁷ DELBLOND (Antoine), Différenciations sociales et discriminations en droit français, dans, LISE (Pierre), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), sous la direction de, *outremer et devise républicaine*, LGDJ, L'Harmattan, septembre 2012, *op. cit.*, pp. 87-148.

¹⁰⁸⁸ MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), La Réunion dans la Constitution, dans, MAESTRI (Edmond), sous la direction de, *La décentralisation, histoire, bilans et évolutions*, L'Harmattan, 2003, p. 356.

¹⁰⁸⁹ VAUGIRARD (Victor), *Etats Généraux de l'outremer*, Rapport général pour la Martinique, *France-Antilles*, supplément, 26 septembre 2009, p 10.

Certes ces pratiques se perpétuent au sein des territoires régis par l'article 73 de la Constitution, mais aussi en métropole. Les anciennes colonies sont particulièrement visées par les discriminations. Les critères pour lesquels ils sont discriminés sont la couleur de peau, associée à d'autres critères. En effet, les critères relatifs à l'origine ou la couleur de peau sont le plus fréquemment cités, en rapport avec le travail, comme élément déclencheur de ces attitudes hostiles (15,8 %), ce taux avoisinant les 41 % pour les natifs de l'outremer, 34,5 % pour les descendants d'immigrés d'origine africaine et 32 %, contre 15,5 % des descendants d'immigrés « autres origines »¹⁰⁹⁰. L'outremer, pourtant français, vient en troisième position : « *Cette répartition suit des fluctuations importantes selon le lien à la migration. L'origine et la couleur de peau sont essentiellement évoquées par les immigrés et les fils ou filles d'immigrés et ces motifs sont tellement saillants qu'ils tendent à dissimuler les autres critères de discrimination. La couleur de peau occupe une place déterminante dans la liste des motifs pour les fils ou filles de personnes nées dans les DOM ou d'immigrés d'Afrique subsaharienne : citée respectivement par 73 % et 88 % d'entre eux, elle supplante largement l'origine ou la nationalité comme motif des discriminations rapportées* »¹⁰⁹¹

Le Rapport Bucca de 1981¹⁰⁹², relatif à la problématique de la discrimination est le premier rapport qui s'intéresse aux discriminations sur les personnes venues des outremer.

Dans ce contexte historique, juridique et social, il y a lieu de se demander dans quelle mesure il y a déclinaison dans les territoires régis par l'article 73 de la Constitution du droit universel, européen et national de la non-discrimination liée au travail ? La question consiste à se demander d'une part quel est le régime d'applicabilité de ce droit à ces territoires et d'autre part quel est son degré d'application ? Il s'agira de montrer dans les développements qui vont suivre que l'applicabilité de ce droit à ces territoires est différenciée (Titre I) et qu'il existe un déficit d'application de ce droit au sein de ces territoires qu'il convient de diagnostiquer pour proposer des solutions (titre II).

¹⁰⁹⁰ EBERHARD (Mireille), SIMON (Patrick), *Égalité professionnelle et perception des discriminations à la ville de Paris*, Enquête auprès d'agents de la Ville de Paris, INED, juin 2012, p. 14.

¹⁰⁹¹ BEAUCHEMIN (Cris), HAMEL (Christelle), LESNÉ (Maud), SIMON (Patrick), Les discriminations : une question de minorités visibles, *Population et sociétés*, pp. 3-4.

¹⁰⁹² MARIE (Claude-Valentin), Évolutions de la mobilisation autour des discriminations, dans, ETIENNE (Sophie), sous la direction de, *La Professionnalisation : Une réflexion commune des Associations pour l'Enseignement et la Formation des Travailleurs Immigrés et de leurs familles, autour du métier de formateur, Savoirs et Formations*, n° 52, décembre 2001, p. 2.

TITRE I :
UNE APPLICABILITE DIFFERENCIEE AUX TERRITOIRES REGIS PAR
L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION DU DROIT UNIVERSEL, DU DROIT
EUROPEEN ET DU DROIT NATIONAL RELATIFS A LA NON-
DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL

Les conventions internationales s'appliquent en outremer sous réserve de dispositions de non applicabilité figurant dans le texte lui-même ou dans une réserve émise par la France au moment de la ratification¹⁰⁹³. Sauf réserves territoriales, les traités sont applicables dans les collectivités territoriales situées outremer en vertu du principe d'identité législative. Les principales conventions conclues sous l'égide du Système des Nations Unies s'appliquent sans restrictions géographiques sur le territoire national. En matière de non-discrimination liée au travail, les principales conventions universelles sont : la Charte Internationale des Droits de l'Homme¹⁰⁹⁴ ; la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ainsi que des conventions de l'OIT.

Le droit européen de la non-discrimination, constitué des directives de l'Union européenne relatives à la non-discrimination, de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, et du Protocole n° 12 à cette Convention et la Charte Sociale Européenne interdit toute discrimination fondée sur un certain nombre de motifs et exercée dans un certain nombre de contextes.

L'applicabilité au sein des collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution est différenciée tant pour le droit universel que pour le droit européen. On peut constater pour ce qui est des traités internationaux relatifs à la non-discrimination liée au travail, une applicabilité variable aux territoires régis par l'article 73 de la Constitution (chapitre I). S'agissant du droit européen et du droit interne français relatifs à la non-discrimination liée au travail, on peut faire état d'une applicabilité de plein droit avec possibilités d'adaptation à la Guyane, la Guadeloupe, la Martinique, La Réunion et Mayotte (chapitre II).

¹⁰⁹³ CE, 14 mai 1993, CE, Smets, *AJDA*, 1993, p. 500.

¹⁰⁹⁴ La Charte Internationale des Droits de l'Homme inclut la DUDH, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) ainsi que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

CHAPITRE I
UNE APPLICABILITE VARIABLE AUX TERRITOIRES REGIS PAR L'ARTICLE 73 DE LA
CONSTITUTION DES TRAITES INTERNATIONAUX RELATIFS A LA NON-
DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL

Un traité lie chacune des Parties à l'égard de l'ensemble de son territoire¹⁰⁹⁵. Ce principe peut être difficile à appliquer dans certaines situations.

Ainsi, certaines parties du territoire d'un État peuvent être soumises à un régime juridique distinct : c'est le cas par exemple du territoire métropolitain par rapport à des territoires non métropolitains. Il convient de présenter ci-après l'applicabilité aux territoires régis par l'article 73 de la Constitution des traités relatifs à la non-discrimination liée au travail conclus dans le cadre du Système des Nations Unies (I) et ceux conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe (II).

I – L'APPLICABILITE AUX TERRITOIRES REGIS PAR L'ARTICLE 73 DE LA
CONSTITUTION, DES TRAITES RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU
TRAVAIL CONCLUS DANS LE CADRE DU SYSTEME DES NATIONS UNIES

Les diverses composantes de la Charte internationale des droits de l'homme sont applicables de façon diverse aux territoires régis par l'article 73 de la Constitution. L'applicabilité des dispositions de la DUDH aux territoires régis par l'article 73 de la Constitution est limitée en ce qui concerne « le droit au travail », proclamé par les articles 23 et 24 de la DUDH. Le PIDCP fait l'objet de la part de la France d'une réserve territoriale. Il en a été de même par la CIDE (A). Quant à l'applicabilité des dispositions spécifiques de la CEDEF et de la CERD et des conventions de l'OIT à ces territoires, elle est partagée entre applicabilité limitée et applicabilité de plein droit (B).

A – L'APPLICABILITE DES DISPOSITIONS DE LA CHARTE INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME

L'un des droits les plus fondamentaux parmi les droits naturels est celui de pouvoir subvenir à ses besoins, en d'autres termes celui de pouvoir travailler.

S'agissant de la France, le Préambule de la Constitution de 1946 dispose que « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ». Le droit au travail est l'un des droits de l'homme proclamé par l'article 23 de la DUDH dans les termes suivants : « *Toute personne a droit au travail, au libre choix*

¹⁰⁹⁵ Article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, Conclue à Vienne le 23 mai 1969, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, *op. cit.*

de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage ».

La reconnaissance constitutionnelle du « droit au travail » interviendra en 1983, lorsque le Conseil constitutionnel déduira qu'il appartient au législateur, dans le cadre de la compétence que lui reconnaît l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, « *de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés* »¹⁰⁹⁶.

Pour mettre en œuvre cette politique du « droit au travail », le législateur dispose d'une très large marge d'appréciation : « *C'est au nom de cette liberté d'appréciation que le Conseil constitutionnel a admis que le « devoir de travailler » et le « droit au travail », étaient conformes à la Constitution* »¹⁰⁹⁷. Selon une formule constante, le Conseil constitutionnel considère « *qu'il incombe au législateur, comme à l'autorité réglementaire, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes posés par ces dispositions, les modalités concrètes de la mise en œuvre de ce droit par la mise en œuvre de politiques de solidarité nationale* »¹⁰⁹⁸. C'est dans cette optique que s'inscrit la création en 1967 de l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) et en 2009, du Pôle emploi¹⁰⁹⁹ qui se substitue à l'ANPE. Néanmoins, la portée juridique du droit universel au travail est limitée (1), plus largement aux territoires régis par l'article 73 de la Constitution (2). De même, des réserves limitent l'application du droit international aux minorités ethniques (3).

1/ Le « droit au travail » : un droit universel, de portée juridique limitée

La majorité des commentateurs juridiques a toujours considéré qu'une telle disposition ne pouvait être d'application directe, et pouvait en aucun cas être invoquée telle quelle, devant un juge. Le débat a repris une certaine vigueur à la fin des années 1970 et au début des années 1980, lorsque le taux de chômage a augmenté de manière importante. Le taux de chômage est faible durant les années 1950-1960, période de forte croissance de la productivité (autour de 5%), alors qu'il est élevé pendant les années 1970-1980 et

¹⁰⁹⁶ CC, 28 mai 1983, Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse, n° 83-156 DC, *Rec.* p. 41, *JORF* du 1^{er} juin 1983, p. 1646, *Rec.* p. 41.

¹⁰⁹⁷ CC, 16 août 2007, loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, n° 2007-555 DC, *JORF* du 22 août 2007, p. 13959, *Rec.* p. 310. Il ressort de cette décision que par rapport à la loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat de 2007 qui fait suite aux travaux parlementaires, que l'exonération d'impôt sur le revenu et de charges sociales des heures supplémentaires et complémentaires a pour but d'augmenter le nombre d'heures travaillées afin de stimuler la croissance et l'emploi. Dans une autre décision (CC, 13 janvier 2005, loi de programmation pour la cohésion sociale, n° 2004-509 DC, *JORF* du 19 janvier 2005 p. 896 *Rec.* p. 33), le Conseil a également jugé que le droit au reclassement de salariés licenciés découlait directement du droit de chacun d'obtenir un emploi, dans, DUTHEILLET DE LAMOTHE (Olivier), Les normes constitutionnelles en matière sociale, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, octobre 2010, p. 4.

¹⁰⁹⁸ DUTHEILLET DE LAMOTHE (Olivier), Les normes constitutionnelles en matière sociale, *ibidem*, p. 5.

¹⁰⁹⁹ Issu de la fusion de l'ANPE et l'Assedic (Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce, qui versait les allocations chômage).

les suivantes, périodes de faible croissance de la productivité¹¹⁰⁰. En 1983 le Conseil constitutionnel¹¹⁰¹ décide d'une part que le droit au travail se limite aux moyens mis en œuvre par les pouvoirs politiques (a) ; d'autres, part qu'il s'agit aussi une exigence qui s'impose aux autorités administratives (b).

a) Un droit au travail, limité aux « moyens mis en œuvre »¹¹⁰²

Il semble que ce droit soit l'un des rares droits universels, constitutionnellement reconnu qui n'aurait pas une application concrète. Il est vrai que pendant les 30 glorieuses, la question du chômage ne se posait pas dans un contexte économique qui privilégiait la croissance et l'emploi, que le droit d'obtenir un emploi ne pouvait bénéficier qu'aux plus pauvres, à ceux qui ne disposait pas de relations susceptibles de leur procurer un emploi, à ceux qui n'avait pu suivre les formations valorisantes, à ceux qui ne disposait pas de moyens financiers leur permettant de créer leur propre emploi¹¹⁰³. Les pauvres n'ont guère l'habitude de faire valoir leurs droits. Même lorsqu'ils connaissent leurs droits, le recours à la justice demeure exceptionnel tant le résultat paraît aléatoire en comparaison à l'énergie et aux frais engagés.

Face à la situation de chômage qui touche 4 millions de français, l'obligation des pouvoirs publics devait consister à faire en sorte que chacun puisse bénéficier d'un emploi, la justice administrative pourrait faire reconnaître et réparer le préjudice subi du fait de n'avoir pu bénéficier du droit constitutionnel d'obtenir un emploi.

Les auteurs du préambule étaient cependant eux-mêmes conscients de la difficulté pour tout un chacun de trouver un emploi, dès lors qu'ils avaient prévu, dans un autre alinéa, que « *tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* »¹¹⁰⁴. C'est ainsi qu'interviennent l'assurance chômage et les minimas sociaux pour compenser la perte d'un emploi.

L'application de ces droits a longtemps été différenciée, au sein des territoires régis par l'article 73¹¹⁰⁵, en raison du taux d'emploi plus faible outremer avec les conséquences financières sur le budget de l'Etat ; mais aussi liées à des spécificités propres à l'outremer : retraites plus faibles, plus grande part des petites et moyennes entreprises, spécificités du marché du travail. Depuis 1994, à travers trois lois

¹¹⁰⁰ KRAMARZ (Francis), *Document de synthèse relatif aux causes du chômage*, Conseil d'orientation pour l'emploi, janvier 2008, p. 66.

¹¹⁰¹ CC, 28 mai 1983, Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse, n° 83-156, *JORF* du 1^{er} juin 1983 p. 1646, *Rec.* p. 41.

¹¹⁰² Il s'agit, pour les pouvoirs publics, de mettre en œuvre une politique permettant à chacun d'obtenir un emploi.

¹¹⁰³ Source: <http://www.millebords.org/spip.php?article16289>, à propos de l'arrêt Jean-Claude BOUTHEMY.

¹¹⁰⁴ Préambule de la Constitution de la IV^{ème} république, 27 octobre 1946.

¹¹⁰⁵ La loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outremer (*JORF* n° 289 du 14 décembre 2000, p. 19760) a eu plusieurs conséquences sur les minima sociaux dans les collectivités territoriales d'outremer. Les montants du RMI et de l'API (allocation de parent isolé) ont été progressivement alignés sur ceux de Métropole. Dans le même temps a été mis en place un minimum social spécifique aux DOM : le revenu de solidarité (RSO). Cette prestation est réservée à des bénéficiaires du RMI âgés d'au moins 50 ans et justifiant d'une ancienneté minimale de deux ans dans le dispositif.

successives (loi « Perben »¹¹⁰⁶, loi d'orientation pour l'outremer¹¹⁰⁷ et loi de programme pour l'outremer¹¹⁰⁸), les pouvoirs publics ont bâti un système d'outils spécifiques, renforçant l'ensemble des leviers usuels de la politique de l'emploi¹¹⁰⁹.

b) Une exigence qui s'impose aux autorités administratives

Des spécialistes reconnus du droit constitutionnel, comme Charles DEBBASCH, affirment que le préambule établit les principes fondateurs du contrat social. A ce titre, et à l'évidence, ses dispositions sont sources de droit positif. Si le Conseil constitutionnel a consacré expressément la valeur positive et constitutionnelle du préambule¹¹¹⁰, celui-ci a une valeur juridique obligatoire. Il s'impose aux autorités administratives¹¹¹¹.

De même, Monsieur René CHAPUS soutient que les dispositions du préambule régissent l'administration et s'imposent aux juges¹¹¹², réserve faite de l'hypothèse de l'écran législatif¹¹¹³. Contrairement à une erreur souvent commise et procédant d'une prudence excessive, les décisions précitées signifient que le préambule a force de loi constitutionnelle dans toutes ses dispositions. Cela signifie que, dans l'ordre interne, les normes constitutionnelles prévalent sur toutes les autres, y compris les engagements internationaux¹¹¹⁴. Georges VLACHOS apporte certaines précisions. Il affirme que la valeur constitutionnelle du Préambule a été affirmée par le Conseil constitutionnel¹¹¹⁵ qui a considéré que le Préambule de la Constitution de 1958 en fait partie intégrante et possède donc la même force juridique que le texte constitutionnel. Ainsi, le contrôle de la constitutionnalité s'étend aux dispositions que la Déclaration des droits et le préambule de 1946 consacrent. Georges VLACHOS poursuit en affirmant que lorsque le Préambule énonce une disposition suffisamment précise pour avoir immédiatement valeur

¹¹⁰⁶ Loi n° 94-638 du 25 juillet 1994 tendant à favoriser l'emploi, l'insertion et les activités économiques dans les départements d'outremer, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Mayotte, *JORF* n° 172 du 27 juillet 1994, p. 10824.

¹¹⁰⁷ Loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outremer, *op. cit.*

¹¹⁰⁸ Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outremer, *JORF* n° 167 du 22 juillet 2003, p. 12320.

¹¹⁰⁹ ANKI-ZUCCARELLO (Gisèle), *Les politiques de l'emploi dans les départements d'outremer : renforcer les leviers usuels*, DARES, étude, 2006, p. 434.

¹¹¹⁰ CC, 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, n° 71-44 DC, *JORF* du 18 juillet 1971, p. 7114, *Rec.* p. 29. Depuis cette décision fondatrice qui a consacré la valeur constitutionnelle du préambule de la constitution de 1958, lequel renvoie au préambule de la Constitution de 1946 et à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Conseil constitutionnel s'est érigé en protecteur des droits et libertés des citoyens et en garant de l'Etat de droit.

¹¹¹¹ Article 62 de la Constitution de la V^{ème} république, 4 octobre 1958.

¹¹¹² CHAPUS (René), *Droit Administratif Général*, Tome 1, 5^{ème} édition, Montchrestien, 1991, p. 490. CCass, 18 décembre 2013, Bouthémy, Pourvoi n° Q1387396. Conclusion de non-admission du pourvoi.

¹¹¹³ La théorie de la loi-écran concerne les actes que le juge administratif refuse de contrôler du fait qu'ils résultent directement de l'application d'une loi. Aujourd'hui, cette théorie ne s'applique plus qu'en matière de contrôle de la conformité d'un tel acte à la Constitution. Elle ne s'applique plus au cas où un tel acte est contraire à un traité international.

¹¹¹⁴ CE, Ass., 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, n° 200286 et 200287, *Rec. Lebon*.

¹¹¹⁵ VLACHOS (Georges), *les principes généraux du droit administratif*, Ellipses, déc. 1993. CC, 16 juillet 1971, loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, n° 71-44 DC, *JORF* du 18 juillet 1971, p. 7114, *Rec.* p. 29.

de droit positif, le juge administratif en assure le respect au même titre que les dispositions du texte de la Constitution.

Si les constituants, au sortir des drames de la seconde guerre mondiale, ont jugé nécessaire d'inscrire ce droit d'obtenir un emploi dans la Constitution, ce n'est pas sans raison et rien ne justifie de ne pas en tenir compte d'autant plus que ce droit bénéficie en priorité aux plus pauvres¹¹¹⁶.

A la limite, on pourrait admettre qu'un tel droit fondamental ait été ignoré si on pouvait observer pour l'ensemble de la société une nette amélioration des conditions. Ce ne semble pas être le cas, bien au contraire. On peut faire une corrélation entre l'augmentation du chômage et la dégradation des conditions de vie de l'ensemble des français : Ce sont donc les plus déshérités qui ont été « *sacrifiés sur l'autel d'une politique libérale* »¹¹¹⁷. Le constat de la situation désastreuse dans laquelle se trouve la France avec l'ensemble de ses territoires, oblige à conclure que les choix qui ont été faits n'ont pas été les plus adaptés. Même les plus grands partisans du libéralisme mondialisé concèdent que le bilan est catastrophique. La nécessité de rendre effectifs les principes légués par les ancêtres a sans doute toute son importance au vu de la montée actuelle du chômage, qui touche plus largement les territoires régis par l'article 73 de la Constitution.

2/ Le caractère aggravé du chômage dans les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution

Le « droit au travail » et la décision du Conseil constitutionnel du 28 mai 1983 n'ont pas eu d'incidence sur la situation de l'emploi dans les territoires régis par l'article 73 de la Constitution¹¹¹⁸(a), où le chômage dépasse largement le chômage métropolitain (b).

a) Incidence de la décision du Conseil constitutionnel n° 83-156 DC du 28 mai 1983¹¹¹⁹ relative au droit au travail, sur les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution

Cette reconnaissance par le Conseil constitutionnel du travail non seulement comme un devoir, mais aussi comme un droit, était primordiale, car elle faisait du travail un droit et un devoir, protégés non seulement par les lois de la République mais également soumis au contrôle du Conseil constitutionnel, juge suprême.

Si dans les années 50, le chômage avait peu de réalité aux Antilles-Guyane ainsi qu'à La Réunion, du fait de la structure de l'économie, il est apparu à la fin des années 60, avec l'explosion démographique et

¹¹¹⁶ http://jcbouthemy.blogspot.com/2011_02_01_archive.html

¹¹¹⁷ FASSIN (Didier), Les inégalités sociales de santé : un problème français, *Revue Humanitaire*, n° 30, 2011.

¹¹¹⁸ Voir Les départements d'outremer marqués par les difficultés sociales et les inégalités, *Compas études*, n° 9.

¹¹¹⁹ CC, 28 mai 1983, *op. cit.*

l'effondrement du secteur primaire, et demeure important depuis. Si la Guyane a plutôt bien résisté jusqu'aux années 70, elle a fini par suivre la hausse de la Guadeloupe, de la Martinique et de La Réunion. La persistance du taux élevé de chômage au sein des territoires régis par l'article 73, souligne une défaillance non seulement des politiques publiques mais aussi des autorités administratives, dans la mission qui les incombe, en vertu de la décision du Conseil constitutionnel du 28 mai 1983.

b) Un chômage plus important dans les Collectivités territoriales situées outremer, en comparaison avec la métropole

La situation économique et sociale des territoires ultramarins est préoccupante. Le chômage y est toujours deux à trois fois plus élevé qu'en métropole¹¹²⁰. Il semble ne jamais pouvoir décroître puisqu'il perdure depuis des décennies.

Les politiques publiques mises en œuvre ne sont pas à la hauteur des situations de sous-emploi dans les territoires régis par l'article 73 de la Constitution.

En effet, au deuxième trimestre 2010, l'enquête sur l'Emploi à La Réunion conduite par l'INSEE faisait état de plus de 100 000 chômeurs au sens du BIT. Cette évolution porte le taux de chômage à 28,9 % (+ 1,6 point par rapport à 2009 et + 4,4 points par rapport à 2008)¹¹²¹. C'est son plus haut niveau depuis 2005. L'écart entre La Réunion et la France métropolitaine se creusait pour la troisième année consécutive : le taux de chômage métropolitain atteignant 9,3 % en 2010¹¹²², soit 19,6 points de moins qu'à La Réunion contre 18,4 points de différence en 2009. Le chômage des femmes (25,0 %) reste plus élevé que celui des hommes (17,7%)¹¹²³, malgré la plus forte progression du chômage masculin en lien avec la contraction importante de l'emploi dans des secteurs peu féminisés au premier rang desquels figure la construction : en Martinique, 4% des demandeurs d'emploi à la recherche d'un métier dans le secteur « Construction, Bâtiment et Travaux Publics » sont des femmes contre 59 % pour l'ensemble des métiers confondus. Sur un an, leur part a augmenté de 8 %¹¹²⁴.

On a pu constater que le droit au travail est limitée au sein des territoires régis par l'article 73 de la Constitution, on observe également que la Guyane est concernée par une réserve de la France au PIDCP relative aux minorités ethniques.

¹¹²⁰ VERGES (Paul), *Débat sur la situation des outremer*, Sénat, compte rendu intégral, 26 février 2014, pp. 3-27.

¹¹²¹ INSEE, *La hausse du chômage se poursuit, l'emploi résiste*, enquête emploi, 2010.

¹¹²² INSEE, *Légère baisse du taux de chômage au quatrième trimestre*, enquête emploi, 2010.

¹¹²³ http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?reg_id=25&ref_id=16996.

¹¹²⁴ Observatoire de la construction en Martinique, *tableau de bord*, étude, 3^{ème} trimestre 2013, p 37.

3/ Une réserve au PIDCP applicable aux minorités ethniques de Guyane

Aucune restriction territoriale n'est prévue par les textes des Nations Unies¹¹²⁵. Certains traités interdisent les réserves ; d'autres n'autorisent que certaines réserves. « *La France n'a pas introduit de réserves territoriales en ratifiant le PIDCP, le PIDESC, la CIDE* »¹¹²⁶. Elle a cependant introduit une réserve au PIDCP ainsi qu'à la CIDE concernant les minorités ethniques de Guyane. Le Conseil d'Etat s'est prononcé dans le même sens le 6 juillet 1995 à propos de la convention-cadre relative aux minorités nationales¹¹²⁷.

a) La réserve aux PIDCP au nom de l'universalisme républicain

Au nom de l'universalisme républicain, couramment appelé pacte républicain en France, est un des principes fondamentaux des différentes Républiques françaises, selon lequel la République et ses valeurs sont universelles. Il se base sur une vision de la Nation comme une libre construction politique plus que comme une communauté ethnique déterminée. La France rappelle que la république est « une et indivisible ». La réserve formulée à propos de l'article 27 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques¹¹²⁸ (dont l'objet est similaire à celui de l'article 30 de la Convention Internationale relative aux Droits de l'Enfant), rappelle qu'étant une république « *une et indivisible* », les minorités (ethniques, culturelles, linguistiques ou religieuses) n'ont ni plus de droits ni moins de droits que leurs concitoyens ». En 2008, le Conseil économique et social des Nations Unies a « recommandé » à la France de retirer cette réserve.

En effet, le Comité a fait part de sa préoccupation sur l'absence de reconnaissance officielle des minorités en France. En ce qui concerne les droits culturels, il note en outre que certains de ces droits (notamment le droit d'employer une langue minoritaire) ne peuvent être exercés qu'en communauté avec d'autres membres du même groupe minoritaire¹¹²⁹.

¹¹²⁵ Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) ; Pacte international des droits civils et politiques (PIDCP) ; Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ; Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE) ; Convention de Genève relative au droit d'asile complétée par le Protocole de New York du 31 janvier 1967.

¹¹²⁶ DUFLO (Marie), *Enjeux des droits des étrangers en outremer*, étude, CNCDH, 5 avril 2011, p. 2.

¹¹²⁷ Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, adoptée le 9 octobre 1993, entrée en vigueur le 1^{er} février 1998.

¹¹²⁸ Article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques « *Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue* ». Il s'agit de la disposition juridiquement contraignante la plus largement reconnue en ce qui concerne les minorités.

¹¹²⁹ Observations faites à la France par le Comité des Droits économiques et sociaux, quarantième session, 28 avril, 16 mai 2008.

b) La réserve à la CIDE, défavorable à l'éducation et à l'emploi

La France a signé la CIDE le 26 janvier 1990. Le parlement a autorisé sa ratification par la loi du 2 juillet 1990. La ratification est intervenue le 7 août 1990. La Convention est entrée en vigueur en France, le 6 septembre 1990. La France a émis une réserve qui vise l'article 30 de la Convention internationale relatives aux droits de l'enfant¹¹³⁰, dont l'objet est proche de celle du PIDCP¹¹³¹. Cette réserve stipule que : « *l'article 30 n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne la République* ».

Elle tient compte de l'article 1^{er} (anciennement article 2) de la Constitution, qui énonce que « *la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances...* ». Elle écarte donc la reconnaissance de minorités au sens de groupes jouissant d'un statut particulier. Cela a des conséquences sur l'éducation des jeunes, leur formation et par conséquent sur l'emploi.

En effet, les Wayanas¹¹³² avaient pu organiser les apprentissages premiers en lecture-écriture dans leur langue en cours préparatoire. Ce dispositif avait favorisé la formation d'une partie de l'élite amérindienne et la création d'emplois¹¹³³. En outre, les pouvoirs publics sont sourds à leurs revendications. Les Wayanas demandent depuis de nombreuses années la construction d'un collège de proximité et d'une structure d'accueil pour les lycéens sur le littoral, ils n'ont jamais été entendus par les pouvoirs publics. Cela les oblige à quitter leur village dès 11 ans pour aller au collège puis au lycée sur le littoral, dans des internats où les jeunes ne sont pas accueillis le week-end ou en familles d'accueil peu préparées, voire exploiteuses. C'est l'une des causes du malaise de la jeunesse, sans doute la plus importante. Leurs conditions de vie sont déplorables (absence quasi-totale d'infrastructures, d'équipements et de services publics), quelques maigres ressources, mais l'accès à leurs droits fondamentaux de citoyens français, à la santé et à une éducation respectueuse de leur culture est limité, leur refusant par là-même le droit d'être Amérindiens¹¹³⁴.

Concernant les dispositions spécifiques de la CEDEF, de la CERD, leur applicabilité est implicite à travers les remarques des Comités respectifs attachés à chaque convention. Quant aux conventions de l'OIT, leur applicabilité aux territoires non métropolitains révèle la vision de la Constitution de l'OIT d'applicabilité aux territoires non métropolitains.

¹¹³⁰ Article 30 : « *dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe* ».

¹¹³¹ DUFLO (Marie), *Enjeux des droits des étrangers en outremer*, CNCDH, 5 avril 2011, *op. cit.*, p. 2.

¹¹³² Le peuple Wayana est l'un des six peuples amérindiens vivant en Guyane, sur les rives du Maroni.

¹¹³³ Selon Monsieur Jean-paul FERREIRA (Maire de Awala-Yalimapo), c'est une démarche permise à tous les autres amérindiens d'Amazonie, du Brésil à la Colombie.

¹¹³⁴ MERCIER (Denis), *Amérindiens de Guyane : les abandonnées de la République*, Ligue des Droits de l'homme, *La lettre d'information*, Paris, octobre 2014 ; <http://www.ldh-france.org/amerindiens-guyane-les-abandonnees-republique/>.

B – L'APPLICABILITE DES DISPOSITIONS SPECIFIQUES DE LA CEDEF, DE LA CERD ET DES CONVENTIONS

INTERNATIONALES DU TRAVAIL DE L'OIT

Les dispositifs législatif et réglementaire, préexistants, de promotion de l'égalité et de lutte contre les atteintes aux droits fondamentaux des femmes ont été renforcés, les données statistiques se sont enrichies dans différents domaines, diverses actions ont été menées et les partenariats renforcés. Mais malgré l'existence d'un dispositif juridique étoffé permettant d'assurer l'égalité formelle entre les femmes et les hommes, les inégalités entre les femmes et les hommes persistent et ne se réduisent que très lentement. En outre, le Comité pour l'élimination de toutes formes de discriminations raciales salue la mise en place en France, d'outils législatifs nécessaires à la lutte contre la discrimination raciale, tels que la loi du 25 mars 2008 sur l'égalité des chances, ainsi que la création de mécanismes étatiques pour prévenir et combattre la discrimination raciale au niveau départemental avec les commissions pour la promotion de l'égalité des chances et de la citoyenneté (COPEC), et la création de pôles anti-discriminations dans les Parquets. L'intervention des Comités pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes et pour l'élimination de la discrimination raciale constitue une reconnaissance implicite de l'applicabilité de la CEDEF et de la CERD dans les territoires régis par l'article 73 de la constitution (1), Quant aux conventions internationales du travail, elles sont directement applicables (2).

1/ L'applicabilité de la CEDEF et de la CERD

Les conventions internationales pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et pour l'élimination de toutes formes de discrimination raciales ratifiées par la France respectivement en 1983 et 1971 sont reconnues implicitement à travers leurs comités, comme applicables aux territoires régis par l'article 73 de la Constitution. Les recommandations du Comité CEDEF dans son Sixième rapport périodique des États parties, adressée à la France le 6 avril 2006 ; de même que celles du comité CERD dans sa 86^{ème} session du 27 avril au 15 mai 2015, constitue une reconnaissance implicite de l'applicabilité au sein des territoires régis par l'article 73 tant de la CEDEF (a), que de la CERD (b).

a) Une volonté d'éliminer des pratiques coutumières défavorables aux femmes de Mayotte, allant dans le sens de la CEDEF

Les femmes de certains territoires régis par l'article 73 restaient soumises à de nombreuses dispositions du droit coutumier local qui étaient contraires au principe d'égalité entre les femmes et les hommes et ne leur permettaient pas de jouir pleinement de leur droit.

La persistance de pratiques coutumières telles que la polygamie à Mayotte avait pour conséquence que dans ce territoire coexistaient encore deux statuts personnels : l'un de droit commun, régi par les dispositions du Code civil français ; l'autre de droit local ou coutumier, reflet d'une histoire et d'une culture souvent très ancienne. Ce principe n'est pas prohibé par la Constitution, qui garantit en son article

75, aux citoyens de la République qui ne sont pas soumis au statut civil de droit commun, leur statut personnel de droit local, tant qu'ils n'y ont pas renoncé.

Le statut personnel, statut de droit civil, concerne essentiellement les droits de la personne et de la famille, ainsi que les droits patrimoniaux. Dans ces domaines, les Mahorais ayant conservé leur statut personnel étaient soumis à des règles particulières : polygamie, possibilité de répudiation de la femme par le mari, inégalités des sexes en matière de droit successoral, etc.

La loi de Programme pour l'outremer du 21 juillet 2003 a réformé le droit local applicable à Mayotte en vue de le rendre conforme aux textes garantissant les droits des femmes et le principe d'égalité. Elle prohibe ainsi la polygamie, la répudiation de la femme et les discriminations entre enfants en matière d'héritage, fondées notamment sur le sexe.

L'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil du droit local à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître (ratifié par la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010) dispose dans son article 1^{er} « *l'exercice des droits individuels ou collectifs afférent au statut civil de droit local ne peut contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyens français* ». Son article 10 indique : « *toute femme mariée ou majeure de 18 ans peut librement exercer une profession, percevoir les gains et salaires en résultant et disposer de ceux-ci...* »

Ces pratiques coutumières constituant des archaïsmes heurtant les principes républicains, le Conseil constitutionnel, par une décision du 17 juillet 2003, a jugé que « *dès lors qu'il ne remettait pas en cause l'existence même du statut civil de droit local, le législateur pouvait adopter des dispositions de nature à en faire évoluer les règles dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés* ». Sur le fondement de cette décision, la loi de programme pour l'outremer du 21 juillet 2003 a définitivement écarté certains aspects du statut des femmes, qui n'apparaissaient pas compatibles avec les principes républicains. Ainsi, à Mayotte, sont désormais prohibés : la polygamie pour les personnes qui ont atteint l'âge requis pour se marier à compter du 1^{er} janvier 2005 ; la répudiation unilatérale pour les personnes ayant accédé à l'âge requis pour se marier à compter du 1^{er} janvier 2005, le mariage ne pourra être dissout que par le divorce ou par la séparation judiciairement prononcée. La loi du 26 mai 2004 relative au divorce est venue compléter cette réforme en rendant applicable la procédure de droit commun aux cas de divorce entre personnes relevant du statut civil de droit local; les discriminations entre enfants devant l'héritage, fondées soit sur le sexe soit sur le caractère légitime ou naturel de la naissance (le texte s'applique aux enfants nés après la promulgation de la loi de programme). Ces différents textes sont inscrites dans la volonté d'éliminer les pratiques coutumières défavorables aux femmes de Mayotte et vont dans le sens de la CEDEF ;

b) Une volonté du comité CERD d'éliminer les inégalités pour les peuples autochtones de Guyane

Il convient de relever que, la teneur de la rédaction des rapports périodiques par le Comité CERD, relatifs à l'application de la convention dans les territoires régis par l'article 73. En dépit des situations

diversifiées de chaque communauté autochtone, un constat général peut être établi : les peuples autochtones sont les principales victimes de discriminations en tout genre, vecteurs de violations de leurs droits fondamentaux.

Les Etats sont tenus de prendre des mesures immédiates et efficaces, notamment pour lutter contre les préjugés conduisant à la discrimination raciale et favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre nations et groupes raciaux ou ethniques, ainsi que pour promouvoir les buts et les principes de la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et de la CERD.

Le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciales reconnaît des droits collectifs sur les terres utilisées par les populations autochtones de Guyane française et la nécessité de protéger, préserver et développer les langues et les cultures de ces populations. Il recommande à l'État partie de permettre une reconnaissance de droits collectifs aux peuples autochtones, d'intensifier ses efforts afin de permettre l'égalité d'accès à l'éducation, au travail¹¹³⁵. Le Comité recommande à la France de prendre les mesures législatives nécessaires en vue de la ratification de la Convention C169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux.

Néanmoins, la France refuse de ratifier la convention n° 169 de l'OIT qui consacre une garantie effective de l'intégrité physique et spirituelle des peuples autochtones vivant sur les territoires des Etats souverains en luttant pour ce faire contre toutes formes de discriminations à leur égard. Ce refus de ratification de cette convention est justifié, pour l'essentiel, à cause de son incompatibilité avec la Constitution française du 4 octobre 1958, plus particulièrement avec ses articles 1^{er} et 2 consacrant le principe d'indivisibilité du peuple français. A cet égard, le gouvernement français considère, les populations vivant de manière traditionnelle et selon le droit coutumier, sur le même plan que les autres citoyens français. Or, tant en droit international qu'en droit français, le concept de la discrimination positive est reconnu. Argument surprenant puisque la France a adhéré à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale¹¹³⁶. Face à cette contradiction, il faut souligner qu'il y a une violation des règles de droit positif qui veut que « *les Etats ne sont pas admis à agir de manière contradictoire dans l'ordre international* ». A la différence des conventions qui viennent d'être évoquées, celles de l'OIT ne souffrent d'aucune restriction territoriale.

2/ L'applicabilité des conventions de l'OIT

Concernant les conventions de l'OIT, ni les textes de ces Conventions, ni leurs ratifications par la France, ne sont assorties de restrictions territoriales. Elles s'appliquent donc de manière égale sur l'ensemble du territoire national. Ainsi, l'applicabilité des conventions de l'OIT aux territoires non

¹¹³⁵ Article 5 de la CERD.

¹¹³⁶ L'article 1^{er} alinéa 4 et l'article 2 alinéa 2 prévoit la discrimination positive.

métropolitains est symptomatique de la vision de l'OIT (a) ; de fait, la convention n° C188, relative au travail de la pêche est pleinement applicable aux territoires régis par l'article 73 de la Constitution (b).

a) Une applicabilité aux territoires non métropolitains, symptomatique de la vision de l'OIT

L'article 6 de la convention n° C111, énonce : « *Tout Membre qui ratifie la présente convention s'engage à l'appliquer aux territoires non métropolitains, conformément aux dispositions de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail* ». La Constitution de l'OIT prévoit en effet, une application des conventions aux territoires non métropolitains¹¹³⁷.

L'OIT s'est efforcée de faire bénéficier ses activités aux territoires non autonomes : l'article 35 établit également une procédure efficace pour faciliter l'application dans ces territoires de ses conventions, par la désignation de conseillers techniques représentant les territoires concernés pour accompagner chacun de ses délégués. En 1954, à sa 124^{ème} session, le Conseil d'Administration du BIT (Bureau International du Travail), a décidé : « *tout territoire non métropolitain relevant d'un Etat membre pourrait, sur recommandation de cet Etat membre, et dans le cas où celui-ci estime qu'une telle décision est appropriée, être invité, par l'intermédiaire de l'Etat membre responsable, à participer au moyen d'une délégation, tripartite d'observateurs, aux sessions de la conférence générale, avec les droits et le statut d'observateur* »¹¹³⁸. Cependant, il appartient à l'Etat membre dont relève le territoire intéressé de prendre l'initiative et de saisir le Conseil d'Administration, qui n'a qu'un rôle passif en la matière et qui ne pourrait, même une fois saisi, adresser directement l'invitation au territoire intéressé. En outre le Conseil n'est pas obligé de donner suite à une recommandation formulée par l'Etat dont relève le territoire. Les membres de la délégation tripartite peuvent assister aux séances mais ils ne peuvent prendre la parole que dans les discussions générales, avec l'autorisation du Président. Dans les mêmes conditions, ils peuvent assister aux débats, pendant des commissions de la conférence, et exprimer un point de vue opposé à celui de la métropole¹¹³⁹.

L'effet direct des Conventions peut être très efficace, comme l'a montré l'exemple de la convention C188 CNE (Contrat Nouvelles Embauches)¹¹⁴⁰, en donnant force exécutoire à leur contenu dans la mesure où elles sont de caractère *self executing*.

b) L'application de plein droit de la convention n° C188 sur le travail dans la pêche

Le secteur maritime bénéficie d'une place importante au sein du BIT (Bureau international du Travail) depuis sa création en 1919. Une « Commission paritaire maritime » y réunit les représentants des

¹¹³⁷ Article 35 de la Constitution de l'Organisation Internationale du Travail.

¹¹³⁸ Procès-verbaux de la 124^{ème} session du Conseil, 4^{ème} séance.

¹¹³⁹ FISCHER (Georges), Représentation des territoires non autonomes à la Conférence internationale du Travail, *Annuaire français de droit international*, volume 1, 1955. pp. 382-384.

¹¹⁴⁰ Ccass, Soc., 29 mars 2006, Société Euromédia/Peter, n° 906, *Bull. civ.*, n° 131.

armateurs, de la Fédération internationale des armateurs (ISF) et des gens de mer, de la Fédération internationale des ouvriers des Transports (ITF). Le BIT a adopté dans les années 1920 les premières conventions internationales du travail concernant le secteur maritime. Il a édifié tout au long du 20^{ème} siècle un ensemble de normes maritimes très importantes au sein des normes du BIT où 70 conventions et recommandations concernent le travail maritime. L'article 35 de la constitution de l'OIT prévoit que chaque Etat membre qui ratifie une convention doit, dans le plus bref délai possible après ratification, communiquer au BIT une déclaration faisant connaître l'état de la question de l'application d'une convention aux territoires non métropolitains de cet Etat membre. Une déclaration doit être communiquée au BIT, le cas échéant, en fonction de la réponse des territoires non métropolitains consultés.

En application des déclarations de la France auprès du BIT des 10 août 2009 et 3 août 2010, la convention n°C188 sur le travail dans la pêche est applicable de plein droit dans les territoires ayant été déclarés auprès du BIT, comme faisant partie du territoire français : la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et La Réunion, ainsi que Mayotte (l'article 76 de la loi d'actualisation du droit de l'outremer¹¹⁴¹ adapte le droit applicable à Mayotte en matière de transport et navigation maritimes, et de travail, de protection sociale et de sécurité à bord des gens de mer en vue d'assurer la conformité de ce droit avec les stipulations de la convention n° C188¹¹⁴² de 2007 sur le travail dans la pêche, et de la convention du travail maritime de 2006¹¹⁴³). Les conventions que la France ratifie sont considérées comme s'appliquant dans ces territoires, dès lors qu'elles sont en vigueur à l'égard de la République.

L'applicabilité aux territoires régis par l'article 73 de la Constitution, des traités relatifs à la non-discrimination liée au travail conclus dans le cadre du Système des Nations Unies, est variable, dans la mesure où certains traités font l'objet de réserves et d'autres sont applicables de plein droit. S'agissant de l'échelon régional, qu'en est-il des conventions conclues dans le cadre du Conseil de l'Europe ?

II - L'APPLICABILITE AUX TERRITOIRES REGIS PAR L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION DES TRAITES RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL, CONCLUS DANS LE CADRE DU CONSEIL DE L'EUROPE

Les deux principales normes du Conseil de l'Europe relatives à la non-discrimination liée au travail sont la CEDH (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales) et son protocole n° 12, ainsi que la CSE. L'applicabilité aux territoires régis par l'article 73 de la

¹¹⁴¹ Loi n° 2015-1268 du 14 octobre 2015 d'actualisation du droit des outremer, *JORF* n° 0239 du 15 octobre 2015, p. 19069.

¹¹⁴² Loi n° 2015-470 du 27 avril 2015 autorisant la ratification de la convention n° C188 de l'Organisation internationale du travail relative au travail dans la pêche, *JORF* n°0099 du 28 avril 2015, p. 7376.

¹¹⁴³ Convention du travail maritime, adoptée le 23 février 2006, entrée en vigueur le 20 août 2013, ratifiée par la France le 28 février 2014 (loi n° 2012-1320 du 29 novembre 2012 autorisant la ratification de la convention du travail maritime de l'OIT, *JORF* n° 279 du 30 novembre 2012, p. 18786).

Constitution de la CEDH prend sa base dans les principes républicains d'unité et d'invisibilité de la République (A). Quant à l'applicabilité de la CSE, les décisions du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation n'ont pas clarifié son effet direct et son applicabilité aux territoires régis par l'article 73 (B).

A – L'APPLICABILITE DES DISPOSITIONS DE LA CEDH ET DE SES PROTOCOLES

Les territoires régis par l'article 73 font l'objet de dispositions particulières relatives à l'application des traités conclus dans le cadre multilatéral, conduisant à une imparfaite application de ces traités dans ces territoires. Tel est le cas pour la CEDH. Son application dans ces territoires¹¹⁴⁴ est imparfaite à un double point de vue. Premièrement, à l'instar d'autres Conventions du Conseil de l'Europe, elle ne s'applique à ces territoires que moyennant une déclaration expresse¹¹⁴⁵ de l'Etat contractant qui assure les relations internationales d'un territoire d'outremer et, deuxièmement, elle ne s'applique pas nécessairement dans son intégralité¹¹⁴⁶. Une Déclaration consignée dans l'instrument de ratification, déposé par la France le 3 mai 1974 indique que le Gouvernement de la République déclare que la présente convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de la République, compte tenu, en ce qui concerne les territoires situés outremer, des nécessités locales auxquelles l'article 56 de la CEDH fait référence.

La clause des nécessités locales est applicable aux seuls territoires auxquels les Etats contractants assurent les relations internationales. Il y a donc lieu d'examiner la question sous un double aspect : l'aspect « territorial » (1) et le détournement possible de la clause « nécessités locales » (2).

1/ L'aspect territorial : la réaffirmation du principe d'unité et d'invisibilité de la République

L'article 63 § 1 de la CEDH évoque les « *territoires dont il assure les relations internationales* »¹¹⁴⁷. La même formule se retrouve dans le Protocole n° 1¹¹⁴⁸ et le Protocole n° 4¹¹⁴⁹. Les Protocoles n° 6¹¹⁵⁰ et 7¹¹⁵¹ se contentent en revanche du terme « *territoires auxquels s'appliquera le présent Protocole* »¹¹⁵²,

¹¹⁴⁴ On parlera indifféremment de colonies, de possessions ou bien de territoires situés outremer. Cette dernière expression ne saurait être systématiquement confondue avec les territoires d'outremer (TOM) de la Constitution française.

¹¹⁴⁵ L'article 63 § 1 de la CEDH a la teneur suivante : « *Tout État peut, au moment de la ratification ou à tout autre moment par la suite, déclarer, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, que la présente Convention s'appliquera à tous les territoires ou à un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales* ».

¹¹⁴⁶ Selon l'article 56 de la CEDH, relative à l'application territoriale dans les territoires d'outremer, les dispositions seront appliquées en tenant compte des nécessités locales. En effet, tout État peut, lors de la ratification ou ultérieurement, déclarer, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, que la présente Convention s'appliquera à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales (article 63). En ratifiant le protocole n°7, la France a émis le 17 février 1986, une réserve concernant l'égalité entre époux qui « *ne doit pas faire obstacle à l'application des dispositions de droit local dans la collectivité territoriale de Mayotte* ».

¹¹⁴⁷ Article 63 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

¹¹⁴⁸ Article 4 du Protocole n° 1 à la CEDH.

¹¹⁴⁹ Article 5 du protocole n° 4 à CEDH.

¹¹⁵⁰ Article 5 du protocole n° 6 à la CEDH.

¹¹⁵¹ Article 6 Protocole n° 7 à la CEDH.

¹¹⁵² Protocole n° 6 et 7 à la CEDH.

sans autre précision concernant les rapports entre l'Etat contractant et les territoires en question. On aura néanmoins du mal à voir dans les « territoires » des Protocoles n° 6 et n° 7 autre chose que les « *territoires dont l'Etat partie à la Convention assure les relations internationales* »¹¹⁵³. L'aspect territorial prime quant à l'applicabilité de la CEDH dans les territoires régis par l'article 73 de la Constitution. L'expression « *assurer les relations internationales d'un territoire* », remplace celle de la vieille « clause coloniale ». Karl-Joseph PARTSGH¹¹⁵⁴ prend bien soin de distinguer la clause de l'article 63 de la clause coloniale¹¹⁵⁵. Par contre Heinz GURADZE¹¹⁵⁶ la qualifie expressément de clause coloniale. Tandis que la « clause coloniale » couvrirait tant bien que mal une réalité historique, économique et sociale tangible, la formule de l'article 63 § 1 précité semble couvrir une réalité bien plus vaste que celle de la « clause coloniale ». Ajoutons à cela qu'il n'y a plus de nos jours d'empires coloniaux au sens que ces termes revêtaient encore à l'époque de la signature de la Convention de Rome¹¹⁵⁷. La France constitue, dans ce contexte, un cas à part. Ayant opté depuis 1946 pour la politique d'assimilation complète des quatre vieilles colonies (Guadeloupe, Martinique, Guyane, La Réunion), elle ne considère pas pour autant que les territoires d'outremer, et apparemment la collectivité territoriale *sui generis* qu'était Mayotte, constituent des territoires « étrangers » aux fins de la Convention européenne¹¹⁵⁸. Le principe de la République une et indivisible se trouve réaffirmé ainsi que le montre la phrase suivante contenue dans l'instrument français de ratification de la Convention¹¹⁵⁹ : « *Le Gouvernement de la République déclare en outre que la présente Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de la République, compte tenu, en ce qui concerne les territoires d'outremer, des nécessités locales auxquelles l'article 73 fait référence* »¹¹⁶⁰

Un certain nombre d'affaires confirment l'applicabilité de la CEDH et de ses protocoles aux territoires régis par l'article 73 de la Constitution, il s'agit concernant la Guadeloupe des arrêts *Ezelin c/ France*¹¹⁶¹

¹¹⁵³ Les rapports explicatifs de ces Protocoles font explicitement référence à l'article 63 de la Convention.

¹¹⁵⁴ PARTSGH (Karl-Joseph), *Les droits et les libertés de la convention européenne des droits de l'homme*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, p. 57.

¹¹⁵⁵ KARAGIANNIS (Syméon) L'aménagement des droits de l'Homme outremer : La clause des « nécessités locales » de la convention européenne, *RBDI*, Bruxelles, éd. Bruylant, 1995, pp. 225-305.

¹¹⁵⁶ GURADZE (Heinz), *La convention européenne des droits de l'Homme*, Frankfurt am Mein, Verlag Franz Vehlen, Berlin 1968, p. 253.

¹¹⁵⁷ KABAGIAÏTNIS (Syméon), L'aménagement des droits de l'homme outremer : La clause des « nécessités locales » de la convention européenne, *RBDI*, Bruxelles, éd. Bruylant, 1995, *ibidem*, pp. 225-305.

¹¹⁵⁸ GUYOMAR (Geneviève), Bibliographie systématique des ouvrages et articles relatif au droit international publiés en langue française, *AFDI*, volume 16, 1970, pp. 1137-1221. Monsieur Guy DE LACHARRIERE (Juge et vice-président à la CIJ), évoquait la possibilité pour la France de ratifier des traités internationaux pour le seul territoire métropolitain qui comprendrait éventuellement les départements d'outremer. Il assurait que le Gouvernement français n'avait jamais eu l'intention de ratifier la Convention de Rome en excluant de son champ d'application les territoires d'outremer.

¹¹⁵⁹ PELLET (Alain), La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme, *RDP*, 1974, pp. 1319-1379 ; GOY (Raymond), La ratification par la France de la CEDH, *Netherlands International Law Review*, 1976, pp. 31-50. La ratification est intervenue assez tardivement : le 3 mai 1974.

¹¹⁶⁰ MICLO (François), *Le régime législatif des départements d'outremer et l'unité de la République*, *op. cit.*

¹¹⁶¹ Lors d'une conférence du 8 février 1994 à l'Université de Lille : *La France et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Vincent BERGER (président de l'Université Paris-Diderot) a justifié la non-application par la Cour de l'article 63 § 1 (application territoriale), dans l'affaire *Ezelin*, en s'appuyant sur la position du gouvernement français.

du 26 avril 1991 et *Luc Reinette c/ France*¹¹⁶² ; Pour ce qui est de la Martinique l'arrêt *Caloc c/ France*¹¹⁶³ ; pour ce qui concerne La Réunion, *M... c/ France* du 3 octobre 1989,¹¹⁶⁴ et enfin *J.A. c/ France*¹¹⁶⁵ du 1^{er} septembre 1993 s'agissant de la Guyane.

2/ Un détournement possible de la clause « nécessités locales »

La clause « nécessités locales » a suscité quelques craintes quant à son interprétation (a) à propos desquelles la Cour Européenne des Droits de l'Homme a tranché (b).

¹¹⁶² CEDH, 2 octobre 1989, *Luc REINETTE c/ France*, requête n° 14009/88, décisions et rapports, vol. 63, p. 189 ; Le requérant invoquait tout d'abord une violation des droits de la défense et se référait aux articles 117 et 197 du Code de procédure pénale et à l'article 6 § 3 b) de la Convention. Il exposait que son avocat de Basse-Terre (Guadeloupe) n'avait été avisé que par lettre recommandée envoyée de Paris le 20 août 1987 au soir de ce que l'audience devant la chambre d'accusation aurait lieu le 25 août 1987, et que son avocat avait ainsi été dans l'impossibilité de présenter un mémoire dans les délais et de se présenter à l'audience. Sur ce point la cour releva que le procureur général avait expédié le 20 août 1987 des lettres recommandées avisant le requérant et ses conseils de l'audience prévue le 25 août suivant. La cour relevait « la conformité de la procédure avec l'article 197 du Code de procédure pénale qui exige, en matière de détention provisoire, un délai de 48 heures entre l'envoi de la lettre recommandée et la date de l'audience ». La cour estima en outre que « ces dispositions de la loi ne pouvaient être contraires à l'article 6 § 3 b) de la Convention dans la mesure où l'article 5 § 4 impose qu'il soit statué à bref délai sur la détention d'un inculpé qui peut désigner un conseil qui soit en mesure de recevoir en temps utile les avis prévus par l'article 197, ce qu'avait d'ailleurs fait le requérant en choisissant, parmi ses conseils, un avocat inscrit au barreau de Paris ». Le requérant invoquait ensuite une violation de la loi extraditionnelle du 10 mars 1927, de l'article 5 de la Convention, des articles 18, 144 et 145 du Code de procédure pénale et des droits de la défense. Il soutenait que les circonstances de sa remise aux autorités françaises constitutives d'une extradition déguisée, entachaient son arrestation de nullité, qu'il n'avait pas bénéficié de l'assistance d'un défenseur lors de sa garde à vue, et enfin que les officiers de PJ étaient incompétents pour l'arrêter sur le territoire d'un état étranger. La cour rejeta également ce moyen, ainsi que celui qui portait sur le défaut de motivation de l'arrêt de la chambre d'accusation. Elle releva notamment « ...qu'aucune procédure d'extradition n'ayant été engagée à son égard, le demandeur ne saurait arguer de la violation de l'une quelconque des dispositions de la loi du 10 mars 1927 ou de celles d'une convention d'extradition, ... qu'il résulte au contraire des pièces de la procédure que la remise de Monsieur *LUC REINETTE* aux services de police français a été effectuée en exécution d'une décision prise par les seules autorités locales, dans la plénitude de leur souveraineté, en conséquence de son expulsion ». Le pourvoi fut rejeté le 22 décembre 1987.

¹¹⁶³ CEDH, 20 juillet 2000, *Adrien Caloc c/France*, Requête n° 33951/96. Le requérant entendu par les services de la gendarmerie du Lorrain (Martinique), porte plainte pour coups et blessures volontaires contre les services de la gendarmerie, dans le cadre d'une histoire de sabotage de deux bulldozers. La procédure se termine par un arrêt de non-lieu, faute de charges suffisantes contre les gendarmes. *Adrien CALOC* saisit la CEDH. Le 20 juillet 2000, celle-ci réfuta l'accusation de mauvais traitements, mais condamne la France pour durée excessive de la procédure judiciaire, en vertu de l'article 6 de la Convention.

¹¹⁶⁴ CEDH, 3 octobre 1989, *M... c/France*, req. n° 11940/86 (Conseil de l'Europe, *ACDH*, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, p. 204.). Dans cette affaire qui dura plus de 8 ans avec le rejet du pourvoi le 24 juin 1985, la Commission rappelle que « l'acceptation du droit de recours individuel (article. 25) ne contient aucune réserve précisant le champ d'application, pour le passé, du droit de recours individuel ». La Commission a estimé que la durée de la procédure est excessive et ne répond pas à la condition de « délai raisonnable » (art. 6 § 1 de la Convention).

¹¹⁶⁵ CEDH, 1^{er} septembre 1993, *J.A. c/France*, Req. n° 20648/92. Le requérant se plaint d'avoir subi des traitements inhumains et dégradants et invoque la violation des articles 2 et 3 de la Convention. Aux termes de l'article 25 § 1 de la Convention, la Commission ne peut être saisie que d'une requête présentée par une « personne physique (...) qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties Contractantes des droits reconnus dans la présente Convention (...) ». Il incombe donc à la Commission de rechercher si le requérant dans la présente affaire peut se prétendre victime, au sens de l'article 25 § 1 d'une violation des droits qui lui sont reconnus par la Convention. La Commission estime enfin que la notion de « réparation » que les autorités internes doivent à la victime d'une violation peut comporter un aspect moral. La Commission considère que dans la présente affaire, « les autorités ont reconnu en substance la violation alléguée par le requérant et lui ont accordé une réparation à la fois morale et pécuniaire en sanctionnant les surveillants responsables et en les condamnant à lui verser des dommages-intérêts. En conséquence, la Commission estime que le requérant ne peut plus se prétendre victime, au sens de l'article 25 § 1 de la Convention, des violations qu'il allègue ».

a) Des craintes quant à l'interprétation de l'expression « nécessités locales »

L'article 63 § 3 insiste bien sur l'expression : « nécessités locales » et non pas de conditions, circonstances ou coutumes locales. Pendant les travaux préparatoires de la Convention, des voix s'étaient élevées à l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe contre cette disposition au motif que le terme « nécessités locales » pourrait être interprété comme « nécessités politiques », justifiant ainsi, dans les territoires coloniaux de l'époque, toute sorte d'ingérence de la part des puissances coloniales. Ce n'est pas un hasard si les adversaires les plus résolus au maintien de cette disposition dans le texte de la Convention étaient, à l'instar de Léopold SEDAR SENGHOR¹¹⁶⁶, des représentants des « colonies »¹¹⁶⁷. Cette crainte de voir la Convention sérieusement amputée dans les territoires non métropolitains, quand la métropole déciderait de l'étendre à ceux-ci, est historiquement une des raisons qui empêchait la France, surtout sous la cinquième République, de ratifier la Convention. Un avis émis par l'Assemblée de l'Union Française le 6 avril 1954 comportait un considérant formulé comme suit : « *Même dans le cas d'extension de ladite Convention aux territoires ci-dessus visés, le paragraphe 3 de l'article 63, en déclarant que son application se fera en tenant compte des nécessités locales, ouvre le champ à l'arbitraire, et vide cette extension de toute portée pratique* »¹¹⁶⁸.

b) Une opposition de la Cour EDH à une interprétation extensive des « nécessités locales »

La jurisprudence s'oppose à une interprétation extensive des « nécessités locales » susceptibles d'invalider l'application de la CEDH. La décision *Piermont c/ France* du 27 avril 1995¹¹⁶⁹ dont la motivation repose sur un usage injustifié de ce terme dans les territoires non métropolitains, porte sur l'applicabilité de l'article 3 qui interdit les peines et traitements inhumains et dégradants, sur l'article 14 qui interdit les discriminations et sur l'article 10 relatif à la liberté d'expression.

Dans l'affaire *Tyrer*, les organes de Strasbourg ont été amenés à considérer la clause de nécessités locales avec précaution. En effet, Le Royaume Uni et l'île de Man sont revenus sur leur décision relative aux peines et traitements dégradants¹¹⁷⁰. Selon Andrew CLAPHAM la cour d'appel de l'île de Man dans son arrêt *Teary (Sergent de police) c/ O'Callaghan* de 1991, a réformé la décision d'une juridiction

¹¹⁶⁶ Monsieur Senghor, rappelait, devant le Sénat français, les propos de Monsieur Maurice SCHUMAN (Ministre des affaires étrangères) concernant l'article 63 : « *Ce serait une offense à la dignité des peuples d'outremer !* », dans, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'Homme*, vol. 14, n° 1-4, 1985, p. 923.

¹¹⁶⁷ VASAK (Karel), De la Convention européenne à la Convention africaine des Droits de l'homme, *Revue juridique et politique d'outremer*, 1962, pp. 59-76, pp. 61-62.

VASAK (Karel), The European Convention of Human Rights Beyond the Frontiers of Europe, *I.C.L.Q.*, 1963, pp. 1206-1231, pp. 1207-1209.

VASAK (Karel), *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 252-254. GONIDEC (Pierre), Les DOM et les TOM devant la Convention, *Revue des droits de l'Homme*, 1970, pp. 670-686.

¹¹⁶⁸ VASAK (Karel), Historique des problèmes de la ratification de la Convention par la France, *Revue des droits de l'homme*, 1970, pp. 558-566.

¹¹⁶⁹ CEDH, 27 avril 1995, *Piermont c/ France*, n° 15774/89.

¹¹⁷⁰ CLAPHAM (Andrew), *Human Rights in the private life*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 63-64.

mannoise inférieure, ayant à nouveau imposé une peine de fustigation. Ainsi, l'arrêt *Tyrer*, ne serait-ce qu'indirectement n'a pas été sans influencer cette île britannique réfractaire.

Après avoir constaté que l'applicabilité de la CEDH dans les territoires régis par l'article 73 de la constitution est guidé par plusieurs aspects : territorial, décisionnel ou interprétative de la clause de « nécessités locales » ; Il convient de vérifier l'applicabilité de la CSE à ces territoires.

B – L'APPLICABILITE DES DISPOSITIONS DE LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE

La CSE s'applique au territoire métropolitain de chaque État partie mais chacun de ces États peut, au moment de la ratification ou ultérieurement, déclarer qu'elle accepte comme obligatoires des articles ou paragraphes de la Charte sur certaines de ses terres ultramarines¹¹⁷¹. La France s'est abstenue de toute mention de l'outremer ; elle ne reconnaît donc la validité de la Charte qu'en métropole. En effet, elle ne s'applique en principe qu'aux territoires européens des États parties sauf déclaration expresse de leur part. La France n'en a pas faite.

Cependant l'effet direct de la Charte n'empêche pas son invocation par un particulier, Cela signifie qu'il peut être invoqué par un particulier, natif ou résidant des territoires régis par l'article 73 de la Constitution. Toutefois son effet direct n'est pas certain : le Conseil d'Etat tergiverse (1), et la Cour de Cassation qui reconnaît l'effet direct de certaines dispositions, hésite encore pour l'ensemble des dispositions de la CSE (2).

1/ Les tergiversations du Conseil d'Etat, concernant l'effet direct de la CSE

Dans un premier temps, le Conseil d'Etat oppose un refus absolu à toute invocabilité de ce traité depuis sa jurisprudence *Melle Valton et Melle Crépeaux*¹¹⁷² (a). Dans l'arrêt *GISTI et FAPIL*, on observe une reconnaissance de l'effet direct de la CSE, mais le Conseil d'Etat revient sur cette dernière position avec l'arrêt *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes* qui ouvre la voie à une reconnaissance de son applicabilité directe (b).

a) La non reconnaissance par le CE de l'effet direct de la CSE

Le Conseil d'Etat avait, dans son rapport de 1985¹¹⁷³, explicitement justifié sa position par la formulation des dispositions de la Charte. Selon lui, la charte excluait par elle-même le caractère auto-exécutoire d'un traité international. Dans les conclusions du CE sur l'arrêt *GISTI* de 1997¹¹⁷⁴, le Commissaire du

¹¹⁷¹ Partie VI, article L de la Charte Sociale Européenne, *op. cit.*

¹¹⁷² CE, 20 avril 1984, n° 37772 et 37774

¹¹⁷³ Conseil d'Etat, *Droit international et Droit français*, La Documentation française, Notes et études documentaires, n° 4803, 1986, pp. 49-50.

¹¹⁷⁴ CE, 23 avril 1997, *GISTI*, D, 1998, II, p. 17.

gouvernement avait quant à lui estimé que le caractère général des termes de la Charte faisait obstacle à ce qu'elles se fussent par elles-mêmes. L'adoption de mesures nationales étant nécessaire à leur complétude, les dispositions de la Charte ne pouvaient bénéficier directement aux individus. Ces arguments se concentraient sur les choix rédactionnels opérés au moment de l'adoption de la CSE. Cependant, le Conseil d'Etat tirait de la formulation du traité des conséquences particulièrement amples en déduisant que la Charte ne s'adressait qu'aux Etats et non pas aux particuliers. Le Commissaire du Gouvernement reliait plus restrictivement les termes de la Charte au défaut du critère objectif de l'effet direct, le critère subjectif lui apparaissant acquis s'agissant d'un traité ayant pour objet la garantie de droits de l'homme. Ces considérations n'en demeuraient pas moins sujettes à discussion dans la mesure où la Haute juridiction n'avait jamais clairement énoncé les critères applicables de son contrôle¹¹⁷⁵.

b) Un renouvellement jurisprudentiel, entre effet direct et non applicabilité en droit interne

Dans ce contexte, l'arrêt *GISTI et FAPIL* rendu par l'Assemblée du Conseil d'Etat le 11 avril 2012 pourrait laisser croire à un renouvellement du questionnement. En effet, le juge administratif clarifie explicitement sa jurisprudence en considérant qu'une norme internationale est d'effet direct lorsque, « *eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers* ». Il ajoute en outre que « *l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit* ». On retrouve ainsi la formulation des critères subjectif et objectif mais avec une précision d'importance interdisant de fonder un rejet de l'effet direct sur les seules stipulations liées à l'engagement pour les Etats, de respecter les droits énoncés par la CSE.

La confrontation de la Charte aux nouveaux critères d'appréciation du Conseil d'Etat autorise un espoir d'évolution de la jurisprudence à l'égard de ce traité. En effet, sa formulation n'apparaît plus comme un obstacle à toute reconnaissance d'un effet direct. S'agissant du premier critère, il semble bien rempli par la Charte qui, en tant que traité de protection de droits de l'homme, tend nécessairement à bénéficier aux individus.

Si une évolution de sa jurisprudence aurait pu être attendue, ce n'est pas clairement la voie retenue par l'arrêt *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*¹¹⁷⁶, du 4 juillet 2012, puis dans l'arrêt du même nom, du 7 novembre 2012¹¹⁷⁷, où le Conseil d'Etat a récidivé. La

¹¹⁷⁵ NIVARD (Carole), L'effet direct de la charte sociale européenne, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2012, Chron. 28.

¹¹⁷⁶ CE, 4 juillet 2012, Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes (CFPSAA), n° 341533, *Rec. Lebon*.

¹¹⁷⁷ CE, 7 novembre 2012, Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes n° 350313, *JORF* n° 50, du 16 novembre 2012, p. 3057.

fermeté de cette position est accrue par la formulation ambiguë du premier arrêt en vertu de laquelle la requérante ne peut se prévaloir des stipulations de la Charte dans la mesure où « *ces stipulations, qui requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers, ont pour objet exclusif de régir les relations entre Etats* ». La Haute juridiction reprend bien les termes de sa *jurisprudence GISTI et FAPIL*. Le Rapporteur public avait conclu au rejet de l'effet direct du traité qui ne répond pas à la condition objective faute de caractères précis et inconditionnel de ses termes¹¹⁷⁸.

2/ Vers une admission de l'effet direct de la CSE par la Cour de Cassation

A première vue la Chambre sociale a rendu un arrêt en 1996¹¹⁷⁹ qui peut être interprété comme rejetant en bloc l'effet direct de la CSE. En effet la Cour de Cassation a paru hésitante (a) dans un premier temps (a) puis elle reconnaît dans un second temps, l'effet direct de certaines dispositions de la CSE (b).

a) L'hésitation de la Cour de Cassation

La Chambre sociale apparaît hésitante dans la mesure où elle a manqué une occasion importante de confirmer sa jurisprudence avec éclat. En effet, le contentieux relatif à la durée du temps de travail des cadres a offert à la Cour une cassation l'opportunité de faire application de la Charte et de son interprétation par le Comité européen des droits sociaux. Ce dernier avait en effet constaté à diverses reprises¹¹⁸⁰ la contrariété avec la Charte du système de forfait-jours tel qu'établi par la loi Aubry II et modifié par la suite par diverses lois (loi Fillon I¹¹⁸¹, loi Fillon II et loi du 20 août 2008¹¹⁸²). Selon lui, l'encadrement insuffisant des conventions de forfait annuel en jours permet potentiellement à des cadres de travailler 78 heures par semaine ce qui ne peut être considéré comme une durée raisonnable du travail au sens de l'article 2 § 1 de la CSE. Dans son arrêt très remarqué du 29 juin 2011¹¹⁸³, la Cour de cassation a sauvé le forfait-jours tout en renforçant son encadrement au nom de la sécurité et de la santé des travailleurs. Or, la Chambre sociale fonde sa décision sur des dispositions constitutionnelles et de droit de l'Union européenne et non pas sur la CSE elle-même. Plus précisément, elle se réfère indirectement à la Charte par le biais de l'article 151 du TFUE, comme si cet intermédiaire était nécessaire à la reconnaissance d'une autorité à la Charte. La Cour de cassation semble donc refuser de fonder sa décision sur la CSE en tant que telle et par là de confirmer clairement la reconnaissance de son

¹¹⁷⁸ LANDAIS (Claire), Conclusions sur CE, 4 juillet 2012, novembre 2012, Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyope, *RDSS*, 2012, p. 928.

¹¹⁷⁹ CCass., Soc., 17 décembre 1996, Glaziou, n° 92-44203, *Rec. Lebon*.

¹¹⁸⁰ CEDS, 16 novembre 2001, CFE-CGC c/ France, récl. 9/2000 ; CEDS, 12 octobre 2004, CFE-CGC c/ France, récl. 16/2003 et CEDS, 23 juin 2010, CFE-CGC c/ France, récl. 56/2009.

¹¹⁸¹ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, *JORF* du 18 janvier 2003, p. 1080.

¹¹⁸² Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JORF* n° 0194, 21 août 2008, p. 13064.

¹¹⁸³ CCass. Soc., 29 juin 2011, n° 09-71107, *Bull.*

effet direct. Ce refus est d'autant plus contestable que les textes dont elle admet à l'inverse l'invocabilité ne sont pas exempts de tout doute quant à leur effectivité¹¹⁸⁴.

Par contre, la Haute juridiction admet de manière inédite l'invocabilité de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Conditions de travail justes et équitables) dont les termes sont ouvertement inspirés de ceux de la Charte. En définitive, la Chambre sociale préfère formuler les contraintes d'encadrement des conventions forfait-jours sur le fondement, d'une part, de l'exigence constitutionnelle d'un droit à la santé et au repos que le Conseil constitutionnel avait déjà tirée de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946¹¹⁸⁵ et, d'autre part, d'une obligation de respecter les principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs qu'elle fait découler des termes des directives européennes relatives à l'aménagement du temps de travail.

b) Une reconnaissance de l'effet direct de certaines dispositions de la CSE

Il semble que la Chambre sociale ait cherché à donner à sa jurisprudence une orientation nettement favorable à l'admissibilité des normes sociales internationales devant elle. L'arrêt du 1^{er} juillet 2008¹¹⁸⁶, dans lequel elle a constaté l'inconventionnalité du CNE par rapport à la Convention OIT n° C158, a certainement été un détonateur. Dans la lignée de cet arrêt, la Chambre sociale est par la suite revenue sur sa jurisprudence relative à la CSE pour admettre l'effet direct de certaines de ses dispositions. Se sont ainsi vu reconnaître un tel effet les articles 5 (Droit syndical) et 6 (Droit à la négociation collective) de la Charte sociale révisée¹¹⁸⁷. Ainsi que l'article 24 (Droit à la protection en cas de licenciement) de cette même Charte¹¹⁸⁸. La Chambre sociale a également admis d'appliquer des dispositions générales de la Charte sociale révisée, combinées avec l'article 5, que sont l'article A, qui précise l'étendue des engagements des Etats membres de la Charte, l'article E qui consacre le principe de non-discrimination dans l'exercice des droits de la Charte et l'article G qui définit les restrictions autorisées par la Charte¹¹⁸⁹. L'effet direct de la Charte sociale est donc désormais reconnu par la Chambre sociale de la Cour de cassation. Cette acceptation ne fait a priori plus de doute même si le questionnement demeure de savoir si l'ensemble des dispositions de la Charte bénéficie de cette reconnaissance ou s'il s'agit d'un effet admis que pour certains droits. Les arrêts ne se prononcent que s'agissant des articles invoqués mais l'absence formelle de tout examen des termes de la Charte pourrait tout aussi bien traduire une admission globale de l'applicabilité de la Charte.

¹¹⁸⁴ L'effet direct de l'article 151 TFUE peut apparaître douteux, cet article ne faisant qu'énoncer des objectifs. En outre, la Cour de cassation vise cet article en tant qu'il se réfère également à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, texte qui n'est qu'une déclaration, donc sans valeur contraignante.

¹¹⁸⁵ CC, 29 juillet 2005, décision n° 2005-523 DC, *Rec.*

¹¹⁸⁶ CCass., 1^{er} juillet 2008, n° 07-44124, *RJS*, décembre 1995, n° 1372.

¹¹⁸⁷ CCass., Soc., 14 avril 2010, n° 09-60426 et 09-60429 ; 10 novembre 2010, n° 09-72856 ; 1^{er} décembre 2010, n° 10-60117 ; 8 décembre 2010, n° 10-60223 ; 16 février 2011, n° 10-60189 et 10-60191 ; 23 mars 2011, n° 10-60185 ; 28 septembre 2011, n° 10-19113 ; 14 décembre 2011, n° 10-18699.

¹¹⁸⁸ CCass. Soc., 12 janvier 2011, n° 09-41904, *Rec.*

¹¹⁸⁹ Cass. Soc., 29 février 2012, n° 11-60203 ; Cass., Soc., 10 mai 2012, n° 11-60235, *Rec.*

Les normes internationales relatives à la non-discrimination liée au travail ne sont donc pas d'applicabilité homogène aux territoires régis par l'article 73 de la Constitution.

En va-t-il de même s'agissant de l'applicabilité à ces territoires des dispositions juridiques de l'Union européenne et du droit national relatif à la non-discrimination liée au travail ?

CHAPITRE II
UNE APPLICABILITE DE PLEIN DROIT AVEC POSSIBILITES D'ADAPTATION DU DROIT
DE L'UNION EUROPEENE ET DU DROIT INTERNE FRANÇAIS RELATIFS A LA NON-
DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL, AUX TERRITOIRES REGIS PAR L'ARTICLE 73 DE LA
CONSTITUTION

L'objectif historique de la construction européenne est de parvenir à une égalisation des conditions de vie pour l'ensemble des citoyens européens, c'est-à-dire à une véritable cohésion économique et sociale. Cette égalisation implique nécessairement de placer l'ensemble des régions européennes dans des conditions égalitaires.

Le corpus du droit de l'Union Européenne en matière de non-discrimination liée au travail est bien fourni puisqu'il traite de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ; dans l'emploi (de l'embauche au licenciement ou des conditions de départ en retraite) ; de la charge de la preuve ; de l'égalité des chances etc...).

Il s'agira dans un premier temps de s'interroger sur les bases juridiques de l'applicabilité aux territoires régis par l'article 73 de la Constitution de ce droit de l'Union Européenne (I).

De même il existe de nombreuses dispositions anti-discrimination liée au travail dans le droit interne français, il s'agira dans un deuxième temps d'examiner les bases juridiques de leur applicabilité aux collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution (II).

I – L'APPLICABILITE A LA GUADELOUPE, LA GUYANE, LA MARTINIQUE,
MAYOTTE ET LA REUNION DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE RELATIF A LA
NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL

Les dispositions innovantes du droit de l'Union Européenne de la non-discrimination liée au travail sont applicables aux territoires de la Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte et La Réunion du fait de leur intégration dans l'Union Européenne. De plus en tant que régions ultrapériphériques ces territoires peuvent bénéficier de mesures spécifiques mettant en valeur leurs atouts et compensant leurs handicaps. Ce statut s'est élaboré au fil du temps (A) et se fonde aujourd'hui sur le traité de Lisbonne (B). En revanche une question se pose s'agissant de l'exclusion de ces territoires du champ d'application de la convention de Schengen dont l'acquis a été communautarisé (C).

A – L'ÉMERGENCE DU STATUT DE RÉGION ULTRAPÉRIPHÉRIQUE CARACTÉRISÉ PAR L'APPLICABILITÉ DE PLEIN DROIT AVEC POSSIBILITÉS DE MESURES SPÉCIFIQUES

A l'origine, les spécificités des DOM sont reconnues dès 1957 à l'article 227 § 2 du Traité de Rome ainsi que par la convention PTOM, mais les potentialités offertes n'ont pas été exploitées parce que l'appartenance des DOM à la République française ne pouvait se conjuguer avec des structures économiques et sociales similaires aux PVD (pays en voie de développement). La mixité du statut des DOM résultait de deux logiques : l'intégration du droit applicable en Europe et la différenciation (régime octroyé aux PTOM¹¹⁹⁰). Si le bénéfice du FED a semblé adéquat pour les DOM du fait de leur situation économique, le Traité ne leur avait pas prescrit le bénéfice du FSE et du FEOGA. A partir de 1976 les DOM sont éligibles aux fonds structurels mais le mécanisme énumératif est en décalage avec les manifestations d'intégration juridiques¹¹⁹¹. Avec l'arrêt *Hansen* de 1978, une nouvelle étape est franchie autour d'une large reconnaissance des spécificités (1) et le traité d'Amsterdam institue un véritable statut spécifique pour les régions ultrapériphériques (2).

1/ L'arrêt Hansen : applicabilité de plein droit et larges possibilités d'adaptation

Une distinction avait été opérée par l'article 227 § 2 entre les domaines d'application immédiate et ceux d'application différée, justifiée par la volonté de laisser un délai de transition préalable à l'insertion complète des DOM dans la CEE. Cette distinction qui perdura, donna lieu à une jurisprudence controversée sur l'application du droit de la CE dans les DOM.

L'arrêt *Hansen*¹¹⁹² reconnut le principe de pleine applicabilité du droit de la CEE aux DOM, avec, comme corollaire indispensable, un principe général d'adaptation de ce droit. Cet arrêt se réfère, à la Constitution de 1958 : « *le statut des DOM dans la Communauté est défini en première ligne, par référence à la Constitution française, aux termes de laquelle [...] les DOM font partie intégrante de la République* ». Dans la même logique de l'article 73 de la Constitution postulant le principe de l'adaptation, nécessité par leur situation particulière, il en résulte l'assimilation des DOM au territoire de la CEE sous réserve d'adaptations spécifiques. L'arrêt *Hansen* précise, à cet effet, que « *le Traité de*

¹¹⁹⁰ Ces PTOM sont définis à l'article 198 du TFUE (ex-article 182 du TCE), aux termes duquel les collectivités de Nouvelle-Calédonie, Polynésie française, Terres australes et antarctiques françaises, îles Wallis et Futuna, Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon et Saint-Barthélemy constituent, au sens du droit de l'Union, des « pays et territoires d'outremer » qui font l'objet d'un régime spécial d'association défini par la quatrième partie du traité.

¹¹⁹¹ JOS (Emmanuel), PERROT (Danielle), Les départements d'outremer et la communauté européenne à « l'horizon 1993 » : évolution d'un statut, *Revue du Marché Commun*, n° 338, juin-juillet 1990, *op. cit.*, pp. 448-453.

¹¹⁹² CJCE 10 octobre 1978, Hansen, Aff. 148/77, *Rec. p.* 1781, *op. cit.* La Cour a considéré qu'après l'expiration du délai de deux ans prévu, « *les dispositions du traité et du droit dérivé doivent s'appliquer de plein droit aux DOM, en tant qu'ils font partie intégrante de la République française, étant cependant entendu qu'il reste toujours possible de prévoir ultérieurement des mesures spécifiques en vue de répondre aux besoins de ces territoires* ». La décision est intéressante car elle démontre le parallélisme qui marque l'analyse de la situation des DOM en droit interne et en droit communautaire.

Rome ménageant les plus larges possibilités de prévoir des dispositions particulières adaptées à la situation géographique, économique et sociale particulières des DOM, il reste toujours possible de prévoir des mesures spécifiques en vue de répondre aux besoins de ces territoires ».

Cette reconnaissance générale du principe d'adaptation, confirmé par l'arrêt *Coopérative agricole d'approvisionnement des avirons* en 1987, a cependant connu une interprétation restrictive¹¹⁹³ tant dans l'arrêt *Legros*¹¹⁹⁴ du 16 juillet 1992 que dans l'arrêt *Lancry*¹¹⁹⁵ du 9 août 1994. Dans ces deux arrêts, la CJCE interprétait la distinction faite par l'article 227 § 2 entre les domaines de la CEE applicables immédiatement aux DOM et ceux bénéficiant d'un délai de deux ans préalable à leur application : « *les dispositions du Traité mentionnées explicitement à l'article 227 § 2, premier alinéa, ont été applicables dans les DOM dès l'entrée en vigueur du traité CEE [...] Pour les autres dispositions, il est possible de prévoir des mesures spécifiques en vue de répondre aux besoins de ces territoires.* » Cette interprétation réservait en fait le principe d'adaptation aux seules dispositions mentionnées au deuxième alinéa de l'article 227 § 2 faisant l'objet d'une application différée ; pour les autres domaines, énoncés précisément au premier alinéa, et qui touchait des domaines essentiels¹¹⁹⁶ ; il était considéré que l'objectif de la CEE devait prévaloir sur les spécificités de l'outremer. Étaient ainsi menacés à termes des dispositifs essentiels aux économies ultramarines¹¹⁹⁷.

2/ La reconnaissance d'un véritable statut spécifique avec le Traité d'Amsterdam

La déclaration de Funchal¹¹⁹⁸ du 25 novembre 1988, émanant des exécutifs des sept régions ultrapériphériques¹¹⁹⁹, constitue la première tentative commune pour faire reconnaître par la Commission européenne les handicaps structurels de ces régions. Face à la quasi ignorance de l'agriculture « lointaine » des DOM, par la Commission Européenne jusqu'au milieu des années 1980, cette agriculture a vécu de plans de relance en plans de redressement. Sur la base de l'article 227 § 2 du Traité, le Conseil des communautés Européennes a adopté le 22 décembre 1989 un programme dont l'objectif était de

¹¹⁹³ PERROT (Danielle), A propos de l'arrêt *Legros*, réflexion sur le statut communautaire des départements d'outremer, *RMC*, 1993, pp. 427-435. DUBOIS (Louis), Les outremer dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, dans, *Union européenne et outremer, Unis dans leur diversité, op. cit.*, pp. 186-203, en particulier p. 195 ; également RUBIO (Nathalie), Les régions ultrapériphériques de l'Union Européenne, dans, TESOKA (Laurent), ZILLER (Jacques), *Union européenne et outre-mers unis dans leur diversité*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, décembre 2008, p. 129.

¹¹⁹⁴ CJCE, 16 juillet 1992, Administration des douanes et droits indirects c/ Léopold LEGROS et autres, Aff. C-163/90, *Rec.* p. I-4625.

¹¹⁹⁵ CJCE, 9 août 1994, René Lancry SA e.a. c/ Direction générale des douanes e.a., Aff.C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 et C-411/93, *Rec.* p. I-3957.

¹¹⁹⁶ L'agriculture, la libre circulation des marchandises, la libération des services et les règles de concurrence.

¹¹⁹⁷ L'octroi de mer ou le programme communautaire « POSEIDOM ».

¹¹⁹⁸ Déclaration commune reconnaissant pour la première fois la possibilité d'adapter la réglementation communautaire aux spécificités de ces régions. Le contenu de cette déclaration restait cependant peu novateur, tandis que sa portée juridique était incertaine.

¹¹⁹⁹ DARSIERES (Camille), *Les régions ultrapériphériques et les propositions de règlement du Conseil*, Rapport d'information, n° 3034, Assemblée Nationale, 3 mai 2001, p. 17.

permettre le développement économique et social des DOM, suite au dépôt par la France, d'un mémorandum « *pour une meilleure insertion des DOM dans la Communauté Européenne. L'Europe a accepté de reconnaître concrètement les handicaps de cette agriculture insulaire. Les aides POSEIDOM¹²⁰⁰ viennent compléter les aides PAC* »¹²⁰¹. Le traité de Maastricht a fait figurer, en annexe, une déclaration commune reconnaissant pour la première fois la possibilité d'adapter la réglementation de la CE aux spécificités de ces régions. Le contenu de cette déclaration restait cependant peu novateur, tandis que sa portée juridique était incertaine¹²⁰².

C'est en 1997, que le statut spécifique des régions ultrapériphériques a été reconnue avec le Traité d'Amsterdam et l'introduction d'un nouvel article 299 § 2 à la place de l'article 227 § 2. Ce statut qui reconnaît l'existence des handicaps structurels permanents (situation économique et sociale structurelle qui est aggravée par leur éloignement, l'insularité, leur faible superficie, le relief et le climat difficile, leur dépendance économique vis-à-vis d'un petit nombre de produits, facteurs dont la permanence et la combinaison nuisent gravement à leur développement) est applicable aux DOM, à madère, aux Açores et aux Iles Canaries. La distinction entre domaines communautaires, directement applicables, et domaines d'application différée disparaît ; la possibilité d'adopter des mesures spécifiques pour ces régions est ainsi reconnue de manière générale.

La seule limite à ce principe d'adaptation figure au dernier alinéa 299 § 2 du Traité d'Amsterdam : les mesures particulières ne doivent pas nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique de la CE. Cette restriction a constitué un sérieux motif d'inquiétude pour l'avenir des politiques spécifiques aux RUP¹²⁰³.

B – LA SITUATION JURIDIQUE SPECIFIQUE DES RUP DANS LE TRAITE DE LISBONNE ET DANS LE DROIT

DERIVE ACTUEL

Le traité de Lisbonne confirme le régime d'applicabilité de plein droit avec possibilités de mesures spécifiques (1), le droit dérivé actuel permet la prise en compte en pratique des spécificités des RUP (2) et appui l'intégration des RUP dans les régions avoisinantes (3).

¹²⁰⁰ Programme d'options spécifiques à l'éloignement et à l'insularité des départements français d'outremer.

¹²⁰¹ FRANCOIS (Philippe), DENEUX (Marcel), EMORINE (Jean-Paul), *Quelle réforme pour la politique agricole commune*, Sénat, Rapport d'information, n° 466, pp. 97-98.

¹²⁰² DARSIERES (Camille), *Les régions ultrapériphériques et les propositions de règlement du Conseil*, Rapport d'information, n° 3034, Assemblée Nationale, 3 mai 2001, *op. cit.*, p. 6.

¹²⁰³ DARSIERES (Camille), *Les régions ultrapériphériques et les propositions de règlement du Conseil*, Rapport d'information, n° 3034, Assemblée Nationale, 3 mai 2001, *ibidem*, p. 6.

1/ La confirmation du régime d'applicabilité de plein droit avec possibilités de mesures spécifiques

L'article 355 du TFUE précise le champ d'application territorial des traités. Il confirme notamment le principe de l'application intégrale du droit de l'UE aux RUP¹²⁰⁴. A noter que Saint-Barthélemy faisait parti des régions ultrapériphériques est devenu un PTOM depuis le 1^{er} janvier 2012 et que Mayotte est devenu région ultrapériphérique depuis le 1^{er} janvier 2014.

En ce qui concerne les possibilités d'adoption de mesures spécifiques, l'article 349 du TFUE prévoit que : *« compte-tenu de la situation économique et sociale structurelle de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique, de la Réunion, qui est aggravée par leur éloignement, l'insularité, leur faible superficie, le relief et le climat difficiles, leur dépendance économique vis-à-vis d'un petit nombre de produits, facteurs dont la permanence et la combinaison nuisent gravement à leur développement, le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, arrête des mesures spécifiques visant, en particulier, à fixer les conditions de l'application des traités à ces régions, ... »*. Ces mesures portent *« notamment sur les aides d'État, et les conditions d'accès aux fonds structurels et aux programmes horizontaux de l'Union »*. Elles sont adoptées *« sans nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique de l'Union, y compris le marché intérieur et les politiques communes »*.

Le traité renforce la prise en compte de la situation structurelle, économique et sociale des RUP. Aux termes de l'article 107 § 3, point a), du TFUE, les aides accordées par les États membres et destinées à favoriser le développement économique des RUP peuvent être considérées comme compatibles avec le marché unique. Cette référence explicite aux RUP a été introduite par le traité de Lisbonne. Elle fixe au bénéfice des RUP le principe d'un traitement différencié au regard du droit de la concurrence qui leur permet de bénéficier du plus haut niveau d'aide¹²⁰⁵.

Ces aides conséquentes devraient à termes bénéficier au développement économique, à la croissance et à l'emploi. Les atouts de ces territoires leur confèrent un potentiel de développement et d'attractivité élevé (écotourisme, énergies renouvelables, plantes médicinales et aromatiques...) dans un contexte de sensibilité croissante à l'environnement et à la démarche de développement durable. A cet effet, la

¹²⁰⁴ PERROT, (Danielle) Les Régions ultrapériphériques françaises selon le Traité de Lisbonne, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, octobre-décembre 2009, p. 723. *« Du moment que le Traité de Lisbonne supprime la précédente construction en piliers, cela confirme que les RUP (...) sont bien désormais concernées par les normes régies par l'ensemble du droit de l'Union, ce qui concerne un autre changement formel. En somme, l'architecture du nouveau droit primaire, modifié par rapport à la structure en piliers antérieure, débouche sur une extension apparente des normes applicables a priori à ces régions, ce qui est susceptible d'opérer un changement juridique d'importance potentiellement majeure »*; Voir également RUBIO (Nathalie), La consolidation du régime des régions ultrapériphériques par le Traité de Lisbonne, *La Gazette du Palais, Gazette européenne*, 2008, n° 39, pp. 65-70.

¹²⁰⁵ PERROT, Danielle, Les Régions ultrapériphériques françaises selon le Traité de Lisbonne, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, *ibidem*, p. 730. Certes, ce régime particulier applicable aux RUP est *« à priori plus favorable que celui prévu pour les régions retenues au titre du point c), mais la détermination précise du contenu de ce régime continue de dépendre de l'exercice de la compétence discrétionnaire de la Commission (passible d'un contrôle juridictionnel restreint) pour évaluer la congruence des aides avec l'objectif de développement régional »*.

diversification d'activités peut s'opérer autour de l'exploitation de ressources locales, combinée à une haute intensité de connaissances technologiques. L'ensemble des RUP, représente pour la recherche européenne le seul accès à la zone tropicale.

2/ La prise en compte en pratique des spécificités des RUP

L'article 349 TFUE vise à adapter certaines dispositions du droit et des politiques de l'Union aux caractéristiques et contraintes particulières de ces régions (en particulier les surcoûts) générées notamment par leur éloignement, leur insularité, leur climat, leur faible superficie et leur dépendance économique vis-à-vis d'un nombre limité de produits.

Pour la période 2007-2013 les RUP françaises ont bénéficié de 3,9 milliards d'euros de fonds structurels sur un total de 5,8 milliards d'euros pour l'ensemble des RUP.

Pour la période 2014-2020, une enveloppe de 6,6 milliards d'euros au titre de la politique de cohésion, a été attribuée aux RUP. Les axes stratégiques à privilégier selon la Commission européenne sont l'accessibilité au marché unique (transports, mise en place de nouvelles TIC...) ; la compétitivité (modernisation et diversification des économies...) ; l'intégration régionale ; le renforcement de la dimension sociale (création d'emploi, lutte contre la pauvreté...) ; et la lutte contre le changement climatique. Le règlement du 17 décembre 2013¹²⁰⁶ prévoit dans son article 9 une contribution à la réalisation de la stratégie de l'Union pour une croissance intelligente, durable et inclusive, dans le respect des objectifs de cohésion économique, sociale et territoriale. Chaque fonds ESI (Européen Structurel et d'Investissement) soutient 11 objectifs thématiques¹²⁰⁷, traduits en priorités spécifiques.

L'article 7 du règlement général, relatif à la Promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes et de la non-discrimination prévoit des mesures de prévention de toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, en particulier, l'accessibilité pour les personnes handicapées.

¹²⁰⁶ Règlement n° 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013, *JOUE* L 347/320 du 20/12/2013.

¹²⁰⁷ Renforcement de la recherche, du développement technologique et de l'innovation ; amélioration de l'accès aux TIC ; renforcement de la compétitivité des PME, du secteur agricole (pour le FEADER) et du secteur de la pêche et de l'aquaculture (pour le FEAMP) ; soutien de la transition vers une économie à faible émission de carbone dans tous les secteurs ; promotion de l'adaptation au changement climatique, de la prévention et la gestion des risques ; préservation et protection de l'environnement et incitation à l'utilisation rationnelle des ressources ; promotion du transport durable et suppression des goulets d'étranglement dans les infrastructures de réseaux essentielles ; promotion de l'emploi durable et de qualité et soutien à la mobilité de la main-d'œuvre ; promotion de l'inclusion sociale et lutte contre la pauvreté et contre toute forme de discrimination ; investissement dans l'éducation, la formation y compris la formation professionnelle pour l'acquisition de compétences et l'apprentissage tout au long de la vie ; renforcement des capacités institutionnelles des autorités publiques et des parties intéressées et contribution à l'efficacité de l'administration publique.

Le règlement n° 1301/2013¹²⁰⁸ relatif au FEDER, et aux dispositions particulières relatives à l'objectif « investissement pour la croissance et l'emploi » accorde une attention particulière aux RUP : les aides octroyées au titre du FEDER, sont exemptées de l'obligation de notification prévue à l'article 108, paragraphe 3, du TFUE, si elles sont compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107¹²⁰⁹ et 108 (procédure formelle d'examen de compatibilité des aides d'Etat) du TFUE. L'article 4 du règlement (notamment respect des objectifs des Fonds ESI définis par le traité), ne s'applique pas à l'allocation spécifique supplémentaire de compensation des coûts supplémentaires des RUP (transport, contraintes de stockage...). L'allocation spécifique peut contribuer à l'aide au fonctionnement, aux dépenses liées aux obligations et les contrats de service public, etc. Enfin pour faciliter le développement économique de Mayotte, 50 % de l'enveloppe FEDER devrait être lui être alloué.

La décision du Conseil du 17 décembre 2014¹²¹⁰, autorise la prorogation du dispositif de l'octroi de mer pour les aides à finalité régionale, jusqu'en 2020. Ce régime d'aide applicable du 1^{er} juillet 2015 au 31 décembre 2020, s'inscrit dans le cadre des politiques publiques conduites en outremer par l'Etat en vue de réduire les handicaps structurels, conformément à la réglementation européenne. Sur la base de l'article 349 du TFUE, un dispositif fiscal spécifique est mis en œuvre à destination des cinq territoires de Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte, et La Réunion, en raison de l'existence de handicaps permanents qui ont une incidence sur leur situation économique et sociale (surcoût résultant de l'insularité, l'éloignement et de l'étroitesse de marchés isolés). La loi du 29 juin 2015 modifiant la loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004¹²¹¹, transpose la décision du Conseil de l'Union du 17 décembre 2014 tout en révisant la liste des biens concernés. La parution du décret d'application de la loi du 28 juin 2015 constitue la dernière étape du processus qui a été marqué par la décision du Conseil des Ministres européen du 17 décembre 2014.

3/ L'appui à l'intégration des RUP dans les régions avoisinantes favorable au développement économique et à l'emploi

Les RUP ne constitue pas seulement selon Monsieur Pedro SOLBES-MIRA (ancien commissaire européen), un marché intérieur avec le reste de l'UE. Elles constituent au moins un marché avec leurs

¹²⁰⁸ Règlement n° 1301/2013 du Parlement Européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au Fonds européen de développement régional et aux dispositions particulières relatives à l'objectif « Investissement pour la croissance et l'emploi », et abrogeant le règlement (CE) n° 1080/2006, *JOUE* L 347/289 du 20 décembre 2013.

¹²⁰⁹ Aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi ; aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ; aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre ; c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun ; aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun.

¹²¹⁰ Décision du Conseil n° 940/2014/UE du 17 décembre 2014 relative au régime de l'octroi de mer dans les régions ultrapériphériques.

¹²¹¹ Loi n° 2015-762 du 29 juin 2015 modifiant la loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004 relative à l'octroi de mer, *JORF* n° 0149 du 30 juin 2015, p. 10979.

voisins immédiats. L'insertion régionale des RUP dans leurs espaces géographiques proches est une des voies privilégiées de développement de ces régions. Elle doit aussi permettre à l'UE de pénétrer des marchés régionaux en expansion.

En effet, selon le Professeur Nathalie RUBIO, s'agissant particulièrement des Antilles, la mise en œuvre d'une stratégie d'ensemble de développement économique et social, doit passer par la coopération avec la Caraïbe en valorisant les moyens dont ils disposent¹²¹².

La Commission considère que la réalisation de cet objectif passe à la fois par une coopération accrue entre RUP, pays ACP et PTOM, et par un renforcement des relations commerciales entre eux. Depuis 2004, la Commission promeut, dans le cadre de la politique de grand voisinage, le renforcement des liens économiques, sociaux et culturels des RUP avec les territoires voisins afin de mieux les intégrer dans leur zone géographique proche et réduire les barrières qui limitent les possibilités d'échanges avec les marchés proches des Caraïbes, d'Amérique et d'Afrique¹²¹³.

Toutefois, les difficultés et blocages auxquels se heurte la mise en œuvre de ce plan d'action pour le grand voisinage doivent être clairement identifiés pour pouvoir être surmontés. Aujourd'hui, les fonds européens sont mis en place en fonction du statut juridique de leur bénéficiaire. Ainsi, les interventions européennes se font par le biais du FED dans le cas des Etats ACP ; et du FEDER, pour les RUP.

Dans chaque cas, l'intervention européenne devra nécessiter une formation de tous les acteurs, sur le terrain comme à Bruxelles, afin qu'ils maîtrisent chacune des procédures et des réglementations du FED et du FEDER. Les obstacles à la coopération entre RUP et États tiers devraient être identifiés, pour permettre d'envisager les aménagements nécessaires¹²¹⁴.

On pourrait par exemple envisager d'augmenter la part de 10 voire 15 % des fonds FEDER¹²¹⁵ affectés à la coopération territoriale et pouvant être dépensés hors de l'UE. Enfin, il serait souhaitable d'identifier des projets présentant un véritable intérêt commun pour les RUP et les pays tiers voisins. Toutes les RUP devraient, compte tenu des tendances qui se dessinent de leurs niveaux de développement actuels, être éligibles à la future politique de cohésion, soit au titre de l'objectif « Convergence »¹²¹⁶, soit de l'objectif « Compétitivité régionale et emploi »¹²¹⁷ et bénéficier de l'objectif 3 « Coopération territoriale

¹²¹² RUBIO (Nathalie), *L'avenir des départements antillais*, La documentation française, 2000, pp. 333-352.

¹²¹³ Réponse donnée par M^{me} FERRERO-WALDNER au nom de la Commission (questions parlementaires du 2 février 2010).

¹²¹⁴ SOLBES-MIRA (Pedro), *Les régions ultrapériphériques européennes dans le marché unique : Le rayonnement de l'UE dans le monde*, Rapport, Commission européenne, 12 octobre 2011, *op. cit.*, pp. 28-49.

¹²¹⁵ Communication de la commission n° COM(2004) 346 final, *Un partenariat renforcé pour les régions ultrapériphériques*, Commission des Communautés Européennes, Bruxelles, 26 mai 2004, p. 15.

¹²¹⁶ L'objectif convergence vise à stimuler la croissance et l'emploi dans les régions les moins développées (RUP). Il met l'accent sur l'innovation et la société de la connaissance, sur l'adaptabilité aux changements économiques et sociaux, sur la qualité de l'environnement et l'efficacité administrative. Il doit permettre d'aider les régions en retard de développement. L'objectif 3 « Coopération territoriale » vise à promouvoir la coopération entre les régions européennes.

¹²¹⁷ Il vise les régions de l'UE non concernées par l'Objectif « Convergence », afin de leur permettre d'augmenter leur compétitivité et le nombre d'emplois.

européenne »¹²¹⁸ qui vise à promouvoir la coopération entre les régions européennes et le développement de solutions communes dans les domaines du développement urbain, rural et côtier, du développement économique et de la gestion de l'environnement. Cet objectif est divisé en trois composantes : la première est la coopération transfrontalière (développement régional intégré entre régions frontalières), qui regroupe les programmes Interreg A ; la deuxième est la coopération transnationale (constitution de grands groupes de régions européennes), qui regroupe les programmes Interreg B et enfin la coopération interrégionale (échange d'informations et partage d'expériences), qui regroupe les programmes Interreg C ainsi que les programmes Urbact (échanges pour un développement urbain durable), Interact (Interreg Animation, Coopération et Transfert) et Orate (Observatoire en réseau de l'aménagement du territoire européen). La Commission devrait proposer de maintenir, dans le cadre de la future réglementation relative à la politique de cohésion, une majoration des taux d'intervention en faveur des RUP, en faveur de la « Compétitivité régionale emploi »¹²¹⁹.

A noter que dans le cadre des 'relations ACP/UE il a été conclu un accord de partenariat économique (APE) entre les Etats du CARIFORUM et l'Union Européenne en 2008. Une place est faite dans cet accord au renforcement de la coopération entre les RUP et les Etats du CARIFORUM par l'article 239.

Au nombre des interrogations relatives à l'applicabilité des traités européens aux territoires de la Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte et La Réunion il y a leur exclusion du champ d'application de l'accord de Schengen.

C – L'EXCLUSION DES OUTREMERS DU CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION DE SCHENGEN

La convention de Schengen n'est pas en elle-même du droit de l'Union européenne. Toutefois, l'acquis de Schengen a été intégré dans le droit de l'Union par un protocole annexé au traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999. L'intégration de l'acquis de Schengen figure également dans le protocole n° 19 annexé au Traité de Lisbonne.

1/ Un régime discriminatoire applicable aux étrangers bénéficiant d'un droit d'entrer et de séjour dans les outre-mers, y compris dans les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution

S'agissant de l'applicabilité de la convention de Schengen de 1985, dont la convention d'application a été signée par la France le 19 juin 1990, l'article 138 de la convention d'application de cet accord dispose : « *Les dispositions de la présente Convention ne s'appliqueront, pour la République française, qu'au territoire européen de la République française. (...) Les dispositions de la présente Convention ne*

¹²¹⁸ Il concerne toutes les régions de l'UE et soutient la coopération entre elles.

¹²¹⁹ Communication de la commission n° COM(2004) 346 final, *op. cit.*, p. 5.

s'appliqueront, pour le Royaume des Pays-Bas, qu'au territoire situé en Europe ». Cette exclusion a été validé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 25 juillet 1991¹²²⁰ en ces termes : « *considérant que la convention a pour objet la suppression des contrôles opérés aux frontières communes des États signataires ; qu'en raison du but ainsi poursuivi la limitation du champ d'application territoriale de cette convention, que stipule son article 138, n'est en rien contraire au principe d'indivisibilité de la République* ». La « circulaire Schengen » du 23 mars 1995 précise : « *Les départements, collectivités et territoires d'outremer sont exclus de l'espace de libre circulation Schengen. Ainsi, bien qu'il n'y ait en aucune façon de frontière entre la métropole et l'outremer, le régime de circulation applicable aux liaisons entre l'outremer et la métropole est assimilé au franchissement des frontières extérieures* ».

L'insularité est souvent l'argument officiel justifiant cette division du territoire de la République française. Or plusieurs îles (la Corse, la Sardaigne, les Açores, Madère, les Canaries, l'Islande) sont dans l'espace « Schengen ». Il s'agit donc d'un choix effectué par les gouvernements français et néerlandais plus que d'une condition géographique objective.

C'est ainsi qu'un étranger effectuant un voyage en métropole puis dans les territoires régis par l'article 73 doit être autorisé à entrer d'une part dans l'espace « Schengen », d'autre part dans ces territoires. S'il veut en outre aller en Polynésie française, une troisième autorisation sera requise.

Les conditions de l'entrée dans l'espace « Schengen » sont régies par des règlements européens (notamment par un « code des frontières Schengen » et par un « code des visas ») pour la plupart transposés dans le livre II du Ceseda et dans les ordonnances relatives à l'entrée et au séjour à Mayotte et dans les « CTOM »¹²²¹.

C'est ainsi que les justificatifs exigés pour obtenir un visa ou franchir la frontière sont les mêmes sur tout le territoire national (métropole et outremer). Encore faut-il préciser quelle frontière la personne est autorisée à franchir¹²²², car l'espace Schengen limite la circulation des étrangers vivant dans les territoires régis par l'article 73. De même L'« immigration choisie » qui a inspiré la « carte bleue européenne » s'inscrit dans ce mouvement d'émergence d'une politique européenne discriminante, différenciant les étrangers à haut niveau de qualification de ceux à bas niveau de qualification, vivant dans ces territoires.

La seule exception à la circulation des étrangers à l'espace Schengen est la carte de séjour intitulée : « carte bleue européenne », qui permet aux travailleurs à haut niveau de qualification de circuler plus librement dans cet espace.

¹²²⁰ CC, 25 juillet 1991, loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, n° 91294 DC, points 52 à 55, *JORF* du 27 juillet 1991, p. 10001, *Rec.* p. 91.

¹²²¹ Est désigné par « CTOM » la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française et les îles Wallis-et-Futuna où la situation juridique des étrangers est semblable.

¹²²² GISTI, Régimes d'exception en outremer pour les personnes étrangères, *Les Cahiers juridiques*, juin 2012, p. 17.

2/ Une exception : la circulation des étrangers à haut niveau de qualification

Issue d'une directive du même nom¹²²³, la « carte bleue européenne » (CBE) vise à faciliter la circulation dans l'Union européenne des étrangers à haut niveau de qualification et pourvus d'un contrat de travail avec une rémunération au moins égale à une fois et demie le salaire moyen brut annuel, soit en 2011 un salaire brut annuel d'au moins 51 443 euros¹²²⁴.

L'autorisation de travail qu'elle confère est valable en métropole, en Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte ainsi qu'à la Réunion¹²²⁵.

La loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité promulguée le 17 juin 2011 prévoit sa mise en œuvre¹²²⁶. La circulaire sur l'entrée en vigueur de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité parue en juin 2011 précisait que la CBE fait partie des dispositions qui ne seront applicables qu'après la parution d'un décret d'application. Le décret d'application est paru le 6 septembre 2011¹²²⁷.

Le candidat à ce titre de séjour doit : soit être titulaire d'un diplôme sanctionnant au moins trois années d'études supérieures, soit bénéficiaire d'une expérience professionnelle d'au moins cinq ans, dont deux ans dans un poste de haut niveau. Il devra avoir un contrat de travail, pour un emploi qui correspond à sa qualification et à ses expériences professionnelles. Le salaire proposé par l'employeur ne devra pas être inférieur au salaire moyen français. Le salaire moyen de référence est fixé par arrêté¹²²⁸. La CBE est valable 3 ans, renouvelable, sauf si la durée du contrat de travail est inférieure à 3 ans. Dans ce cas, est devra être valable pour toute la durée du contrat¹²²⁹.

La situation de l'emploi n'est pas opposable pour les candidats à la CBE. En principe les employeurs n'ont pas besoin de faire des recherches préalables de candidat sur le marché du travail français¹²³⁰.

Une politique basée de manière exclusive sur l'accord de droits aux seuls migrants hautement qualifiés ne fait « *qu'introduire, de manière discutable, une divergence de traitement entre les migrants*

¹²²³ Directive européenne n° 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009, relative à la carte bleue européenne, *op. cit.*

¹²²⁴ Article L. 313-10 et R. 313-9 du Ceseda et article R. 5221-31-1 du code du travail.

¹²²⁵ Article R. 5221-8-1 du code du travail.

¹²²⁶ La France est le premier Etat membre de l'Union européenne à transposer la directive, par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *JORF* n° 0139 du 17 juin 2011, p. 10290.

¹²²⁷ Décret n° 2011-1049 du 6 septembre 2011 pris pour l'application de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 (*ibidem*) relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité et relatif aux titres de séjour (*JORF* n° 0207 du 7 septembre 2011, p. 15036).

¹²²⁸ Arrêté du 10 février 2014 relatif au montant du salaire brut moyen annuel de référence pour la délivrance de la carte de séjour temporaire portant la mention « carte bleue européenne », *JORF* n° 0050 du 28 février 2014, p. 3930.

¹²²⁹ Circulaire n° NOR IOCL1200311C sur les conditions de délivrance et la durée de validité des récépissés et des titres de séjour (ministre de l'intérieur, de l'outremer, des collectivités territoriales et de l'immigration).

¹²³⁰ L'article 59 du décret n° 2011-1049 du 6 septembre 2011 (*ibidem*), énonce : « *La situation de l'emploi ne peut être opposée lorsque l'autorisation de travail est demandée par un étranger confié à l'aide sociale à l'enfance entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans, dès lors qu'il satisfait les conditions fixées à l'article L. 313-15 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour obtenir la carte de séjour temporaire prévue au 1° de l'article L. 313-10 du même code et portant la mention « salarié » ou la mention « travailleur temporaire ».*

« hautement qualifiés » et les autres travailleurs migrants, et incite donc de ce fait à exprimer « de réelles inquiétudes quant à une discrimination potentielle »¹²³¹.

Des déclarations politiques sur la nécessité d'instaurer une « égalité de traitement » des étrangers à la mise en place, dans les faits, d'une politique de « tri » des migrants, la politique d'immigration de travail témoigne une fois de plus de la difficulté d'étendre le bénéfice de l'égalité à l'étranger qui, « s'il a parfois des faveurs, n'a que rarement de véritables droits »¹²³².

La fermeture de l'espace Schengen aux étrangers « sans diplômes » vivant dans les territoires régis par l'article 73, a un effet incontestablement discriminatoire.

Pour conclure, le principe de l'application de plein droit, du nouveau droit de l'Union, même assorti de possibilités d'adaptations, voire de dérogations, demeure l'empreinte du sceau de l'intégration. Les RUP peuvent nécessiter l'intervention d'actes de droit dérivé pris par les autorités européennes, comme auparavant pour la mise en œuvre de l'article 299 § 2 CE, tel qu'issu du traité d'Amsterdam et actuellement l'article 349 du TFUE.

L'applicabilité des règles nationales participe de la même logique : entre intégration et adaptation.

II – LE PRINCIPE DE L'APPLICABILITE DE PLEIN DROIT DES REGLES NATIONALES, Y COMPRIS RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL, AUX COLLECTIVITES TERRITORIALES REGIES PAR L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION ET SES MODULATIONS

Deux éléments fondamentaux structurent la loi du 19 mars 1946 et les articles 73 des constitutions françaises de 1946 et de 1958, Il s'agit du régime législatif et de l'organisation administrative.

Ainsi, l'article premier de la loi du 19 mars 1946 intègre les quatre colonies de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion dans l'organisation administrative départementale de droit commun. Les départements d'outremer ayant vécu, jusqu'en 1946, sous le régime de la spécialité, l'article premier de la loi du 19 mars 1946 a prévu l'extension par décret aux départements d'outremer des textes législatifs et réglementaires antérieurs à cette date. Les lois et décrets qui ne sont pas encore appliqués à ces colonies feront, l'objet de décrets d'application avant le 1^{er} janvier 1947.

L'article 3 de la loi du 19 mars 1946 prévoit, dès sa promulgation, que les lois nouvelles applicables à la métropole le seront dans ces départements, sur mention expresse insérée aux textes¹²³³. L'article 73 de la

¹²³¹ FOEGLE (Jean-Philippe), L'immigration « choisie » au prisme des politiques européennes, dans, *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, Rapport du Réseau européen des migrations, 18 novembre 2013, *Revue des Droits de l'Homme*, p. 8.

¹²³² LOCHAK (Danièle), *Etrangers : de quel droit ?*, PUF, Paris, mai 1985, 256 p.

¹²³³ JOS (Emmanuel), *Contribution à l'histoire juridico-politique de l'outremer français : Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte et La Réunion : vers des statuts sur mesure*, L'Harmattan, 2012, *ibidem*.

Constitution de 1946 instaure l'identité législative. L'article 73 issu de la Constitution de 1958 s'inscrit dans la perspective d'une « départementalisation adaptée » dans la mesure où l'adaptation tient compte de la « situation particulière ». L'article 73 suite à la révision constitutionnelle du 23 mars 2003, affirme le principe d'identité et étend le champ de l'adaptation pour tenir compte des contraintes et caractéristiques particulières.

Il en résulte un principe d'applicabilité de plein droit des règles nationales aux collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution, par les versions successives (A) ainsi que des modulations à ce principe d'applicabilité de plein droit (B). En conséquence le droit national relatif à la non-discrimination dans le travail a vocation à s'appliquer de plein droit dans les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution. L'adaptation, loin d'être discriminatoires doit permettre l'adoption de mesures spécifiques permettant de lutter contre les discriminations en particulier liées au travail.

A – LE PRINCIPE DE L'APPLICABILITE DE PLEIN DROIT DES REGLES NATIONALES AUX COLLECTIVITES TERRITORIALES REGIES PAR LES VERSIONS SUCCESSIVES DE L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION

L'objectif essentiel des promoteurs de la loi du 19 mars 1946 était de mettre fin au statut colonial et au régime législatif de spécialité découlant du sénatus-consulte du 3 mai 1854¹²³⁴, dont le caractère discriminatoire était des plus évidents, en le remplaçant par un régime fondé sur l'égalité entre citoyens français. En effet, la loi du 19 mars 1946 érigeant en départements les « vieilles colonies » réalisait, à la demande insistante des parlementaires représentant ces territoires, leur décolonisation, non pas par la sécession mais au contraire par leur intégration à la Nation.

Le statut des collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution s'est inscrite dans un cadre statutaire de nature législative à savoir la loi du 19 mars 1946 puis dans un cadre statutaire de nature constitutionnelle avec les diverses rédactions de l'article 73 des constitutions de 1946 et de 1958. L'article 73 de la Constitution, issu de la révision du 28 mars 2003, reprend ces deux éléments constitutifs du statut des collectivités régies par l'article 73 de la Constitution que sont le régime législatif et l'organisation administrative¹²³⁵. Il se réfère à l'organisation administrative de département et de région d'outremer, organisation pouvant faire l'objet de modifications, et précise le régime législatif qui leur est applicable.

¹²³⁴ Sur le régime juridique existant dans les « quatre vieilles » avant l'adoption de la loi du 19 mars 1946, voir : SABLE (Victor), *La transformation des Isles d'Amérique en Départements français*, éd Larose, 1955, pp. 21-141 ; MICLO (François), *Le régime législatif des départements d'outremer et l'unité de la République*, Economica, 1982, *ibidem*, pp. 15-48 ; WILLIAM (Jean-Claude), Les origines de la loi de départementalisation, *Historial antillais*, tome VI, Editions Dajani, 1980, p. 50-61.

¹²³⁵ JOS (Emmanuel), *Contribution à l'histoire juridico-politique de l'outremer français : Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte et La Réunion : vers des statuts sur mesure*, L'harmattan, 2012, *ibidem*, p. 8.

Ainsi dans ces paragraphes, il sera question de l'applicabilité de « plein droit » issue de l'article 73 de la Constitution de 1946 (1), de la Constitution de 1958 dans sa rédaction originelle et à l'issue de la révision du 28 mars 2003 (2).

1 / L'applicabilité de plein droit issue de l'article 73 de la Constitution de 1946

C'est le régime de la spécialité qui prévalait jusqu'en 1947. Il prévoyait l'extension par décret aux départements d'outremer des textes législatifs et réglementaires antérieurs à la loi du 19 mars 1946. Alors que, en dépit de ce qu'avaient souhaité ses initiateurs, la loi du 19 mars 1946 ne prévoyait pas une application automatique des règles nationales (a), l'instauration de l'identité législative par l'article 73 de la Constitution de 1946 avait vocation à permettre l'application de plein droit des dispositions favorables aux DOM en matière sociale et notamment de travail (b).

a) La non application automatique des règles nationales, concernant notamment le travail, sous le régime de la loi du 19 mars 1946

L'idée de transformer les quatre *vieilles colonies* en départements ne date pas de 1946. Dès 1890, Vincent ALLEGRE, sénateur de la Martinique avait déposé sur le bureau de la Haute Chambre une proposition de loi allant dans ce sens. Vers 1915, Joseph LAGROSSILLIERE, député socialiste martiniquais avait lancé un projet tendant à une plus grande intégration des « vieilles colonies » à la France. En Guyane, Gaston MONNERVILLE, avocat et futur député de la Guyane, n'aura de cesse de réaffirmer l'attachement éternel « à la mère patrie ». Peu de temps après la Libération, la Guyane et la Martinique se voient attribuer le statut de département et sont, de ce fait, incorporés juridiquement à l'Etat français. Le maire de Fort-de-France et député de la Martinique, Aimé CESAIRE, défendra avec une grande ferveur la reconnaissance effective des anciennes colonies en droit français et participera en tant que rapporteur à la rédaction du projet de loi pour la départementalisation.

Jusqu'en 1946, les départements d'outremer ayant vécu sous le régime de la spécialité, la loi du 19 mars 1946 prévoyait l'extension par décret aux départements d'outremer des textes législatifs et réglementaires antérieurs à cette date. L'article 3 établissait le principe de l'application de toutes les nouvelles lois édictées pour la métropole « *sur mention expresse insérée au texte* ». Cela limitait l'entière identité législative de la loi de 1946 qui selon Victor SABLÉ, sénateur de la Martinique : « *si dans l'ordre des principes généraux, l'acte législatif du 19 mars renforçait la tradition et la doctrine de l'assimilation, sur le plan de la technique juridique, les règles observées sous la IIIème République n'avaient pas été réellement modifiées* »¹²³⁶.

¹²³⁶ SABLÉ (Victor), dans, *Projet de loi relatif aux collectivités de Guyane et de Martinique*, étude d'impact, Sénat, 2012, p. 21.

La départementalisation n'avait rien changé à la situation économique et sociale des ressortissants des DOM, et le régime colonial de l'inégalité des droits sociaux avec la métropole, demeurait. Les mouvements sociaux violents aux Antilles sont omniprésents dans l'entre-deux-guerres et perdurent après 1946. En février 1948 par exemple, trois ouvriers agricoles meurent au Carbet suite à une fusillade avec la gendarmerie ; en septembre de la même année, le béké Guy DE FABRIQUE est tué par des grévistes à la plantation Leyritz¹²³⁷.

b) L'instauration de l'identité législative par l'article 73 de la Constitution de 1946

Le principe d'assimilation ou d'identité législative prend sa source dans la Constitution du 27 octobre 1946. L'article 73 dispose que « *le régime législatif des départements d'outremer est le même que celui des départements métropolitains, sauf exceptions déterminées par la loi* ». L'adaptation est élevée au rang d'un principe constitutionnel. A ce titre, l'article 73 de la Constitution de 1946 aménage dans ces départements des « exceptions déterminées par la loi »¹²³⁸. Les promoteurs de la départementalisation visaient l'identité législative garantissant elle-même l'application du droit social commun.¹²³⁹

C'est particulièrement dans le domaine social que l'assimilation juridique a provoqué la déception de la population et des politiques. Ainsi il faudra deux ans de luttes syndicales et politiques pour que soit étendue aux DOM l'allocation aux vieux travailleurs (mars 1948)¹²⁴⁰. Préalablement à toute extension des normes républicaines, des études sur les impacts économiques et sociaux sont engagées avec, pour conséquence, l'application ou non de certaines mesures. L'assimilation, corollaire théorique de la départementalisation, avait été présentée comme la voie pour parvenir à l'égalité sociale¹²⁴¹. L'égalité sociale est régulièrement démentie par l'expérience pratique des inégalités entre les ressortissants des DOM et ceux de la métropole. Comme le soulignait le professeur François MICLO, l'adaptation fut un prétexte à la mise en œuvre de dispositions moins favorables¹²⁴².

¹²³⁷ JALABERT (Laurent), Les mouvements sociaux en Martinique dans les années 1960 et la réaction des pouvoirs publics, *Etudes caribéennes*, n° 17, décembre 2010.

¹²³⁸ DELBLOND (Antoine), Du Gouverneur au Préfet, la représentation du pouvoir central dans l'outremer français des Amériques, dans, MARION (Gabriel), sous la direction de, *Mélanges en hommage à Bernard VONGLIS*, L'Harmattan, 2000, pp. 103-108.

¹²³⁹ LE POURHIET (Anne-Marie), La départementalisation : organisation administrative et régime législatif, dans, Groupe RDSE; *L'avenir des départements d'outremer, premier bilan de la loi d'orientation pour l'outremer*, Colloque, Sénat, 1^{er} février 2001.

¹²⁴⁰ FRANÇOIS-LUBIN (Bertrand), Les méandres de la politique sociale outremer, dans, CONSTANT (Fred), DANIEL (Justin), sous la direction de, *1946-1996 : cinquante ans de départementalisation outremer*, L'Harmattan, Paris, 1997, pp. 73-96.

¹²⁴¹ GIRAUD (Michel), Sur l'assimilation : les paradoxes d'un objet brouillé, dans, MICHALON (Thierry), sous la direction de, *Entre assimilation et émancipation, L'outremer français dans l'impasse ?*, éd. Les Perséides, Rennes, 2006, pp. 89-102.

¹²⁴² MICLO (François), *Le régime législatif des départements d'outremer et l'unité de la République*, Paris, Economica, 1982, *ibidem*, pp. 15-18. Voir aussi JACQUEMART (Sylvie), *La question départementale outremer*, PUF, 1983, chapitre IV Les hésitations de la politique sociale, pp. 111-148.

2/ L'applicabilité de plein droit issue de l'article 73 de la Constitution de 1958 dans sa rédaction originelle et suite à la révision du 28 mars 2003

L'applicabilité de plein droit issue de l'article 73 de la Constitution de 1958 dans sa rédaction originelle, met l'accent sur l'adaptation au sens de l'adoption de mesures plus favorables. Mais cela n'empêchera pas les situations d'inégalités liées au travail (a). Suite à la révision du 28 mars 2003 l'adaptation est facilitée (b).

a) L'applicabilité de plein droit dans la rédaction originelle de l'article 73 de la Constitution de 1958

La Constitution de 1958 ne fait aucune différence entre les départements métropolitains et ceux situés outremer. Cette analogie résulte de l'article 72 de la Constitution qui, dans son énumération des collectivités de la République, cite « *les communes, les départements, les territoires d'outremer* ». Les départements d'outremer ne forment pas une catégorie particulière de collectivités de la République. Leur organisation administrative demeure proche de celle des départements métropolitains.

La Constitution de 1958 confirme le principe d'adaptation. Suite aux graves incidents qui se sont déroulés en Martinique en décembre 1959 et à la demande exprimée par le Conseil général de pouvoir mieux gérer les affaires locales, le gouvernement a publié le décret n° 60-406 du 26 avril 1960, relatif à l'adaptation du régime législatif et de l'organisation administrative des départements d'outremer. Ce décret n° 60-406 du 26 avril 1960¹²⁴³, va permettre aux conseils généraux d'intervenir dans la procédure d'adaptation¹²⁴⁴. Plusieurs textes vont étendre les compétences des conseils généraux en matière de développement économique et social notamment.

Ce texte aurait pu conduire à renforcer le pouvoir de décision des autorités locales. En réalité le décret n° 60-407, également du 26 avril 1960, relatif à la déconcentration administrative et aux pouvoirs des préfets des départements d'outremer renforce considérablement les attributions conférées au délégué du gouvernement. Au plan local, le préfet disposait d'attributions spéciales pour la défense et le maintien de l'ordre public. A titre d'exemple, les décrets du 3 janvier 1964 et du 11 janvier 1972 autorisèrent le préfet de la Martinique à remplacer le secrétaire général des DOM en tant que responsable de la zone de défense des Antilles-Guyane.

Dans la même perspective, l'ordonnance du 15 octobre 1960 conféra au préfet le pouvoir de rappel d'office en métropole des fonctionnaires de l'Etat.

Les inégalités demeurent dans ces collectivités territoriales, où la situation économique et sociale reste inquiétante.

¹²⁴³ Décret n°60-406 du 26 avril 1960 relatif à l'adaptation du régime législatif et de l'organisation administrative des départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion, *JORF* du 29 avril 1960, p. 3944.

¹²⁴⁴ JOS (Emmanuel), La consultation du 7 décembre 2003 à la Martinique : Instrumentalisation politique et ambiguïtés conceptuelles, *Pouvoirs dans la Caraïbe*, n° 15, 2007, p. 77-120.

La situation sociale aux Antilles était, en effet, traversée par des conflits sociaux récurrents. Les grèves se multipliaient, notamment celle des fonctionnaires en 1953 qui leur permettait de bénéficier d'une prime de 40 % de sur-salaire. Les rapports de police disponibles dans les centres d'archives confirment une recrudescence des conflits sociaux en ces années, notamment autour des habitations compte tenu du développement de la crise du secteur de la canne. Les difficultés rurales provoquaient alors un déplacement des conflits vers Fort-de-France¹²⁴⁵.

b) L'application de plein droit dans la rédaction de l'article 73 de la Constitution suite à la révision du 28 mars 2003

L'article 73 de la Constitution, tel que réécrit par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, dispose en son premier alinéa que : « *Dans les départements et les régions d'outremer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités* ». Selon Monsieur Marie-Joseph AGLAE, « *la révision de la Constitution du 28 mars 2003 a dans le même temps remanié en profondeur le droit constitutionnel de l'outremer. Au-delà du maintien du régime d'application de plein droit des lois et règlements au profit des départements et régions d'outremer, elle a amplement rénové et enrichi les dispositions applicables* »¹²⁴⁶. Le nouveau texte se distingue des versions précédentes du même article, tant celle de 1946 que celle de 1958, par une affirmation plus forte du principe d'identité. Le pouvoir constituant dérivé a également entendu, sans déroger au principe constitutionnel d'identité, rendre plus aisées les adaptations des lois et règlements aux réalités locales, la notion de « contraintes et caractéristiques » présentant plus de facilité d'utilisation que celle des nécessités liées à la « situation particulière » ; en outre, c'est désormais l'ensemble du champ couvert par les lois et les règlements qui peut faire l'objet de mesures d'adaptation, sans que l'on ait à s'interroger sur la notion de « régime législatif » et d'« organisation administrative ».

Il n'est donc pas besoin en principe de se poser dans les départements et régions d'outremer la question de savoir si une loi ou un règlement s'applique localement : la réponse à une telle interrogation est, normalement, affirmative¹²⁴⁷.

Pour autant, la faculté reconnue au pouvoir législatif et au pouvoir réglementaire de procéder à l'adaptation tenant compte des caractéristiques et contraintes, n'a pas permis à ces territoires de sortir du marasme économique dans lequel ils se trouvent.

¹²⁴⁵ JALABERT (Laurent), Les mouvements sociaux en Martinique dans les années 1960 et la réaction des pouvoirs publics, *Etudes caribéennes*, n° 17, décembre 2010, *op. cit.*

¹²⁴⁶ AGLAE (Marie-Joseph), Le Conseil constitutionnel et l'article 73 de la Constitution, *RFDC*, n° 95, juillet 2013, pp. 563-588. CC, 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales, n° 2004-503 DC, cons. 18, *JORF* du 17 août 2004, p. 14648, *Rec.* p. 144.

¹²⁴⁷ DIEMERT (Stéphane), Le droit de l'outremer, *Pouvoirs*, n° 113, février 2005, éd. Le seuil, pp. 101-112.

Dès lors, l'action de l'État en faveur des outremer en général apparaît comme une absolue nécessité pour permettre de combler une partie des différentiels de développement et de compétitivité. Le taux de chômage élevé représente, en moyenne, le double de celui de la métropole (20 % contre 10 %). Les jeunes sont particulièrement touchés. Le taux de chômage des 15-24 ans est ainsi supérieur à 50 % dans les DOM et atteignait près de 58 % en Guadeloupe contre 25,5 % en métropole en 2012. Le marché de l'emploi dans les territoires ultramarins se caractérise en outre par la surreprésentation du secteur public lequel représente près de 35 % des du total de l'emploi, contre 22,4 % en métropole. Cette situation est à l'origine de mécanismes d'exclusion. En 2013, les dépenses de fonctionnement d'aide sociale des départements d'outremer étaient de 1 056 euros par habitant contre 540 euros pour les départements de l'hexagone.

B – LES MODULATIONS DU PRINCIPE DE L'APPLICATION DE PLEIN DROIT : EXCEPTIONS, ADAPTATIONS ET ADOPTIONS DE REGLES SPECIFIQUES

A première vue, l'actuel article 73 de la Constitution du 4 octobre 1958, remanié en profondeur lors de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 et complétée par celle du 23 juillet 2008¹²⁴⁸, n'innove pas lorsque, dans la première phrase de son premier alinéa, il pose le principe que : « *Dans les départements et les régions d'outremer, les lois et règlements sont applicables de plein droit* »¹²⁴⁹. En ce qui concerne l'adaptation, on observe une nette évolution de son champ aux conditions propres à chaque territoire (1). Mais ces adaptations ont pu s'avérer en pratique discriminantes (2).

1/ Les possibilités ouvertes par l'article 73 de la Constitution de 1946 et par la rédaction originelle de l'article 73 de la Constitution de 1958

Contrairement à la rédaction de l'article 73 de 1946, celle adoptée en 1958 « *met davantage en avant l'idée d'une adaptation de l'ordre juridique aux conditions propres à chaque département* »¹²⁵⁰. Les possibilités d'exceptions prévues par la rédaction de l'article 73 en 1946, et l'interprétation du Conseil d'Etat rend possible le maintien de disparités dans l'application des lois sociales (a), l'interprétation du Conseil constitutionnel jugé trop restrictive consiste à vérifier scrupuleusement le rapport d'adéquation entre les mesures d'adaptation et la « situation particulière » (b).

¹²⁴⁸ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *op. cit.*

¹²⁴⁹ D'une manière plus générale, on peut toujours se référer utilement aux « classiques » : LAMPUE (Pierre), *Droit d'outremer et de la coopération*, Dalloz, 1969, *op. cit.* et LUCHAIRE (François), *Droit d'outremer et de la coopération*, PUF, 1996.

¹²⁵⁰ Le professeur Emmanuel JOS cite le professeur Pierre LAMPUE, dans, JOS (Emmanuel), *Contribution à l'histoire juridico-politique de l'outremer français : Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte, La Réunion : vers des statuts sur mesure*, L'Harmattan, 2012, *ibidem*, p 72.

a) Les possibilités d'exceptions prévues par l'article 73 de la Constitution de 1946 et l'interprétation du Conseil d'Etat

La départementalisation n'a pas permis l'application de la loi sur les prestations familiales, votée en 1946. Le principe constitutionnel d'applicabilité de plein droit a été contourné au nom de la « *nécessaire adaptation aux réalités socio-économiques locales* »¹²⁵¹.

L'article 73 de la Constitution de 1946 déclare que « *le régime législatif des DOM est le même que celui des départements métropolitains, sauf les exceptions déterminées par la loi* ». Le Conseil d'Etat, dans un avis émis le 29 février 1947, fixe la doctrine sur ce point : « *Les lois votées entre la promulgation de la loi du 19 mars 1946 et l'entrée en vigueur de la Constitution ne sont applicables aux départements précités que si une mention expresse a été insérée dans chaque loi, le gouvernement ne pouvant pas les rendre applicables par décrets.* »¹²⁵². La possibilité de disparités resta toujours ouverte.

b) Les possibilités d'adaptation prévues par la rédaction originelle de l'article 73 de la Constitution de 1958 et l'interprétation du Conseil constitutionnel

Dans sa rédaction originelle, l'article 73 de la Constitution de 1958 indiquait simplement que les lois applicables dans les collectivités qu'il régissait pouvaient faire l'objet de « *mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière* ».

A ce titre, le droit commun a pu être adapté au fil du temps aux réalités locales dans toute une série de domaines (législation sociale par exemple). Cependant, sur le fondement de cette première mouture de l'article 73, le Conseil constitutionnel a fait prévaloir une interprétation généralement jugée trop « restrictive »¹²⁵³. Ainsi, outre sa position de principe en matière statutaire arrêtée dans sa décision du 2 décembre 1982, « *Assemblée unique* »¹²⁵⁴, le Conseil n'admettait qu'un « aménagement limité » des compétences des départements et régions d'outremer. C'est, par exemple, ce qu'il a jugé dans sa décision du 25 juillet 1984, « *Compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de La Réunion* »¹²⁵⁵. Cette interprétation limitait indéniablement la marge d'adaptation dans la mesure où le Conseil s'attachait à vérifier scrupuleusement le rapport d'adéquation entre les mesures d'adaptation et la « situation particulière » visée à l'article 73.

En matière sociale, si le personnel domestique, qui étaient les seuls salariés exclus par la loi de 1932, et les marins pêcheurs se voyaient ouvrir le droit aux allocations en 1960, la parité avec la métropole s'est mise en place d'une façon très limitée à partir de 1963 puis plus largement à partir de 1970. Ces

¹²⁵¹ MICLO (François), Les contours du principe constitutionnel d'adaptation, dans, FORTIER (Jean-Claude), sous la direction de, *Questions sur l'administration des DOM : Décentraliser outremer ?*, CRPLC, éd. Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, *op. cit.*, pp. 101-107 ; MICLO (François), *Le régime législatif des départements d'outremer et l'unité de la République*, Paris, Economica, 1982, *ibidem*, pp. 15-18.

¹²⁵² SABLE (Victor), *La transformation des îles d'Amérique en départements français*, 1955, *op. cit.*, p. 162.

¹²⁵³ En ce sens, cf. notamment Jean-Philippe THIELLAY, *Droit des outremer*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2011, p. 45.

¹²⁵⁴ Décision n° 82-147 DC, *Rec*, p. 70.

¹²⁵⁵ *Rec*, p. 48, cons. 5.

distorsions ont été justifiées par la « *nécessaire adaptation aux conditions locales* » : problèmes socio-économiques, « explosion » démographique, nombre important d'enfants illégitimes et de familles monoparentales. Pourtant des situations identiques ont donné lieu à des politiques très différentes. Les mesures d'adaptations ont été prises par la voie législative ou réglementaire¹²⁵⁶.

A cet égard, le décret du 26 avril 1960¹²⁵⁷ rend obligatoire la consultation des conseils généraux sur les projets d'adaptation, ils peuvent faire des propositions au Gouvernement.

Depuis les lois du 31 décembre 1982¹²⁵⁸ et du 2 août 1984¹²⁵⁹, les Conseils régionaux sont également consultés. Les chambres consulaires (chambre d'agriculture et chambre de commerce) pourront être consultées dans leur domaine de compétence. Le décret de 1960 fait suite à une volonté du Conseil général de la Guadeloupe, exprimé le du 30 mars 1960¹²⁶⁰.

2/ Une rédaction nouvelle étendant la marge d'adaptation et ouvrant la voie à l'adoption de règles spécifiques

La nouvelle rédaction de l'article 73 met l'accent sur des possibilités larges d'adaptation (a), des possibilités d'adoption de règles spécifiques mais encadrées (b), possibilités qui auraient été utilisé dans le cadre des habilitations accordées aux régions de Guadeloupe et de Martinique (c).

a) Des possibilités plus larges d'adaptations et les premières interprétations du Conseil constitutionnel

La nouvelle rédaction maintient dans son essence, le principe de l'identité normative.

Cependant, en disposant d'une part que ces lois et règlements « ... *peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières* » de ces collectivités et d'autres part que « *ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement* ». Cette nouvelle rédaction étend le champ des possibles.

¹²⁵⁶ MICLO (François), *Le régime législatif des départements d'outremer et l'unité de la République*, *op. cit.*, pp. 97-98.

¹²⁵⁷ Décret n° 60-406 du 26 avril 1960, *op. cit.*

¹²⁵⁸ Loi n° 82-1171 du 31 décembre 1982 portant organisation des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de La Réunion, *JORF* du 1^{er} janvier 1983, p. 13.

¹²⁵⁹ Loi n° 84-747 du 2 août 1984 relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion, *JORF* du 3 août 1984, p. 2559. Voir désormais l'article L. 4433-3-1 du CGCT.

¹²⁶⁰ JOS (Emmanuel), *Contribution à l'histoire juridico-politique de l'outremer français : Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte, La Réunion : vers des statuts sur mesure*, L'Harmattan, 2012, *ibidem*, p 74 ; JOS (Emmanuel), L'article 73 de la Constitution et la diversité de statuts, dans, coordonné par, DANIEL (Justin), *Les Outre-mer à l'épreuve du changement*, L'harmattan, 2011, pp. 65-83 ; JOS (Emmanuel), Les nouvelles collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution : des statuts « sur mesure » destinés à répondre aux aspirations des élus et électeurs locaux », *RFDA*, février 2012, n°1, pp. 73-86.

Sur le plan normatif, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a encore étendu le champ d'application de l'adaptation en précisant qu'elle concerne à la fois les lois et les règlements¹²⁶¹.

Sur le plan matériel, la notion de « *caractéristiques et contraintes particulières* » paraît étendre la marge d'adaptation au profit des collectivités régies par l'article 73, même si le Conseil constitutionnel n'a pas renoncé à contrôler les motifs des adaptations. Par exemple, dans sa décision du 12 août 2004, « Loi relative aux libertés et responsabilités locales », il a censuré l'article 203 de la loi en considérant que : « ... *les écarts existant entre les besoins de personnels techniciens, ouvriers et de service des collèges et lycées et les effectifs réels de ces personnels sont plus importants dans certaines académies de métropole qu'ils ne le sont dans certaines académies d'outremer ; que ces écarts ne constituent donc pas, au sens de l'article 73 de la Constitution, des « caractéristiques et contraintes particulières » de nature à différer l'entrée en vigueur de la loi dans les départements et régions d'outremer* »¹²⁶².

Sur le plan de la compétence, le changement est plus profond, puisque la Constitution révisée complète la perspective en prévoyant désormais que les adaptations peuvent être décidées par les collectivités territoriales régies par l'article 73 elles-mêmes. Certes, ce pouvoir d'initiative est doublement limité puisqu'il suppose non seulement que cette adaptation s'exerce dans le domaine relevant des compétences dévolues aux collectivités territoriales concernées, mais encore que le Parlement ou l'autorité réglementaire autorise cette adaptation.

Cette innovation accroît considérablement l'autonomie normative des collectivités régies par l'article 73 de la Constitution, pour peu qu'elles veuillent bien s'en saisir, tant il est vrai que les potentialités de cette capacité d'adaptation n'ont pas encore été pleinement exploitées¹²⁶³.

b) Des possibilités d'adoption de règles spécifiques mais encadrées

En deuxième lieu, l'article 73 alinéa 3 va plus loin en reconnaissant une forme de « pouvoir normatif délégué » au profit des collectivités de Guadeloupe, Guyane, de Martinique et désormais de Mayotte puisqu'il leur reconnaît la faculté de fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire après habilitation. La Réunion fait ici figure d'exception car l'article 73, alinéa 5, l'exclut du bénéfice de cette compétence. Cela dit, cette compétence normative que peuvent exercer quatre des cinq collectivités régies par l'article 73 demeure étroitement encadrée. Ainsi, si elle s'exerce bien à la demande de la collectivité territoriale concernée, elle requiert une habilitation du Parlement national ou de l'autorité réglementaire.

¹²⁶¹ En réalité, sur ce point, le constituant a cristallisé une jurisprudence constitutionnelle déjà ancienne, cf. notamment Décision n° 82-152 DC du 14 janvier 1983, « Taxe sur les tabacs et les alcools », *Rec.* p. 31, cons. 13 ; Décision n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, « Révision générale des évaluations des immeubles », *Rec.* p. 70, cons. 27, *RFDA* 1991. 345, note Jean-Claude DOUENCE.

¹²⁶² CC, 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales, n° 2004-503 DC, cons. 18, *JORF* du 17 août 2004, p. 14648, *Rec.* p. 144.

¹²⁶³ AGLAE (Marie-Joseph), Le Conseil constitutionnel et l'article 73 de la Constitution, *RFDC*, n° 95, juillet 2013, *op. cit.*, pp. 563-588.

Elle ne peut intervenir que dans un nombre restreint de domaines ne mettant pas en jeu la souveraineté nationale¹²⁶⁴. L'exercice de cette compétence normative s'effectue « *dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique* »¹²⁶⁵ et, surtout, ces habilitations « *ne peuvent intervenir lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti* »¹²⁶⁶. Enfin, le préfet a la possibilité de les déférer au Conseil d'État¹²⁶⁷, ce qui marque bien leur subordination par rapport à la loi nationale tant il est vrai que le niveau auquel s'opère le contrôle juridictionnel sur une règle juridique donnée influe sur le rang de celle-ci dans la hiérarchie des normes. À ce titre, les normes prises en application des deuxièmes et troisièmes alinéas de l'article 73 de la Constitution se distinguent nettement des lois de pays qui peuvent être adoptées en Nouvelle-Calédonie et qui sont, quant à elles, soumises au contrôle du juge naturel de la loi : le Conseil constitutionnel¹²⁶⁸.

c) Les opportunités saisies par les Régions de Guadeloupe et de Martinique

L'habilitation est un outil normatif, prévu à l'article 73 alinéa 3 de la Constitution permettant aux Départements et Régions d'Outre-mer (DROM) d'édicter leurs propres règles dans un domaine particulier et d'adapter les dispositions et outils élaborés au niveau national en fonction des spécificités et contraintes locales.

En 2009, la Région Guadeloupe a été la première à actionner ce dispositif constitutionnel dans le domaine de l'énergie, lui permettant de fixer ses propres règles en matière de maîtrise de la demande énergétique. Elle a conduit à l'adoption d'une disposition législative d'habilitation insérée dans la loi pour le développement économique de l'outremer du 27 mai 2009¹²⁶⁹. Lors de sa séance du 27 mars 2009, la collectivité régionale de Guadeloupe a également formulé une demande d'habilitation en matière de formation professionnelle¹²⁷⁰.

¹²⁶⁴ L'article 73, alinéa 4, dispose : « *Ces règles ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique* ».

¹²⁶⁵ Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outremer, *op. cit.*

¹²⁶⁶ CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ?, *Jus politicum*, n° 7, 2012, p. 4.

¹²⁶⁷ CC, 15 février 2007, loi organique n° 2007-223 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outremer, n° 2007-547 DC, *Rec.* p. 60.

¹²⁶⁸ MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), Les collectivités territoriales régies par l'article 73, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, Dalloz, 2012, pp. 25-35.

¹²⁶⁹ Une nouvelle délibération portant sur la définition de la politique énergétique est intervenue le 17 décembre 2010. Elle était nécessaire pour proroger le délai de deux ans imparti initialement à ces habilitations au titre de l'article 73, *JORF* du 9 mars 2011, p. 4362.

¹²⁷⁰ *JORF* du 3 avril 2009, p. 5912.

La Martinique s'en est fortement inspirée : trois habilitations ont été formulées en matière d'énergie en 2011¹²⁷¹, en matière de transport, obtenue en 2013¹²⁷², et enfin en matière de formation professionnelle, obtenue en 2014¹²⁷³.

Cette politique publique, définie localement, a déjà produit des résultats probants puisque par exemple le 20 mai 2011 a été adoptée une réglementation thermique propre à la Guadeloupe¹²⁷⁴.

Le développement durable constitue une nécessité pour ces territoires qui ne disposent pas d'énergies fossiles et qui sont très dépendants des importations d'hydrocarbures.

En matière de transport à la Martinique, l'AOTU (Autorité Organisatrice de Transports Unique) doit permettre de répondre aux besoins d'une plus grande équité territoriale, de modernisation du secteur des transports, contribuant au développement économique du territoire. L'habilitation en matière de formation professionnelle permettra quant à elle de rechercher l'articulation entre orientation, formation et emploi en développant des dispositifs d'accompagnement vers l'emploi.

L'applicabilité du droit universel de la non-discrimination liée au travail dans les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution est en principe de plein droit en vertu du principe d'identité législative, sauf si des dispositions de non applicabilité figurent dans le traité, ou des réserves sont émises lors de la ratification par la France. Le droit européen et le droit interne relatif à la non-discrimination liée au travail est applicable de plein droit avec des possibilités d'adaptation aux collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution.

En dépit de cela on constate une persistance des discriminations liées au travail dans ces collectivités territoriales qui nécessite la mobilisation de compétences variées pour un meilleur soutien aux victimes, l'intervention des AAI ainsi que des ONG et enfin la mise en place de politiques de compensation des inégalités.

¹²⁷¹Loi n°2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux Collectivités territoriales de Guyane et de Martinique, *JORF* n°0173 du 28 juillet 2011, p. 12821.

¹²⁷²Loi n° 2013-1029 du 15 novembre 2013 portant diverses dispositions relatives à l'outremer, *JORF* n° 0266 du 16 novembre 2013, p. 18626.

¹²⁷³Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie locale, *JORF* n°0055 du 6 mars 2014, p. 4848

¹²⁷⁴MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), Les collectivités territoriales régies par l'article 73, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, Dalloz, 2012, *op. cit.*, pp. 25-35.

TITRE II :
**LE DEFICIT D'APPLICATION DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION
LIEE AU TRAVAIL DANS LES COLLECTIVITES TERRITORIALES REGIES PAR
L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION : DIAGNOSTICS ET REMEDES**

Le droit de l'Union européenne et le droit interne français de la non-discrimination liée au travail, sont applicable de plein droit avec des possibilités d'adaptation aux collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution.

Il n'en demeure pas moins que tant pour le droit universel, le droit européen que le droit interne, on observe un déficit d'application du droit de la non-discrimination liée au travail.

Qu'il s'agissent de la représentativité syndicale, de la liberté d'expression ou d'opinion, des libertés fondamentales du travail, de l'application des droits sociaux, des traitements discriminatoires vis-à-vis des femmes, des discriminations territoriales vis-à-vis de ces collectivités territoriales en général, et à Mayotte ou en Guyane en particulier, des politiques publiques différées ou de l'absence de politiques visant à résorber le chômage qui touche l'ensemble de ces territoires, ou des discriminations vis-à-vis des travailleurs étrangers : circulation dans l'espace Schengen, cloisonnement des autorisations de travail etc..., les collectivités territoriales situées outremer sont le théâtre de discriminations qui perdurent ...

Nombre de politiques de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique ou de La Réunion se sont élevés pour l'égalité. Les hommes politiques comme Aimé CESAIRE, incessamment combattant pour la dignité et l'égalité ; Justin CATAYE, qui s'engagea dans la lutte en vue d'assurer à la Guyane, un niveau de développement comparable à celui de la « Métropole » ; Paul VALENTINO, qui s'illustra brillamment dans les manifestations de la gauche pendant le Front populaire ; ou Léon DE LEPERVANCHE militants engagés dans la lutte pour le respect des droits fondamentaux et contre les atteintes aux libertés.

Ces combats dans les « quatre vieilles » ont certes permis des avancées majeures, mais le développement économique et social défavorables demeurent au sein de ces territoires.

Les Collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution, qui cumulent en effet les situations défavorables, n'arrivent pas à combler les retards de développement par rapport à l'Hexagone : le revenu par habitant est faible et le chômage est « explosif ».

La situation économique et sociale demeure précaire : en 2009-2012, le PIB/habitant dans les DOM représentait, en moyenne, 62 % du niveau de l'Hexagone, soit 83,2 % de la région métropolitaine la plus pauvre (Picardie) en 2012. Il s'échelonnait cette année-là, dans les quatre DOM « historiques », entre la moitié (Guyane) et les deux tiers (Martinique : 68,5 %) de la moyenne hexagonale et seulement 25,7 % de ce niveau à Mayotte (2011). Le chômage, à son niveau actuel, est tout simplement intolérable et pourrait entraîner de graves crises sociales et politiques. On ne le tolérerait d'ailleurs sans doute pas, au

niveau que nous connaissons outremer, sur aucun département de l'Hexagone. Le taux d'emploi dans les DOM est inférieur de 18 points à celui de métropole. Dans chaque département d'outremer, plus d'un actif sur cinq est au chômage, avec un record à La Réunion (29 %) ¹²⁷⁵.

Ce sont, en décembre 2014, 331 800 chômeurs dans les quatre « DOM historiques » (plus 100 000 depuis avril 2009), qui représentent 5,3 % du total des 6,29 millions de demandeurs d'emploi recensés en France. En comptant les COM et Mayotte, on peut évaluer le nombre de chômeurs outremer à près de 410 000 fin 2014 ¹²⁷⁶. On ne peut nier l'existence de discriminations territoriales dans les collectivités territoriales situées outremer, l'action des pouvoirs publics est à l'évidence limitée.

Quel est l'origine du déficit d'application du droit de la non-discrimination liée au travail, et quelles pistes d'amélioration ?

Le déficit d'application du droit de la non-discrimination liée au travail dans les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution résulte de la persistance des discriminations insuffisamment compensées par les politiques publiques (chapitre I). Après avoir diagnostiqué la situation dans ces territoires, il conviendra de se demander comment l'améliorer ? (chapitre II).

¹²⁷⁵ MOREL (Agnès), Interview Georges PAU-LANGEVIN, *La Revue du Trombiscopie*, n° 194, juin 2015, p. 4.

¹²⁷⁶ KARAM (Patrick), *Egalité réelle outremer défendue par le CREFOM : une révolution nécessaire*, CREFOM, avril 2015, p. 10.

CHAPITRE I
LA PERSISTANCE DE DISCRIMINATIONS LIEES AU TRAVAIL INSUFFISAMMENT
COMPENSEES PAR LES POLITIQUES PUBLIQUES

L'histoire, la colonisation, l'esclavage, la période post abolition, les années de lutte pour l'égalité, les conflits sociaux, l'éloignement des centres de décisions etc... représentent les principales causes d'une application limitée de la norme anti discrimination à ces collectivités. Les discriminations liées au travail au sein des collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution correspondent à un déficit d'application du droit de la non-discrimination liée au travail tant aux « quatre vieilles » (I), qu'à Mayotte (II).

I – LE DEFICIT D'APPLICATION DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL EN GUADELOUPE, GUYANE, MARTINIQUE ET A LA REUNION

Le droit du travail, il est vrai, connaît quelques spécificités dans les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution : non application du droit, non-respect des droits et libertés fondamentaux, discriminations en matière de droit syndical, limitation territoriale du travail pour les étrangers, travail clandestin etc...

Le déficit d'application du droit de la non-discrimination liée au travail aux quatre vieilles se vérifie par des applications discriminatoires des principes d'application de plein droit et d'adaptation (A), et des politiques publiques qui ne sont pas à la hauteur d'une situation économique et sociale dégradée (B).

A – DES APPLICATIONS DISCRIMINATOIRES DES PRINCIPES D'APPLICATION DE PLEIN DROIT ET D'ADAPTATION

Les collectivités territoriales situées outremer constituent des zones de non-respect du droit du travail. Pouvoirs publics et employeurs coopèrent à cette surexploitation. L'immigration clandestine est très répandue au sein de ces territoires. A titre d'exemple, en Guyane, on assiste dans le milieu des années 1980 à un afflux de réfugiés en provenance du Suriname¹²⁷⁷, territoire géographiquement et politiquement déstabilisé¹²⁷⁸.

¹²⁷⁷ ZILLER (Jacques), *Les DOM-TOM*, LGDJ, Paris, 1991, *op. cit.*, p.125.

¹²⁷⁸ BLANCODINI (Patrick), TABARLY (Sylviane), Les frontières externes et les limites internes en Guyane, entre fragmentation, ruptures et interfaces, Géo confluences, *Lettre d'information*, n° 81, 2012. La guerre civile au Suriname (1986-1992) a déclenché un afflux de réfugiés, et notamment des Amérindiens. 25 000 brésiliens sont en situation régulière ; <http://geoconfluences.ens-lyon.fr/doc/types-pace/frontier/FrontScient9.htm>.

Dans l'ensemble des collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution, on observe des discriminations à l'encontre des femmes (1), les dispositifs favorables en matière de travail ne sont pas appliqués pour des motifs d'ordre financier (2). De même les droits et libertés fondamentaux ne sont nullement respectés (3), tant pour ce qui est de la représentation syndicale (4), que pour ce qui est des autorisations de travail délivrées aux étrangers (5). Dans ce contexte, les étrangers jouent le rôle de main-d'œuvre taillable et corvéable. La répression du séjour clandestin se conjugue avec le laxisme à l'égard du travail au noir, favorisant une activité économique qui repose largement sur un Etat minimal¹²⁷⁹ (6).

1) Les discriminations à l'encontre des femmes

Une récente étude de l'INSEE intitulée « Regards sur la parité » dresse un état des lieux de la situation des femmes en Martinique. Le cas de la Martinique est le reflet des discriminations dans les collectivités territoriales situées outremer en général.

En effet, à niveau de diplôme égal les femmes sont plus souvent au chômage, bien qu'elles réussissent mieux leurs études. Les emplois féminins sont concentrés à plus de 46% dans 8 familles de métiers liées aux activités traditionnelles des femmes, et qui ne sont pas les plus porteuses d'emploi. L'écart moyen annuel de salaires entre femmes et hommes est de 16,1%, 24% des femmes travaillent en temps partiel (13% pour les hommes). Si de manière classique, le pourcentage d'agents publics territoriaux féminins apparaît important, qu'il existe un relatif équilibre entre les sexes pour ce qui concerne les emplois titulaires, en revanche la féminisation semble davantage liée à l'emploi précaire et à temps partiel, même si les écarts se réduisent. S'il y a un équilibre dans les emplois d'encadrement, les femmes se font rares dans les emplois supérieurs (administrateurs territoriaux)¹²⁸⁰. Il y a davantage de bas revenus dans les familles monoparentales (à 90% des femmes). Les mères célibataires ont plus de difficultés à mener de front la vie familiale et professionnelle, notamment en raison de la garde des enfants¹²⁸¹.

2/ La non application de dispositions favorables liées au travail, en raison de motifs financiers

Les motifs d'ordre financier sont à l'origine de l'adaptation défavorable de la loi aux DOM. En effet, les distorsions justifiées par la nécessaire adaptation aux conditions locales ont amené le législateur, à adapté la loi en fonction d'autres critères que ceux retenus à l'article 73 de la Constitution (a). En outre les inégalités concernant les droits sociaux ont été justifiées par des motifs démographiques (b).

¹²⁷⁹ ALAUX (Jean-Pierre), TILLIE (Patrick), A la sueur de leur front : Dans les départements d'outremer, Les charmes discrets de l'Etat minimal, *Plein Droit*, n° 31, avril 1996, pp. 22-24.

¹²⁸⁰ FITTE-DUVAL (Annie), La fonction publique territoriale des départements d'outremer, dans, ELFORT (Maude), FABERON (Jean-Yves), GOESEL-BIHAN (Valérie), MICHALON (Thierry), RENO (Fred), sous la direction de, *La loi d'orientation pour l'outremer du 13 décembre 2000*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 4^{ème} trimestre 2001, pp. 187-203.

¹²⁸¹ INSEE, *Regards sur la parité*, étude, janvier 2013.

a) Des distorsions justifiées par la nécessaire adaptation aux conditions locales

Dans sa décision du 25 juillet, 1984, le Conseil constitutionnel déclarait : « *Le statut des DOM doit être le même que celui du département métropolitain sous la seule réserve des mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière* ». Les adaptations doivent tenir compte uniquement de la situation particulière des DOM. Les particularités géographiques, économiques, sociales, culturels justifient la différenciation dans l'application des normes.

S'agissant des motifs de l'adaptation, il convient de noter que dans un arrêt du 9 février 1983 le Conseil d'Etat a estimé que la « situation particulière » justifiant une adaptation n'allant pas au-delà de ce que permet l'article 73 de la Constitution pouvait concerner les règles relatives aux délais de révision des listes électorales.

En revanche, dans sa décision du 2 décembre 1982, le Conseil constitutionnel a estimé que la mise en place d'une assemblée unique pour le département et la région élue à la proportionnelle et non par cantons allait « *au-delà des mesures d'adaptation autorisées par l'article 73* ». Il convient de préciser que l'adaptation est une possibilité et non une obligation. L'article 73 ne fait donc pas obligation au législateur ou au pouvoir réglementaire de prendre des mesures favorables au développement des DOM. Tout repose en définitive sur la volonté du pouvoir central et sur l'appréciation des juges quant à l'interprétation du champ du possible.

b) Des distorsions en matière de droits sociaux, justifiées par la « nécessaire adaptation aux conditions locales »

Le régime de prévention et de réparation des accidents du travail est institué dans les territoires régis par l'article 73 par la loi du 2 avril 1949¹²⁸² et par un décret du 27 décembre 1951 qui prévoit son entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1952. Pour parachever la mise en place de l'ensemble du dispositif de protection sociale, la loi du 1^{er} mars prévoit l'extension au 1^{er} janvier 1955 des assurances aux DOM en matière de sécurité sociale ; les assurances sociales ont été étendues au 1^{er} janvier 1955 en vertu de la loi du 13 août 1954, soit sept ans après les dispositions de 1947 qui prévoyaient l'extension de la sécurité sociale aux DOM¹²⁸³. Il assure une retraite aux vieux travailleurs et le remboursement des soins de santé, ce qui peut avoir pour conséquence de diminuer le nombre d'enfants désirés (si les enfants sont bien avant tout des « assurances contre les risques de maladies et de vieillesse ») mais cet effet démographique n'est nullement perçu et n'a donc rien de volontaire. En revanche le régime des prestations familiales institué

¹²⁸² Loi n° 49-489 du 12 avril 1949, portant extension aux militaires du bénéfice de la sécurité sociale, *JORF* du 13 avril 1949, p. 3730.

¹²⁸³ FRANÇOIS-LUBIN (Bertrand), Les méandres de la politique sociale outremer, dans, CONSTANT (Fred), DANIEL (Justin), sous la direction de, *1946-1996 : cinquante ans de départementalisation outremer*, L'Harmattan, Paris, 1997, *op. cit.*, pp. 73-96.

par la loi du 22 août 1946 et qui a des visées clairement natalistes en métropole n'avait jamais été étendu aux DOM, qui restaient régis par la loi de 1932¹²⁸⁴. Il a profondément évolué en quatre temps¹²⁸⁵.

Premièrement en 1950 les fonctionnaires antillais qui avaient obtenu, après une longue grève en 1953, une prime de vie chère de 40 %, comme leurs collègues métropolitains venus travailler dans un département d'outremer, avaient accès au régime métropolitain de prestations familiales à un taux légèrement réduit. Deuxièmement, il y a eu la mise en place d'une politique de parité sociale : les allocations familiales étaient triplées de 1962 à 1966. Ensuite troisièmement la parité apparaissait avec l'extension automatique de toutes les nouvelles prestations. Pour finir 42 ans après la départementalisation et l'institution du régime français des prestations familiales, les régimes métropolitains et ultramarins s'étaient rapprochés mais les familles d'outremer ne pouvaient pas bénéficier de l'aide personnalisée au logement, de l'allocation de garde d'enfant à domicile, de l'allocation parentale d'éducation et de l'allocation au jeune enfant¹²⁸⁶.

Toutefois aujourd'hui encore certaines catégories de population, notamment les employeurs et travailleurs indépendants, restent exclus du bénéfice des prestations familiales et celles-ci sont généralement d'un montant inférieur à celui versé en métropole.

3/ L'ordonnance du 15 octobre 1960, une atteinte aux droits et libertés fondamentaux

L'année 1960 marque l'accession à l'indépendance des colonies françaises d'Afrique. Indépendance précédée de celle de l'Indochine (1954,) puis de celles de la Tunisie et du Maroc (1956). En dépit des moyens énormes mis en œuvre pour que l'Algérie reste une terre sous domination française, la guerre extrêmement meurtrière qui s'y poursuit depuis 6 ans risque de s'achever par un nouveau Dien Bien Phu¹²⁸⁷. Le général De Gaulle en est persuadé après la « tournée des popotes »¹²⁸⁸ qu'il entreprend en mars 1960 en Algérie.

¹²⁸⁴ STECK (Philippe), Les prestations familiales dans les départements d'outremer : Revendication de la parité, *CAF*, n^{os} 10-11, 1978, pp. 31-38.

¹²⁸⁵ GAUTIER (Arlette), Les politiques familiales et démographiques dans les départements français d'outremer depuis 1946, *Cahier des Sciences Humaines*, 24 (3), 1988, pp. 389-402.

¹²⁸⁶ GAUTIER (Arlette), Les politiques familiales et démographiques dans les départements français d'outremer depuis 1946, *Cahier des Sciences Humaines*, 24 (3), 1988, *ibidem*, pp. 392-396.

¹²⁸⁷ La bataille de Diên Biên Phu est un moment clé de la guerre d'Indochine qui se déroula du 20 novembre 1953 au 7 mai 1954 et qui opposa au Tonkin les forces de l'Union française aux forces Viêt Minh, dans le nord du Viet Nam actuel. Occupée par les Français en novembre 1953, cette petite ville et sa plaine environnante devint l'année suivante le théâtre d'une violente bataille entre le corps expéditionnaire français, composé de diverses unités de l'armée française, des troupes coloniales et autochtones, sous le commandement du colonel DE CASTRIES (nommé général durant la bataille) et l'essentiel des troupes vietnamiennes (Viêt Minh) commandées par le général GIÁP. Cette bataille se termina le 7 mai 1954 par arrêt du feu, selon les consignes reçues de l'état-major français à Hanoï. Hormis l'embuscade du groupe mobile 100 à An-Khé, elle fut le dernier affrontement majeur de la guerre d'Indochine. Cette défaite accéléra les négociations engagées entre les deux parties. La France quitta la partie nord du Viêt-Nam, après les accords de Genève, signés en juillet 1954, qui instauraient une partition du pays de part et d'autre du 17^{ème} parallèle Nord.

¹²⁸⁸ La « tournée des popotes » est le nom donné aux deux inspections faites par le Général Charles DE GAULLE auprès des soldats français durant la guerre d'Algérie du 27 au 31 août 1959 et du 3 au 5 mars 1960.

Farouche partisan de « l'Algérie française », Michel Debré, qui est à Matignon depuis le 8 janvier 1959, s'emploie alors à retarder le plus possible la fin de ses illusions en ayant recours notamment à l'ordonnance du 15 octobre 1960¹²⁸⁹. L'ordonnance Debré est l'expression même d'une remise en cause de la liberté d'expression (a), mais aussi une atteinte aux droits de la fonction publique (b).

a) Une atteinte à la liberté d'expression

En décembre 1959, à la Martinique, un banal incident de circulation, place de la Savane, à Fort-de-France, tourne à l'altercation entre deux individus : l'un originaire de la Martinique, l'autre originaire de la France hexagonale. Des CRS présents interviennent violemment à coups de gaz lacrymogènes et dispersent tout le monde. Durant trois jours la bataille a fait rage, dans un premier temps entre des groupes descendus des quartiers populaires de la capitale et les CRS. Et quand ces derniers ont été consignés dans leur casernement au Fort Saint Louis, les différents groupes ont affronté les gendarmes et les policiers. Ces émeutes seront cause de la mort, par les forces de l'ordre, de trois jeunes Martiniquais : Edmond ÉLOI dit Rosile (vingt ans), Christian MARAJO (quinze ans), et Julien BETZI, (dix-neuf ans). La mort de ces trois jeunes fit entrer la Martinique dans une période troublée. A cela s'ajoutait une multiplication d'incidents racistes dus aux CRS et aux fonctionnaires français en poste dans les administrations de la Martinique¹²⁹⁰.

Parallèlement, en pleine guerre d'Algérie, le gouvernement français, dont l'objectif était de réprimer toute contestation en Algérie ou ailleurs, avait reçu du Parlement les pleins pouvoirs, pour légiférer par ordonnance¹²⁹¹. Michel DEBRE alors Premier Ministre, promulguait l'ordonnance du 15 Octobre 1960, qui dispose que : « ...les fonctionnaires de l'Etat et des établissements publics de l'Etat en service dans les DOM dont le comportement est de nature à troubler l'ordre public peuvent être, sur la proposition du préfet et sans autre formalité, rappelés d'office en métropole par le ministre dont ils dépendent pour recevoir une nouvelle affectation »¹²⁹². Cette ordonnance ne sera abrogé que tardivement, le 10 octobre 1972, 12 ans plus tard. Entre temps, elle aura conduit à porter atteinte à la liberté d'expression des fonctionnaires. La probabilité de la perte de l'Algérie conduit donc le gouvernement français à la

¹²⁸⁹Ordonnance n° 60-1101 du 15 octobre 1960 relative au rappel d'office par le Ministre dont ils dépendent, des fonctionnaires de l'Etat en service dans les DOM et dont le comportement est de nature à troubler l'ordre, *op. cit.*

¹²⁹⁰<http://www.humanite.fr/monde/l%E2%80%99ordonnance-du-15-octobre-1960-un-texte-sclerant-488191>

¹²⁹¹ RENARD (Domitille), *Les magistrats exerçant en Algérie, face au conflit algérien*, Université de Lille 2, Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales, Mémoire DEA Droit et justice, 2011-2002, p. 14. Le gouvernement disposa en Algérie des pouvoirs les plus étendus pour prendre toutes les mesures exceptionnelles commandées par les circonstances, en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire : voilà ce que précisait le texte qui fut adopté à l'Assemblée nationale, le 12 mars 1956, par 455 voix, y compris celles des 146 députés du Parti Communiste Français, contre 76. En janvier 1956, le front électoral constitué sous l'étiquette de « Front républicain », et composé essentiellement de socialistes et de radicaux, avait obtenu la majorité parlementaire en laissant entendre qu'il allait faire la paix en Algérie. Les formules volontairement floues permettaient toutes les interprétations.

¹²⁹² Article 1^{er} de l'ordonnance n° 60-1101 du 15 octobre 1960 relative au rappel d'office par le Ministre dont ils dépendent, des fonctionnaires de l'Etat en service dans les DOM et dont le comportement est de nature à troubler l'ordre public, *ibidem*.

nécessité de se donner les moyens de conserver ses autres colonies¹²⁹³. D'autant que la situation dans les DOM était devenue explosive.

L'ordonnance Debré inaugure un climat de contrôle draconien sur les DOM, soupçonnées de revendications autonomistes. Il s'agissait de réduire au silence un certain nombre de fonctionnaires, militants anticolonialistes, autonomistes ou indépendantistes qui se sont fait entendre lors des affrontements de décembre 1959. Les mutations concernaient neuf Guadeloupéens, un Guyanais, treize Réunionnais, qui ont été pris pour cible. Certains se sont retrouvés en Corse, en Afrique. D'autres furent exilés dans l'Hexagone. À la Martinique, quatre fonctionnaires ont fait les frais de leurs engagements. Ces quatre victimes sont Armand NICOLAS¹²⁹⁴, Guy DUFOND¹²⁹⁵, Georges MAUVOIS et Walter GUITTEAUD¹²⁹⁶. Ils ont très vite reçu leur mutation d'office pour la métropole. Ils étaient tous les quatre des dirigeants du PCM (Parti communiste martiniquais). Des hommes férus d'engagement anticolonialiste. Ils ont refusé d'obtempérer et ont été révoqués. Leur refus de se soumettre venait de l'éveil des consciences très fort à cette époque où, en figure de proue de la revendication identitaire et au plus fort de la bataille contre l'ordre colonial, il y avait Aimé CESAIRE. Pour avoir été l'un des fondateurs du Front antillo-guyanais pour l'autonomie¹²⁹⁷, Édouard GLISSANT fut interdit de séjour dans son île natale. Tout comme Marcel MANVILLE¹²⁹⁸ et Yvon LEBORGNE¹²⁹⁹, qui furent exilés en Corse. Le haut fonctionnaire Albert BEVILLE, connu aussi sous le nom de Paul NIGER¹³⁰⁰, fut rétrogradé et interdit de séjour en Guadeloupe¹³⁰¹.

¹²⁹³ Au cours de sa deuxième session ordinaire de 1960, le Conseil général de la Martinique a voté la motion suivante : « *Le Conseil général considère que ce texte heurte profondément les sentiments de liberté et de dignité de la collectivité martiniquaise et a créé un mécontentement général et justifié, qu'il a le devoir de traduire ici. Il demande, en conséquence, au Gouvernement de vouloir bien accepter de rapporter l'ordonnance considérée* » (cité par Sylvie JACQUEMART, *op. cit.*, p. 235).

¹²⁹⁴ Professeur de lycée et plus tard secrétaire général du Parti Communiste Martiniquais.

¹²⁹⁵ Professeur de lycée.

¹²⁹⁶ Inspecteurs de la poste.

¹²⁹⁷ Création en avril 1961 à Paris du Front antillo-guyanais pour l'autonomie (FAGA) autour des Martiniquais Édouard GLISSANT, Marcel MANVILLE, Ephraïm MARIE-JOSEPH ; du guyanais Justin CATAYÉE et du Guadeloupéen Albert BÉVILLE (Paul NIGER). En juillet 1961, dissolution du FAGA par le Général DE GAULLE et saisie de la brochure : « *Les Antilles et la Guyane à l'heure de la décolonisation* » rédigée par Albert BÉVILLE.

¹²⁹⁸ Avocat.

¹²⁹⁹ Professeur de philosophie en Guadeloupe.

¹³⁰⁰ SELBONNE (Ronald), *Albert BÉVILLE alias Paul NIGER*, Ibis Rouge Editions, Matoury (Guyane), février 2013, 304 p. Albert BÉVILLE (1915-1962), de son nom de plume Paul NIGER, aura marqué de son empreinte la littérature négro-africaine et antillaise ainsi que l'histoire politique des Antilles et de la Guyane. Poète, romancier, essayiste, militant politique, il est du premier cercle autour d'Alioune DIOP qui va porter sur les fonts baptismaux la revue « *Présence Africaine* ». Initiateur avec, entre autres, Édouard GLISSANT du Front des Antillais et Guyanais pour l'autonomie, dissous par DE GAULLE, il portera une critique radicale de l'assimilation et sera un des penseurs fondateurs du « *nationalisme* » antillais.

¹³⁰¹ Des fonctionnaires français qui avaient protesté contre la situation coloniale aux Antilles furent aussi mutés : MM BEAUMATIN et PLENEL. Le premier fut exilé en Tunisie, le second, Recteur en Martinique à l'époque (père d'Edwy PLENEL, le journaliste), fut brutalement expulsé de l'île pour avoir dénoncé la répression sanglante de décembre 1959 en Martinique et exprimé sa solidarité avec les émeutiers : http://ancien-co.combat-ouvrier.net/co1035/1035_2.htm.

b) Une atteinte aux droits de la fonction publique

Sur proposition des préfets et sans formalité, des fonctionnaires militants anticolonialistes, autonomistes ou indépendantistes, mais en majorité communistes, furent mutés sans autre forme de procès¹³⁰². L'ordonnance Debré a conduit à la mutation d'office des fonctionnaires en poste en Guyane, en Martinique, et à La Réunion.

Les préfets des DOM avaient le pouvoir de muter d'office un fonctionnaire sur un autre poste en Métropole ou ailleurs. Treize fonctionnaires à La Réunion, du jour au lendemain, furent victimes de cette ordonnance. Aux Antilles, la plupart de ces fonctionnaires furent mutés, en Corse, en Afrique, en France. Certains refusèrent et furent exclus de la fonction publique; interdits de séjour dans leur île d'origine.

L'ordonnance Debré avait alors soulevé d'importantes protestations dans les DOM. Le Parti communiste réunionnais la dénonça dans de nombreux articles de son organe de presse¹³⁰³.

A la Réunion, le parti communiste avait organisé des manifestations de soutien aux exilés. Un comité d'action pour l'abrogation de la mesure avait été créé. Il était présidé par Anatolien VINCENT-DOLOR, gouverneur honoraire de la France d'outremer. En métropole, les fonctionnaires déplacés créèrent des associations.¹³⁰⁴

Malgré cette pression, Michel DEBRE affirma: « *S'ils ne sont pas contents, ils n'ont qu'à démissionner pour marquer leur désaccord. Je suis profondément respectueux de la liberté. Mais je ne sais pas quel est l'honneur des gens qui veulent à la fois être payés et cracher sur la main qui les paie.* »¹³⁰⁵.

L'ordonnance sera abrogée en 1972¹³⁰⁶ après sa condamnation par le Conseil d'État¹³⁰⁷. Ce jour-là, Aimé Césaire déclara: « *La vérité, c'est qu'on a profité de la guerre d'Algérie pour introduire une législation d'exception. Les DOM sont peu à peu redevenus ce que le législateur d'autrefois, plus franc que celui d'aujourd'hui, appelait les vieilles colonies* »¹³⁰⁸. La loi n° 72-1034 du 17 novembre 1972 abroge l'ordonnance n° 60-1101¹³⁰⁹.

¹³⁰² NOUVET (Fernand), L'ordonnance du 15 octobre 1960, un texte scélérat, *L'humanité*, 20 janvier 2012. <http://www.humanite.fr/monde/1%E2%80%99ordonnance-du-15-octobre-1960-un-texte-sclerats-488191>.

¹³⁰³ *Quotidien témoignages*, Les muselés de la république, Grand Débat, Réunion Première, 20 octobre 2013.

¹³⁰⁴ Pour ce qui est des 13 fonctionnaires réunionnais réprimés, ils étaient tous membres du parti communiste réunionnais ou apparentés. GERVAIS, BARRET, Boris et Clélie GAMALEYA créent par exemple en 1963 l'UGTRF (Union Générale des Travailleurs Réunionnais en France). Elle évoluera vers l'anticolonialisme. Parmi eux, GERVAIS et BARRET, Boris et Clélie GAMALEYA se mirent en grève de la faim du 10 au 25 janvier 1972.

¹³⁰⁵ *La Gazette de l'île de la Réunion*, Michel DEBRE, 30 novembre 1966.

¹³⁰⁶ *JORF* n° 74, 10 octobre 1972, pp. 4002-4004.

¹³⁰⁷ CE cont., 21 juillet 1970, Sieur x c/ Ministre de l'Éducation nationale, n° 76178, *Rec. Lebon*, p. 832; PLACIDE (Louis-Georges), *Les émeutes de décembre 1959 en Martinique: Un repère historique*, L'Harmattan, décembre 2009, pp. 187-188; THEOBALD (Gérard), *La liberté est ou n'est pas...*, éd. publibook, avril 2014, *op. cit.*, p. 599.

¹³⁰⁸ ROUSSE (Eugène), Aimé CÉSAIRE, *un homme politique hors du commun*, conférence, 30 juin 2013, Sainte-Suzanne, Île de La Réunion.

CESAIRE (Aimé), *La tribune de l'Assemblée Nationale*, 10 octobre 1972.

¹³⁰⁹ Loi n° 72-1034 du 17 novembre 1972 portant abrogation de l'ordonnance n° 60-1101 du 15 octobre 1960, *JORF* du 18 novembre 1972, p. 11972.

Les fonctionnaires réunionnais purent revenir chez eux en 1972¹³¹⁰. Puis, en 1975 ce fut la réintégration des fonctionnaires antillais¹³¹¹. Pendant dix-sept ans, procès, pétitions, protestations, mobilisations des organisations anticolonialistes, des partis communistes et des étudiants se succédèrent pour réclamer la réintégration des fonctionnaires réprimés¹³¹².

Le caractère arbitraire de cette ordonnance est contraire aux droits de la fonction publique qui prévoit un certain nombre de garanties pour les fonctionnaires.

4/ Des discriminations flagrantes concernant la représentativité syndicale

Dans son Préambule sa Constitution, l'OIT a affirmé le principe de la liberté syndicale parmi les moyens susceptibles d'améliorer la condition des travailleurs et d'assurer la paix.

En juin 1998, la Conférence internationale du Travail a adopté la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi. Il est déclaré que « *l'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions [fondamentales], ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux* ». Parmi ces principes y figurent la liberté syndicale¹³¹³ et la représentativité¹³¹⁴.

L'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises, dans toutes les sphères de la société. Or, on observe des discriminations flagrantes en termes de représentativité syndicale en Martinique (a). L'évolution favorable de la réglementation n'entrave pas les pratiques discriminantes (b).

a) Le refus de la représentativité des syndicats locaux

D'après Monsieur Serge ARIBO (Secrétaire général de la CDMT membre du Collectif du 5 février 2009), il y a une discrimination flagrante entre les syndicats français et les syndicats dans les territoires situés outremer. A titre d'exemple, les syndicats martiniquais pourtant « en tête » dans les élections prudhommales, ainsi que dans les élections de délégués du personnel, sont discriminés s'agissant de l'attribution des droits et des moyens¹³¹⁵. En 2005 la CDMT a pris l'initiative pour la « *reconnaissance pleine et entière du fait syndical martiniquais* ». Toutes les instances ont alors été saisies.

¹³¹⁰ L'abrogation sera votée le 12 octobre 1972 par le Parlement, *JORF* n° 54 du 10 novembre 1972, pp. 1995-2001.

¹³¹¹ http://ugtg.org/article_1638.html?lang=en.

¹³¹² En 1981 certains fonctionnaires recouvrent pleinement leurs droits, dans, Centre Guadeloupéen d'Histoire Sociale et Politique, Comité pour la Vérité sur l'ordonnance du 15 octobre, *Page ouverte sur l'ordonnance du 15 octobre 1960*, Conférence débat, Médiathèque du Lamentin (Guadeloupe), 22 octobre 2011.

¹³¹³ Convention n° C87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, adoptée le 9 juillet 1948, entrée en vigueur le 4 juillet 1950.

¹³¹⁴ Convention n° C98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, adoptée le 1^{er} juillet 1949, entrée en vigueur le 18 juillet 1951.

¹³¹⁵ Article 2 de la Convention n° C98, *ibidem*.

Une déclaration commune de quatorze organisations syndicales et politiques de Martinique a été publiée en novembre 2006. Un courrier de sensibilisation a été adressé à toutes les confédérations et centrales syndicales de France le 18 juillet 2006. L'action de parlementaires martiniquais a débouché sur une proposition de loi enregistrée à la présidence du Sénat le 5 juillet 2006 par le sénateur Claude LISE.

A la question au gouvernement du député Alfred MARIE-JEANNE, du 2 avril 2008, le ministre du travail d'alors Monsieur Xavier BERTRAND, répondait : « *Je le sais, cette question a été évoquée à différentes reprises. Mais l'année 2008 ne sera pas celle du statu quo en matière de démocratie sociale (...) Nous lui apporterons ensemble les réponses attendues depuis longtemps* ». Des ministres de passage ont été interpellés. Le mouvement de février-mars 2009 a porté avec force cette revendication de démocratie et d'égalité. Monsieur Yves JEGO, Ministre de l'outremer s'est engagé à faire admettre les syndicats martiniquais dans les organismes paritaires.

Les rencontres de mars et avril 2009 qui ont fait suite au mouvement social ont débouché sur la signature par l'ensemble des partenaires sociaux sous l'égide de la Direction du travail, de trois accords¹³¹⁶. Ces trois accords signés en avril 2009 affirment « *la nécessité d'un dispositif adapté pour la représentation des organisations syndicales martiniquaises et la reconnaissance du fait syndical martiniquais* ».

Mais, le préfet de la Martinique, passant outre les directives publiques de Monsieur le ministre de l'outremer refuse la désignation d'un représentant de la CDMT, deuxième organisation syndicale de Martinique, au conseil d'administration de la Caisse générale de Sécurité sociale. Le même préfet décide unilatéralement de réduire la représentation de la CDMT au Conseil économique et social régional pour attribuer un siège à une organisation française (la CFDT) « défavorisée » par les urnes prudhommales¹³¹⁷.

b) L'évolution favorable de la réglementation mais des résistances sur le terrain

Le principe de la liberté syndicale est au cœur des valeurs de l'OIT: il est consacré par sa Constitution en 1919, la Déclaration de Philadelphie (1944) et la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'OIT (1998). C'est également un droit proclamé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948).

Néanmoins, l'application de ces droits et principes soulève des difficultés. D'après le baromètre sur les discriminations au travail réalisé pour le compte du Défenseur des droits et de l'Organisation internationale du travail (OIT), en 2013, 48 % des salariés du privé et 37% des agents de la fonction publique sont discriminés du simple fait d'être syndiqué. La discrimination syndicale est perçue comme

¹³¹⁶ Accord territorial pour une nouvelle démocratie sociale en Martinique, Accord interprofessionnel, Accord pour le secteur public, dans, Ministère du Travail des relations sociales, *Accord interprofessionnel : dialogue social, droit syndical, et conditions de travail*, 2 avril 2009, p. 30.

¹³¹⁷ ARIBO (Serge), *Les pratiques discriminatoires à l'encontre de la CDMT Martinique*, entretien, septembre 2015.

moins importante que celle liée au handicap ou au fait d'être étranger. Mais elle l'est presque autant que le fait d'être une personne de couleur et plus que l'orientation sexuelle¹³¹⁸.

Un rapport de la fondation Copernic¹³¹⁹ a recensé des cas de discrimination à l'égard de syndicalistes. Selon un baromètre de 2013, pour 36% des salariés, la faible syndicalisation est liée « à la peur des représailles », et le fait d'être syndiqué constitue un frein pour évoluer dans sa carrière.

Un délégué syndical gagne en moyenne 10% de moins qu'un salarié non syndiqué ayant le même profil, note également l'Observatoire qui souligne un contexte de faible syndicalisation des salariés (environ 10% tous secteurs confondus) ainsi que et le harcèlement des syndicalistes par leur supérieurs hiérarchiques, pour des faux motifs. Le rapport préconise des mesures d'éloignement des responsables de harcèlement et de discrimination¹³²⁰.

De manière générale, aussi bien dans le public que dans le privé, le nombre d'adhérents stagne. Le niveau de syndicalisation reste cependant plus fort dans le public que dans le privé¹³²¹.

Concernant les collectivités territoriales situées outremer, les rapports officiels recensent peu de cas de discriminations syndicales. Cela ne veut pas dire qu'il n'y en a pas. Pour les rares personnes qui portent plainte, on peut noter deux condamnations : le premier concerne la Cour d'appel de Basse-Terre, qui a condamné, le 27 janvier 2014, la Compagnie aérienne Air Antilles Express à verser la somme de 27000 Euros pour avoir licencié une syndicaliste¹³²². Dans le second, un jugement du 22 août 2014, du Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion vient d'annuler une décision du Préfet de La Réunion qui avait illégalement porté atteinte à l'exercice du droit syndical de la CGT et de ses représentants, en établissant une rupture d'égalité de traitement entre les représentants de la CGT et des autres représentants syndicaux de la préfecture de La Réunion. Dans son jugement, le Tribunal administratif a donc estimé que le représentant de la CGT « *est fondé à soutenir qu'il a fait l'objet d'une mesure discriminatoire en lien avec son engagement syndical* »¹³²³.

¹³¹⁸ OIT, Le défenseur des droits, *Baromètre de la perception des discriminations au travail*, note de Synthèse, IFOP, janvier 2014, p. 8.

¹³¹⁹ Née en 1998 à l'initiative de Jacques KERGOAT (sociologue, historien et militant politique français d'extrême gauche) et à l'appel de quelque 350 chercheurs, syndicalistes, universitaires, associations, hauts fonctionnaires, responsables politiques, hommes et femmes de culture, la Fondation Copernic estime que les idées libérales ont, depuis des décennies, très largement imprégné les politiques menées en France, provoquant un « désastre social » que seules des politiques alternatives fondées sur des projets conçus et éprouvés par les acteurs sociaux eux-mêmes peuvent enrayer et réparer.

¹³²⁰ Observatoire de la discrimination et de la répression syndicales, *De la discrimination individuelle à l'action collective : propositions pour garantir le respect des droits syndicaux des salariés*, Rapport 2014, novembre 2014.

¹³²¹ DARES, *Le paradoxe du syndicalisme français : un faible nombre d'adhérents mais des syndicats bien implantés*, *Premières synthèses*, n° 16, avril 2008, p. 1.

¹³²² CA Soc., 27 janvier 2014, Fabienne x c/ Air Antilles Express, n° 12/01943, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJud i.do?idTexte=JURITEXT000028553829>.

¹³²³ CGT des préfectures, *Union des Syndicats des Personnels Administratifs et Techniques du Ministère de l'Intérieur, Victoire de la CGT contre la discrimination syndicale*, 29 septembre 2014.

5/ Le cloisonnement des autorisations de travail pour les étrangers

Le droit de travailler, ainsi que le droit de circuler, ou de quitter son pays est un droit fondamental.

Pour exercer une activité professionnelle salariée, un étranger doit en avoir l'autorisation selon des règles établies en partie par le Ceseda¹³²⁴, mais surtout par le code du travail. Or L'article 12 du Pacte international des droits civils et politiques stipule : « *quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence* »¹³²⁵.

L'applicabilité territoriale du code du travail est la même que celle du Ceseda : les mots « national », « nationales », « nationaux », « France », « territoire français », « sol français », « ensemble du territoire » visent les départements de la métropole, de la Guadeloupe, de la Guyane et de la Réunion notamment¹³²⁶. Dans les Collectivités territoriales régies par l'article 73, les droits des étrangers au travail diffère de ceux appliqués sur tout le territoire national. Les textes font apparaître de grandes disparités en matière d'autorisation de travail des étrangers. Les autorisations de travail délivrées dans une collectivité territoriale régie par l'article 73 sont limitées à cette collectivité (a). S'ils souhaitent travailler en France métropolitaine, leurs droits fondamentaux en matière de circulation, s'en trouveront limités (b).

a) Une autorisation de travail géographiquement limitée

Contrairement au droit de résider en France, l'autorisation de travail est presque toujours géographiquement limitée au sein même du territoire où le Ceseda et le code du travail s'appliquent. Les cloisons géographiques font obstacle aux étrangers en situation régulière, parfois présents depuis fort longtemps, en un lieu du territoire français, lorsqu'ils aspirent à vivre dans un autre lieu de ce territoire. L'inspection du Travail, impuissante à contrôler un tel phénomène, dresse un tableau assez sombre de ces analyses¹³²⁷ qui nient le code du travail. Les pratiques administratives sont plus arbitraires dans les collectivités territoriales situées outremer¹³²⁸.

Selon le code du travail, « *L'autorisation délivrée en France métropolitaine ne confère de droits qu'en France métropolitaine* »¹³²⁹. L'autorisation de travail accordée à l'étranger est limitée au département ou

¹³²⁴ Code de l'Entrée et du Séjour des Etrangers et du Droit d'Asile.

¹³²⁵ L'article 2 du Protocole n° 4 à la CEDH, et, presque dans les mêmes termes, l'article 12 du PIDCP. Le protocole n° 4 à la CEDH a été ratifié par la France le 16 septembre 1963 et est entré en vigueur le 2 mai 1968.

¹³²⁶ Article L. 1511-1 du code du travail.

¹³²⁷ GISTI, Guyane : le travail clandestin se porte bien, *Plein droit*, n° 13, mars 1991 : <http://www.gisti.org/spip.php?article3804>.

¹³²⁸ GISTI, Régimes d'exception en outremer pour les personnes étrangères, *Les Cahiers juridiques*, juin 2012, *op. cit.*, p. 22.

¹³²⁹ Article L. 5221-7, al. 2 du code du travail.

à la collectivité dans lequel elle a été délivrée lorsqu'il s'agit de la carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et vie familiale »¹³³⁰ et de la carte de résident¹³³¹.

La circulaire du 22 août 2007¹³³² relative aux autorisations de travail prévoit une restriction territoriale aux collectivités territoriales régies par l'article 73, où le document autorisant au travail a été délivré.

b) Une limitation des droits fondamentaux des travailleurs étrangers

La valeur constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux est reconnue pour tous ceux qui résident sur le territoire de la République¹³³³. Le Conseil constitutionnel a validé tous les dispositifs dérogatoires applicables dans tout ou partie des collectivités territoriales situées outremer qui lui ont été soumis au nom des contraintes présentées qui primeraient sur les principes constitutionnels.

Ainsi, pour contribuer à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics, la Cour nationale du droit d'asile, qui est compétente pour l'ensemble du territoire de la République, a son siège en métropole. Dans ces conditions, la différence entre les personnes se trouvant sur le territoire hexagonal et les autres méconnaît le principe d'égalité¹³³⁴.

Le législateur a pu, pour prendre en compte la situation particulière et les difficultés durables de la Guyane et de la Guadeloupe, en matière de circulation internationale des personnes, y maintenir le régime dérogatoire, sans rompre l'équilibre que le respect de la Constitution exige entre les nécessités de l'ordre public et la sauvegarde des droits et libertés garantis par la Constitution. Le législateur n'a pas non plus porté atteinte au principe constitutionnel d'égalité compte tenu de cette situation particulière¹³³⁵.

Pour un étranger désireux d'exercer une activité professionnelle salariée, qui envisage de voyager des collectivités territoriales régies par l'article 73 vers la métropole, muni de l'un de ces titres de séjour en cours de validité, ne devra pas seulement signaler un changement d'adresse¹³³⁶, à la préfecture de son nouveau domicile (ce qu'il est d'ailleurs censé faire dans la semaine suivant son arrivée). Il pourra éventuellement demander une autorisation provisoire de travail pendant la fin de la durée de son titre de séjour mais celle-ci sera examinée par les services départementaux de la main d'œuvre étrangère avec les critères stricts prévus par le code du travail (contrat de travail, examen de la situation de l'emploi).

En outre, le droit des étrangers au sein des collectivités territoriales régies par l'article 73 présente des spécificités. A titre d'exemple, en 2007 le nombre d'étrangers éloignés depuis les collectivités

¹³³⁰ Articles L. 313-11 à L. 313-13 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

¹³³¹ Articles L. 314-1 à L. 314-13 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, *ibidem*.

¹³³² Circulaire n°DPM/DMI2/2007/323 du 22 août 2007, relative aux autorisations de travail.

¹³³³ CC, 13 août 1993, loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, n° 93-325 DC, *JORF* du 18 août 1993, p. 11722, *Rec.* p. 224.

¹³³⁴ CC, 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, n° 2011-631 DC, *JORF* du 17 juin 2011, p. 10306, *Rec.* p. 252.

¹³³⁵ CC, 13 mars 2003, loi pour la sécurité intérieure, n° 2003-467 DC, *JORF* du 19 mars 2003, p. 4789, *Rec.* p. 211 ; CC, 22 avril 1997, loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, n° 97-389 DC, *JORF* du 25 avril 1997, p. 6271, *Rec.* p. 45 ; CC, 13 août 1993, loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, n° 93-325 DC, *JORF* du 18 août 1993, p. 11722, *Rec.* p. 224.

¹³³⁶ Article R. 321-8 du Ceseda.

territoriales situées outremer s'élevait depuis les seuls départements de Guyane et de Guadeloupe à 10 857 et depuis Mayotte à 13 990, soit au total à 25 210 contre 23 831 en métropole¹³³⁷. Cela s'explique par un droit d'exception qui permet à la police aux frontières d'interpeler et d'éloigner les étrangers de manière expéditive. Ainsi, le simple fait d'être un étranger, peut conduire le législateur à priver de certaines protections juridiques au nom d'un « risque migratoire » qu'il est aisé de dramatiser, loin de la métropole.

La France a d'ailleurs été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour l'absence de recours effectif contre les mesures d'éloignement en outremer. On peut lire dans cette condamnation : « *Quant à la situation géographique de la Guyane, et à la forte pression migratoire subie par ce territoire d'outremer, le Gouvernement soutient que ces éléments justifieraient le régime d'exception prévu par la législation ainsi que son fonctionnement. Au vu du cas d'espèce, la Cour ne saurait souscrire à cette analyse.[...] Si les États jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur impose l'article 13 de la Convention [droit à un recours effectif], celle-ci ne saurait permettre, comme cela a été le cas dans la présente espèce, de dénier au requérant la possibilité de disposer en pratique des garanties procédurales minimales adéquates visant à le protéger contre une décision d'éloignement arbitraire. Enfin, en ce qui concerne le risque d'engorgement des juridictions pouvant entraîner des conséquences contraires à la bonne administration de la justice en Guyane, la Cour rappelle que, tout comme l'article 6 de la Convention [droit à un procès équitable], l'article 13 astreint les Etats contractants à organiser leur juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition* »¹³³⁸.

6/ Un Etat minimal : le travail clandestin très répandu

Les collectivités territoriales situées outremer sont marquées par une tradition centenaire qui tire ses origines dans la période post abolition : le « job »¹³³⁹ (a). Le travail clandestin, très répandu nie les droits des travailleurs concernés, en matière de rémunération et de droits sociaux (b). Elle touche tous les secteurs de l'économie (c) et constitue, compte tenu du niveau de chômage, un palliatif au sous-emploi (d).

¹³³⁷ Selon le rapport du comité interministériel de contrôle de l'immigration de décembre 2008, dans, CICI, *Les orientations de la politique de l'immigration : Cinquième rapport, établi en application de l'article L. 111-10 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, La documentation française, janvier 2009, 236 p.

¹³³⁸ CEDH, 13 décembre 2012, De Souza Ribeiro c/France, Aff. n° 22689/07, § 97 et § 98, *Rec.*

¹³³⁹ Travail non déclaré.

a) Le « Job » : une tradition centenaire

Partout dans les collectivités territoriales régies par l'article 73, il est de bon ton de défendre l'emploi illégal comme une spécificité culturelle. Il semble même que l'application du droit du travail violerait les traditions centenaires des départements français d'Amérique.

Dès 1848, Victor Schœlcher avait prévu que l'affranchissement juridique des esclaves ne les libérerait pas sur le plan économique et social. Au contraire, pour les préserver de tout nouvel asservissement, il impose donc un embryon de salaire minimum à leur bénéfice¹³⁴⁰.

La réplique des planteurs, toujours détenteurs de l'économie ne se fait pas attendre. Inspiré par l'exemple des Anglais et des Hollandais, ils vont recruter, surtout en Asie, pour des très bas, des travailleurs qu'on privera même de la liberté de circulation. Quant aux affranchis, ils chômeront et inventeront les fameux « jobs », vantés aujourd'hui comme une valeur culturelle locale¹³⁴¹.

Cette remontée aux sources économiques et sociales du phénomène de l'immigration dans les collectivités territoriales régies par l'article 73, éclaire la situation actuelle des travailleurs en général dans les départements d'Amérique, ainsi que la marginalisation sociale d'une bonne partie de la population. Ainsi, les vieilles traditions dans les relations au travail se perpétuent¹³⁴².

b) Un travail clandestin qui nie le code du travail et de la sécurité sociale

Les conséquences du travail clandestin sont multiples : la plus grave est que les codes du travail et de la sécurité sociale sont lettre morte dans la majorité des situations. Les conditions d'hygiène et de sécurité sur les chantiers sont déplorables, mais trois-quarts des personnes travaillant dans le secteur n'étant pas immatriculés, les statistiques d'accidents du travail ne signifient rien. Il arrive souvent, par exemple, qu'à l'occasion d'un accident du travail, l'artisan amène son ouvrier à l'hôpital et paye la facture¹³⁴³.

D'autre part, l'utilisation de main d'œuvre en situation irrégulière¹³⁴⁴ entraîne aussi un surcroît de litiges portant sur le non-paiement de salaires. Les ouvriers n'osent se plaindre ni aux prud'hommes, ni à la gendarmerie, ni au parquet. Leur seul recours est l'inspection du travail. Les employeurs profitent donc de cet état de fait et n'établissent pas de contrats de travail pour des salariés qui risqueraient de devenir un peu trop revendicatifs.

¹³⁴⁰ CELMA (Cécile), *Le Cent Cinquantenaire de l'abolition de l'esclavage*, Musée Départemental d'Archéologie Précolombienne, exposition, 22 mai 1998.

¹³⁴¹ ALAUX (Jean-Pierre), TILLIE (Patrick), Dans les départements d'outremer : Les charmes discrets de l'État minimal, dans, A la sueur de leur front, *Plein Droit*, n° 31, avril 1996, *op. cit.*, pp. 22-24.

¹³⁴² DELISLE (Philippe), Nelly SCHMIDT : L'engrenage de la liberté : Caraïbes XIXe siècle, *Revue française d'histoire d'outremer*, n° 312, tome 83, 3^{ème} trimestre 1996, p. 119.

¹³⁴³ BECHET (Camille), *L'immigration latino-américaine en Guyane : De la départementalisation (1946) à nos jours*, thèse de doctorat, études ibériques et ibéro-américaines, Université de Bordeaux, 14 mai 2012, p. 213.

¹³⁴⁴ MORIAME (Eric), PAULIN (Marie-Hélène), Guyane : une industrie encore embryonnaire, *Antiane Eco*, n° 25, juin 1994, pp. 12-13.

c) Un travail clandestin qui touche tous les secteurs de l'économie

L'emploi clandestin des travailleurs étrangers est un phénomène très commun appliqué à tous les secteurs de l'économie. Cependant c'est dans le secteur du bâtiment que le nombre d'étrangers employés en situation irrégulière est le plus important. Chaque chantier contrôlé pourrait donner lieu à procès-verbal. Seule varie la proportion de salariés employés régulièrement (0 % sur les petits et moyens chantiers ; moins de 50 % sur les chantiers occupant plus de 100 personnes)¹³⁴⁵.

Quant à l'origine géographique de ces travailleurs étrangers, on constate depuis peu une diversification de cette origine : traditionnellement, les Haïtiens occupent les créneaux « maçons et manœuvres »¹³⁴⁶, alors que les Brésiliens se déplacent dans les autres corps de métiers et plutôt dans le second œuvre (charpentiers, carreleurs, peintres,...).

Les entreprises du bâtiment, pour ne pas avoir à gérer les problèmes et les conséquences liées à l'emploi d'étrangers en situation irrégulière ont quasiment toutes adopté une politique de sous-traitance intensive. Cette politique est favorisée par le comportement de certains maîtres d'œuvre (semi-publics) qui attribuent d'importants marchés à des entreprises qui n'ont manifestement pas les moyens en hommes pour y faire face. Par exemple, pour la Guyane, sur un chantier de quarante-cinq logements à Kourou, l'entreprise retenue compte trois salariés. Sur un autre chantier à Sinnamary de soixante logements, l'entreprise retenue compte cinq salariés dont un seul est présent effectivement sur le chantier. La mécanique de sous-traitance est la suivante : une entreprise sous-traite avec deux ou trois artisans, le plus souvent haïtiens ou brésiliens, qui, eux, emploient en nombre important des étrangers sans titre, et ne les déclarent jamais à la Caisse Générale de Sécurité Sociale. Il est clair que, pénalement, l'entreprise qui sous traite est bien plus à l'abri que l'artisan étranger, qui accepte souvent des prix bien inférieurs à ceux pratiqués habituellement dans la profession¹³⁴⁷.

d) Le travail clandestin : un palliatif au sous-emploi

Le chômage dans les collectivités territoriales régies par l'article 73 est le plus important d'Europe, Le record revient à la Réunion, où il dépasse le taux de 37 % de la population active ; la Martinique la talonne avec 31 %, suivie par la Guadeloupe (27 points) et par la Guyane (24 points)¹³⁴⁸. Mais ce taux ne correspond pas à la réalité, tant il est difficile de distinguer ceux qui occupent un emploi déclaré et ceux qui associent travail clandestin et minimas sociaux. A la faveur de ce sous-emploi, la tradition du job,

¹³⁴⁵ GISTI, Guyane : le travail clandestin se porte bien, *Plein droit*, n° 13, mars 1991, *op. cit.*

¹³⁴⁶ ALAUX (Jean-Pierre), DUFLO (Marie), MARTINI (Jean-François), *Etrangers en Guyane : Guyane étrangère à son entourage*, GISTI, 29 décembre 2006, p. 6.

¹³⁴⁷ <http://www.gisti.org/spip.php?article3804>.

¹³⁴⁸ ALAUX (Jean-Pierre) TILLIE (Patrick), Dans les départements d'outremer : les charmes discrets de l'État minimal, *ibidem*.

aussi vieille que ces départements eux-mêmes, prospère avec constance dans les « quatre vieilles ». Les « petits boulots » de survie se multiplient, les uns déclarés et les autres « au noir »¹³⁴⁹.

Si certains ressortissants de ces collectivités territoriales optent pour le job, auquel vient s'ajouter le RMI, il n'en est pas de même pour les étrangers. En effet, les étrangers n'ont pas le choix : les irréguliers y sont condamnés et n'ont aucun espoir d'obtenir un titre de séjour.

Quant aux travailleurs réguliers, ils sont souvent soumis à la même obligation, qui les conduit lentement mais sûrement à « perdre leurs papiers ». Dans l'un et l'autre cas, toute protection sociale leur devient inaccessible et, bien évidemment, le RMI ne peut leur être accordé.

B – DES POLITIQUES PUBLIQUES QUI NE SONT PAS A LA HAUTEUR D'UNE SITUATION ECONOMIQUE ET SOCIALE DEGRADEE

La question des minimas sociaux a longtemps été sujette à des discriminations envers les originaires de ces collectivités territoriales qui peu à peu vont être alignés sur ceux de métropole.

Les politiques mises en œuvre au niveau national, censés réduire les difficultés liées au chômage, ne sont pas les mêmes dans toute la France et relèvent par conséquent de discriminations vis-à-vis des collectivités territoriales régies par l'article 73 aussi bien en termes de minimas sociaux (1), qu'en termes de salaires (2).

1/ Un écart très important dans l'attribution des minimas sociaux

L'écart dans l'attribution du RMI et des allocations familiales se révèle important entre la France métropolitaine et ses collectivités territoriales situées outremer. Les différences de traitement persistent en ce qui concerne ces minimas sociaux. Au lancement du RMI en décembre 1988¹³⁵⁰, l'égalisation dans les DFA ainsi qu'à La Réunion¹³⁵¹ fut lente. De même, si l'érection de Mayotte en collectivité territoriale régie par l'article 73 de la Constitution s'est faite en 2011¹³⁵². Le RMI ayant été remplacé par le RSA.

Le gouvernement a en effet, longtemps hésité à égaliser le RMI (devenu RSA) (a) et à attribuer l'assurance chômage (b).

¹³⁴⁹ ALAUX (Jean-Pierre), TILLIE (Patrick), Dans les départements d'outremer : Les charmes discrets de l'État minimal, *ibidem*.

¹³⁵⁰ Le revenu minimum d'insertion (RMI) était en vigueur entre le 1^{er} décembre 1988 et le 31 mai 2009.

¹³⁵¹ LAGOURGUE (Pierre), *Projet de loi de finances pour 1996 : départements et territoires d'outremer (aspects sociaux)*, Sénat, rapport n° 81, Commission des Affaires Sociales, 28 novembre 1995, p. 11.

¹³⁵² Loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au département de Mayotte, *JORF* n° 0284 du 8 décembre 2010, p. 21459.

a) Une difficile égalisation du RMI avec la France métropolitaine

Depuis la loi relative au revenu minimum d'insertion du 1^{er} décembre 1988¹³⁵³, le montant du RMI applicable aux départements d'outremer était inférieur de 20 % à celui issu des barèmes nationaux¹³⁵⁴. La justification de cet écart était le niveau du salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC), inférieur de 17 % aux Antilles Guyane par rapport à la France métropolitaine en 1989. Le législateur avait ainsi pressenti dès la création du RMI qu'une allocation de cette nature ne pouvait pas être d'un montant trop proche de celui du salaire minimum, sous peine de décourager l'emploi. Compte tenu de la faiblesse des revenus des ultramarins, près de la moitié des actifs pouvaient prétendre au RMI par application des barèmes de France métropolitaine¹³⁵⁵. L'alignement des SMIC des DOM sur le niveau du SMIC national, achevé en janvier 1996¹³⁵⁶, a relancé le débat sur la justification d'un différentiel pour le RMI. La revendication de plus en plus pressante d'une égalité vis-à-vis de la France métropolitaine, et non plus d'une simple parité a conduit à un rattrapage progressif des barèmes¹³⁵⁷. Revalorisé au 1^{er} janvier 2002¹³⁵⁸, le montant du RMI servi dans les DOM correspondait en janvier 2001 à 87 % de celui servi en métropole et que l'égalité n'a été réalisée qu'au 1^{er} janvier 2002¹³⁵⁹ par le décret n° 2001-278¹³⁶⁰. Le RSA a été revalorisé de 2 % au 1^{er} septembre 2014. Son montant est porté à 509,30 en 2014 €. Cette revalorisation s'inscrit dans le cadre de la revalorisation exceptionnelle de 10 % du RSA sur cinq ans, annoncée en 2013 dans le Plan pluriannuel contre la pauvreté et pour l'inclusion sociale¹³⁶¹. Le montant du RSA au 1^{er} septembre 2015 est de 513,88 €.

Le département de Guyane consacre près du tiers de son budget de fonctionnement à la dépense de RMI. Dans les départements ayant une population proche, cette part se situe autour de 25 %. Mais alors que pour l'ensemble des outremer cette part est en progression depuis 2006, la tendance inverse s'observe pour la Guyane, le nombre d'allocataires y ayant fortement diminué entre 2006 et 2008 (-12 %) ¹³⁶².

¹³⁵³ Loi n° 88-1088 du 1^{er} décembre 1988 relative au Revenu Minimum d'Insertion, *JORF* du 3 décembre 1988, p. 15119.

¹³⁵⁴ http://insee.fr/fr/themes/document.asp?reg_id=25&ref_id=17201&page=etudes_detaillees/rmi_rsa/rmi_rsa_01.htm : INSEE, Le RMI de 1988 à 2008.

¹³⁵⁵ VANLERENBERGHE (Pierre), SAUVAGE (Patrice), RMI, *Le pari de l'insertion*, Rapport, Commission nationale d'évaluation du revenu minimum d'insertion, tomes 1 et 2, Paris, la documentation française, 1992, p. 80.

¹³⁵⁶ Loi n° 88-1088 du 1^{er} décembre 1988 relative au Revenu Minimum d'Insertion, *ibidem*.

¹³⁵⁷ FORGEOT (Gérard), PARAIRE (Xavier), L'importance du RMI aux Antilles-Guyane dans des économies en déficit d'emploi : Réalités sociales et politiques publiques dans les DOM, *Politiques sociales et familiales*, n° 106, 2011, pp. 104-109.

¹³⁵⁸ http://insee.fr/fr/themes/document.asp?reg_id=25&ref_id=17201&page=etudes_detaillees/rmi_rsa/rmi_rsa_01.htm.

¹³⁵⁹ OMARJEE (Ismaël), La loi d'orientation pour l'outremer et la lutte contre l'exclusion : Commentaire des articles 22 à 29, dans, ELFORT (Maude), FABERON (Jean-Yves), GOESEL-BIHAN (Valérie), MICHALON (Thierry), RENO (Fred), sous la direction de, *La loi d'orientation pour l'outremer du 13 décembre 2000*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 4^{ème} trimestre 2001, *op. cit.*, pp. 309-329.

¹³⁶⁰ Décret n°2001-278 du 2 avril 2001 modifiant le décret du 20 janvier 1989 portant application aux DOM de la loi n° 88-1088 du 1^{er} décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion, *JORF* n° 79 du 3 avril 2001, p. 5188.

¹³⁶¹ BEAUGRAND (Vincent), La revalorisation du RSA au 1^{er} septembre : augmentation du forfait logement, *La lettre du fonds de financement de la couverture maladie universelle*, n° 57, p. 4.

¹³⁶² COSSOU (Véronique), HURPEAU (Benoît), VIAUD (Clément), RAMON (Corine), Bilan du RMI, perspectives de mise en place du RSA en Guyane, *INSEE Antilles Guyane*, avril 2011, *op. cit.*, p. 5.

En 2008, 12 % des RMistes résident dans les DOM, alors que ces départements ne représentent au total que 3 % de la population française. La moitié des RMistes d'outremer sont réunionnais, un sur cinq est guadeloupéen ou martiniquais et un sur dix est guyanais¹³⁶³. En Guyane, 17,8 % de la population est couverte par le RMI en 2004 et 14,3 % en 2008. Dans les Départements Français d'Amérique (DFA) cette proportion avoisine les 14 %. Elle s'élève à 20 % à La Réunion. Dans les DFA, les personnes couvertes par le RMI sont essentiellement des familles monoparentales. En Guadeloupe et en Martinique les personnes isolées sont surreprésentées. À la Réunion, les personnes couvertes par le RMI sont essentiellement des couples avec enfant(s). Ces structures familiales ont un impact direct sur le poids des dépenses de RMI dans le budget du Conseil général¹³⁶⁴.

Il a fallu attendre le début des années 2000 pour que l'alignement du RMI soit complet. Il a été achevé depuis janvier 2002 et le RSO (revenu de solidarité) est versé depuis décembre 2001¹³⁶⁵.

A la fin des années quatre-vingt-dix, les montants du RMI étaient substantiellement plus faibles dans les DOM de 20 %, ce qui constitue une différence considérable. Le RSA a été aligné en deux fois, en janvier 2001 et janvier 2002¹³⁶⁶.

b) Un retard considérable dans l'attribution des allocations familiales comme palliatif à l'absence de revenus salariés

Dans les années 50-60, si on enregistre en France une baisse inquiétante de la natalité, on assiste à une explosion des naissances, dans les départements d'outremer entre 1952 et 1963¹³⁶⁷. Le gouvernement décide en 1963 que les familles des travailleurs salariés des collectivités territoriales régies par l'article 73 doivent recevoir globalement le même volume financier d'avantages sociaux que les familles métropolitaines¹³⁶⁸. Mais pendant longtemps, les allocations familiales dans les collectivités territoriales régies par l'article 73 sont inférieures aux prestations métropolitaines pour éviter tout encouragement à la natalité.

Les allocations familiales instaurées en 1938¹³⁶⁹ en France métropolitaine, attendront 1972 pour être attribuées dans les départements d'outremer. En effet, c'est le 1^{er} mars 1972 que la Caisse d'Allocations

¹³⁶³ http://insee.fr/fr/themes/document.asp?reg_id=25&ref_id=17201&page=etudes_detaillees/rmi_rsa/rmi_rsa_01.htm.

¹³⁶⁴ http://insee.fr/fr/themes/document.asp?reg_id=25&ref_id=17201&page=etudes_detaillees/rmi_rsa/rmi_rsa_01.htm.

¹³⁶⁵ FORGEOT (Gérard), CELMA (Cynthia), Les inégalités aux Antilles Guyane : 10 ans d'évolution, *INSEE Antilles-Guyane*, mai 2009, p. 1.

¹³⁶⁶ FORGEOT (Gérard), PARAIRE (Xavier), L'importance du RMI aux Antilles-Guyane dans des économies en déficit d'emploi : Réalités sociales et politiques publiques dans les DOM, 2011, *op. cit.*, pp. 104-109.

¹³⁶⁷ PERON (Yves), La population des départements français d'outremer, *Population*, 21^{ème} année, n°1, 1966, pp. 99-132.

¹³⁶⁸ Au 31 décembre 2000, un peu plus de 6 millions de personnes sont couvertes par des minima sociaux (France et DOM), soit 3,3 millions d'allocataires (note de CERC-association, n°9-2000).

¹³⁶⁹ Le décret-loi du 12 novembre 1938 crée des allocations familiales indépendantes du salaire et des entreprises. Il pose, en outre, des principes qui vont perdurer : allocation progressive selon la taille de la famille, versée quel que soit le revenu de celle-ci et avec un taux uniforme. Deux autres caractéristiques sont à relever : la limitation aux cinq ans de l'enfant de la durée du versement de l'allocation au premier enfant, ainsi que la création de majorations pour les familles dont la femme n'a pas d'activité professionnelle.

Familiales entre en fonction dans les quatre vieilles colonies¹³⁷⁰, alors qu'en tant que département français, dès 1946, les natifs de ces départements auraient dû en bénéficier, en vertu du principe d'identité législative.

En 1972, les allocations familiales sont attribuées en fonction du nombre de journées de travail et sur présentation du bulletin de présence par l'employeur. A l'époque, les familles de deux enfants représentent la majorité des bénéficiaires, mais ces derniers sont uniquement des salariés du commerce et de l'industrie¹³⁷¹. C'est en 1975 que la notion « d'enfants à charge » est étendue et que les allocations familiales sont versées aux « femmes isolées sans activité professionnelle », aux « travailleurs involontairement privés d'emploi » et aux « personnes ayant la garde d'enfants qui ne sont pas les leurs »¹³⁷². Ce régime des allocations familiales ne sera aligné totalement sur celui de la métropole que le 1^{er} juillet 1994¹³⁷³, soit 22 ans plus tard.

En outre, les travailleurs indépendants des Collectivités territoriales situées outremer subissent des discriminations en matière de politique familiale. Ces derniers doivent faire la preuve qu'ils sont à jour de leurs cotisations pour avoir droit aux allocations familiales, alors que dans l'hexagone un enfant génère ce droit automatiquement quel que soit le statut professionnel de ses parents¹³⁷⁴.

A la fin des années 90, les montants de l'API (l'Allocation Parent Isolé), était substantiellement plus faibles dans les départements d'outremer, environ moins de 44 %¹³⁷⁵. Compte tenu de l'écart initial très important, l'ajustement a été échelonné sur une plus longue période, de janvier 2001 à janvier 2007. Au 1^{er} janvier 2006, le montant de l'API dans les outremer était ainsi inférieur que de 6 % à celui de la Métropole. Elle n'a été alignée qu'en 2007¹³⁷⁶.

L'uniformisation des barèmes de l'allocation parent isolé (API) avec ceux de métropole est complète depuis janvier 2007¹³⁷⁷.

¹³⁷⁰ Ordonnance n° 67-706 du 21 août 1967 relative à l'organisation administrative et financière de la sécurité sociale, *JORF* du 22 août 1967, p. 8403. Les ordonnances de 1967 réforment l'organisation générale de la Sécurité sociale, visant notamment à donner une plus grande autonomie à chacune des branches de la Sécurité sociale. Ainsi, des CAF autonomes sont créées dans les quatre DOM, reprenant les attributions assurées jusque-là par les CGSS, tant au niveau des prestations familiales (pour les régimes général et agricole) que de l'action sanitaire et sociale. Les quatre CAF (des vieilles colonies) n'entrent effectivement en fonction qu'en 1972.

¹³⁷¹ MOITRIER (Jean), Y a-t-il un plan français de Sécurité sociale ?, *Revue économique*, volume 18, n° 2, 1967, pp. 177-204 ; la loi du 22 mai 1946 portant généralisation de la sécurité sociale, qui limite le régime général aux salariés de l'industrie et du commerce ne fut pas mise en application.

¹³⁷² HELFTER (Clémence), La création de l'allocation de parent isolé, *Informations sociales*, n° 157, janvier 2010, pp. 134-141.

¹³⁷³ La loi n° 94-629 du 25 juillet 1994 relative à la famille (*JORF* n° 171 du 26 juillet 1994, p. 10739) a étendu aux DOM l'allocation pour garde d'enfants à domicile, avec application au 1^{er} janvier 1995.

¹³⁷⁴ *Discrimination : Claudy Siar hausse le ton*, Dom Hebdo : http://www.domhebdo.com/modules.php?name=accueil&id=3669&level=2&module_title=accueilxcxc7.

¹³⁷⁵ MAHIEU (Ronan), CLÉMENT (Justinia), L'impact sur les minima sociaux de la loi d'orientation pour l'outremer de décembre 2000 : état des lieux à la fin 2004, *L'essentiel*, n° 48, avril 2006, p. 2.

¹³⁷⁶ MAHIEU (Ronan), CLÉMENT (Justinia), L'impact sur les minima sociaux de la loi d'orientation pour l'outremer de décembre 2000 : état des lieux à la fin 2004, *L'essentiel*, n° 48, *ibidem*, p. 1.

¹³⁷⁷ http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=15145.

Quant au RSA (Revenu de Solidarité Active), il résulte de la fusion du RMI et de l'API et a été créé en France métropolitaine en 2009 pour être généralisé aux outremer en 2011¹³⁷⁸.

2/ Le SMIC et les indemnités liées au chômage

La législation du travail en matière de revenus, a été dépassée en ce qu'elle reposait essentiellement sur la législation coloniale. L'assimilation a longtemps été refusée car jugée trop coûteuse. Si, petit à petit, l'égalité est réalisée, des différences subsistent : le montant du SMIC est ainsi tardivement aligné pour l'outremer (a) et l'attribution de l'assurance chômage a fait l'objet d'une longue hésitation du Gouvernement (b).

a) Une égalisation tardive du SMIC

En France, la problématique du coût du travail est parmi celle qui est la plus sujette à débats. Il est connu que le coût du travail demeure parmi les plus élevés de la planète même s'il n'est pas (et de loin) le plus élevé. Des mesures de baisse de ce coût du travail, nationales ou locales, générales ou sectorielles ont été expérimentées en France, avec des résultats divers¹³⁷⁹.

Dans les DFA, une entreprise éligible à l'ensemble des dispositifs d'exonérations de charges ou d'aides diverses supporte un coût du travail d'environ 1000 € par mois pour une personne rémunérée au SMIC (compte tenu des exonérations PERBEN¹³⁸⁰ et de la prime à l'export).

Ce coût du travail est à rapprocher des coûts existant dans les pays de la zone Caraïbe, ou de certains concurrents européens¹³⁸¹.

Ainsi, le SMIC, institué en 1970 en métropole, est aussi introduit dans les départements d'outremer. Mais, pendant très longtemps et afin de ne pas « étouffer » les entreprises locales, le SMIC outremer demeurera inférieur au SMIC métropolitain¹³⁸². Le 1^{er} janvier 1996 marque l'achèvement de l'alignement

¹³⁷⁸ CAZAIN (Sophie), DOMINGO (Pauline), FERNANDEZ (Violaine), LE TIEC (Magali), SIGURET (Isabelle), Études sur le RSA (Revenu de Solidarité Active) : Evolutions et caractéristiques des bénéficiaires : Éléments sur leurs trajectoires, *Dossier d'étude*, n° 156, octobre 2012, p. 66.

¹³⁷⁹ VIRAPOULLÉ (Jean-Paul), *Les Départements d'outremer, Régions Ultrapériphériques et Traits d'Union de l'Europe : Stratégie de mise en œuvre de l'article 299§2 du Traité d'Amsterdam pour les départements français d'outremer*, Rapport au Premier Ministre, 12 mars 2003, p. 15.

¹³⁸⁰ Introduites par la loi n° 94-638 du 25 juillet 1994 tendant à favoriser l'emploi, l'insertion et les activités économiques dans les départements d'outremer, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Mayotte (*JORF* n° 172 du 27 juillet 1994, p. 10824), les exonérations de cotisations sociales spécifiques aux DOM ont depuis fait l'objet de trois textes législatifs : la LOOM du 13 décembre 2000 (*JORF* n° 289 du 14 décembre 2000, p. 19760), la LOPOM du 21 juillet 2003 (*JORF* n° 167 du 22 juillet 2003, p. 12320) et la LODÉOM du 27 mai 2009 (*JORF* n° 0122 du 28 mai 2009, p. 8816).

¹³⁸¹ VIRAPOULLÉ (Jean-Paul), *Les Départements d'outremer, Régions Ultrapériphériques et Traits d'Union de l'Europe*, *op. cit.*, p. 16.

¹³⁸² Application du SMIC d'un montant inférieur à la France métropolitain, dans, FORGEOT (Gérard), CELMA (Cynthia), Les inégalités aux Antilles Guyane : 10 ans d'évolution, *INSEE Antilles-Guyane*, mai 2009, mai 2009, *op. cit.*, p.20.

sur la métropole des prestations sociales et du montant du SMIC dans les départements d'outremer. La véritable égalisation n'interviendra qu'en 2000¹³⁸³.

b) Une longue hésitation gouvernementale quant à l'attribution de l'assurance chômage

Le chômage ne sera indemnisé qu'en 1981 après une longue hésitation gouvernementale.

En 1958, une petite montée du chômage touche la France. En accord avec le président Charles De Gaulle, patronat et syndicats (surtout Forces Ouvrières) fondent alors l'UNEDIC pour indemniser les chômeurs¹³⁸⁴. L'ANPE est créée en mai 1967¹³⁸⁵. Entre 1968 et 1973, le chômage provoque des mécontentements, mais n'est pas encore une menace pour les salariés. Avec la guerre du Kippour¹³⁸⁶, à l'automne 1973, le premier choc pétrolier touche la planète dès 1974¹³⁸⁷. En France, il n'y avait que 250 000 chômeurs. En octobre 1975, la barre du million est passée. Et un an plus tard, Monsieur Jacques CHIRAC, alors Premier ministre, déclare: « *Nous voyons le bout du tunnel* »¹³⁸⁸. Entre 1976 et 1981, Raymond Barre met en place une politique d'austérité, annonçant « *que la France vit au-dessus de ses moyens* »¹³⁸⁹, alors que la barre des deux millions se rapproche.

En 1981, Pierre MAUROY se proclame « *chef de guerre contre le chômage* ». Le revirement libéral qui commence en 1982 va être catastrophique pour l'emploi. En 1993, la barre des trois millions est franchie. Mais les statistiques sont tronquées, ne comptabilisant ni les SDF (Sans Domicile Fixe), ni l'outremer, ni les chômeurs de plus de 57 ans, ne prenant pas en compte non plus le temps partiel forcé.

¹³⁸³ Selon l'INSEE, en 1970 le SMIC est introduit dans les DOM, les prestations sociales tentent de rattraper le taux de la France métropolitaine et en 1980 l'assurance chômage est effective en Martinique. Au début des années 80, les progrès dans la législation sociale continuent et en 1989 le RMI (Gouvernement ROCARD) est institué en Martinique, l'égalisation des prestations sociales est acquise en 96, en 97 le SMIC rattrape le taux métropolitain.

¹³⁸⁴ C'est en 1958, sous l'impulsion du Général DE GAULLE, que les partenaires sociaux (c'est-à-dire les organisations d'employeurs et les syndicats de salariés) créent un système national (pilote par l'Unedic : une association indépendante de la Sécurité sociale) d'aide aux salariés involontairement privés d'emploi : l'Assurance chômage. Il est créé en 1958 dans un contexte de plein emploi. Pendant une vingtaine d'années, elle n'est en proie à aucune difficulté financière.

¹³⁸⁵ L'Agence nationale pour l'emploi est créée le 13 juillet 1967. Cette institution, qui depuis quarante ans vient en aide aux demandeurs d'emploi, était devenue au fil du temps le symbole de la lutte contre le chômage en France.

¹³⁸⁶ La guerre du Kippour (hébreu), aussi appelée guerre du Ramadan dans le monde arabe ou encore guerre israélo-arabe de 1973 opposa, du 6 octobre au 24 octobre 1973, Israël à une coalition menée par l'Égypte et la Syrie.

¹³⁸⁷ L'année 1973 est souvent associée au choc pétrolier à cause de la déclaration d'embargo accélérant encore la hausse de prix du baril. Les 16 et 17 octobre 1973, pendant la guerre du Kippour, les pays arabes membres de l'OPEP, alors réunis au Koweït, annoncent un embargo sur les livraisons de pétrole contre les États « qui soutiennent Israël ». Le 6 octobre 1973, la majorité d'habitants de l'État hébreu célèbre Yom Kippour, le jour le plus sacré du calendrier juif.

¹³⁸⁸ Jacques Chirac, 12 août 1975.

¹³⁸⁹ Le 22 septembre 1976, Raymond BARRE introduit la présentation de son plan, un mois après avoir été nommé Premier Ministre. Mais le « meilleur économiste de France », (Valéry GISCARD D'ESTAING) ajoute : « *Le crédit est distribué d'une manière trop abondante. (...) Les rémunérations progressent trop vite en France. Ce sont les fondements de ce plan BARRE : lutter contre l'inflation galopante, qui entraîne avec elle la hausse des salaires (ils sont indexés) et amoindrit la compétitivité de la France à l'étrangers* ».

L'assurance chômage qui existe depuis 1958 en France métropolitaine ne verra le jour outremer qu'en 1981¹³⁹⁰. Si dans les quatre autres collectivités d'outremer, il y a un déficit d'application du droit de la non-discrimination dans le travail, Mayotte n'est pas en reste.

II– LE DEFICIT D'APPLICATION DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL A MAYOTTE

Les inégalités en matière d'emploi et de travail à Mayotte sont liées à une lente transition de Mayotte vers l'identité législative. Aussi, le code du travail dérogatoire du droit commun est défavorable au Mahorais (A) et les métropolitains sont largement favorisés dans les postes de la fonction publique (B).

A – DES SITUATIONS DISCRIMINATOIRES

Le projet de loi ordinaire relatif au Département de Mayotte¹³⁹¹ prévoit une application à Mayotte du droit commun de la République dans tous les domaines de la législation, mais très progressivement. Selon Monsieur Christian COINTRAT : « *le passage au régime de l'identité législative n'implique pas l'application immédiate, automatique et indistincte de tout le droit en vigueur* »¹³⁹². Ainsi, le code du travail spécifique à Mayotte déroge au droit commun (1). Il prévoit une égalisation très progressive (2).

1/ Un code du travail qui déroge au droit commun

L'accession à l'indépendance de trois des quatre îles de l'archipel des Comores a d'abord conduit, en 1976, à faire passer Mayotte du statut de TOM, dont le maintien était refusé par la population, à celui de « collectivité territoriale à statut particulier », régime alors prévu par l'article 72 de la Constitution. Le premier alinéa de l'article 72-4 de la Constitution impose en effet de recueillir préalablement « *le consentement des électeurs de la collectivité* » pour « *tout changement (...) de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74* ». Le dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution impliquait également le recueil de ce consentement pour la « *création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outremer* » – qui sera, dans le cas de Mayotte, concomitante avec le basculement vers le régime de l'article 73. Comme l'exigeait en outre le second alinéa de l'article 72-4 de la Constitution, le Gouvernement, à l'origine de la proposition de transformation statutaire, a

¹³⁹⁰ Arrêté du 5 décembre 1980 : Agrément des conventions du 22 août 1980 conclues dans le cadre de l'article R833-2 du code du travail instituant des régimes d'assurance chômage dans les DOM (Guadeloupe, Guyane, Martinique, La Réunion notamment) et des règlements annexes à ces conventions, *JORF* du 11 janvier 1981, p. 433.

¹³⁹¹ Loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte, *op. cit.*

¹³⁹² QUENTIN (Didier), *Le projet de loi relatif au Département de Mayotte*, Rapport n°s 2945 et 2946, Assemblée Nationale, p. 20.

également « *fait, devant chaque assemblée, une déclaration (...) suivie d'un débat* » – cette obligation a été remplie les 11 et 12 février 2009 à l'Assemblée nationale et au Sénat¹³⁹³.

L'extension à Mayotte des dispositions du code du travail relatives aux grands principes de droit du travail permet de mieux prévenir les discriminations, notamment en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, de harcèlement et de corruption¹³⁹⁴.

Le code du travail spécifique à Mayotte maintient des grands principes relatifs à la non-discrimination et une adaptation des dispositions du droit commun. Cependant l'accès aux soins pour les étrangers, dépend de l'autorisation de travail, soumise à des règles strictes (a) Le droit au travail est soumis à des restrictions tant pour les étrangers (b) que les mahorais (c).

a) Mayotte : Une protection sociale soumise à des règles strictes d'autorisation de travail

Une ordonnance¹³⁹⁵, prise sur le fondement de la loi du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte, étend à Mayotte les dispositions de droit commun relatives à la lutte contre les discriminations, ainsi que les dispositions relatives aux conditions de vie et au droit syndical dans l'entreprise. Cette ordonnance adapte substantiellement les règles du droit du travail. Cependant le droit du travail exclut une catégorie de la population et contrairement à ce qui est prévu par le droit commun applicable en métropole l'absence d'autorisation de travail peut être prétexte au refus d'accès à la protection sociale.

Pour exercer une activité salariée, à la différence notable du droit l'Union européenne applicable en métropole, les ressortissants de l'Union européenne doivent obtenir, comme les ressortissants des pays tiers, une autorisation de travailler selon les conditions prévues par le code du travail applicable à Mayotte.

Tant celui qui exerce une activité économique indépendante que celui qui exerce une activité salariée doit être titulaire d'une carte de séjour dont la durée de validité est d'un an ; une carte de séjour valable dix ans n'est accessible qu'à partir du troisième renouvellement consécutif, sauf si le demandeur est également conjoint de Français depuis au moins un an¹³⁹⁶. Cette carte porte la mention « Communauté européenne » avec indication de l'activité exercée ou la mention « Communauté européenne - membre de famille » s'il s'agit d'un membre de la famille d'un citoyen de l'Union.

Les textes ne prévoient que le séjour des ressortissants de l'Union européenne dits « actifs », indépendants et salariés CICI.

¹³⁹³ QUENTIN (Didier), *Le projet de loi relatif au Département de Mayotte, op. cit.*, p. 10.

¹³⁹⁴ KLES (Virginie), *Le projet de loi, modifié par l'Assemblée Nationale, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, Rapport, n° 443, Sénat, 9 avril 2014, 364 p.

¹³⁹⁵ Ordonnance n° 2012-792 du 7 juin 2012, relative à la partie législative du code du travail applicable à Mayotte portant extension et adaptation du livre préliminaire et d'une partie des livres Ier, II et IV, *JORF* n° 0132 du 8 juin 2012, p. 9697.

¹³⁹⁶ Article 5 du décret n° 2002-822 du 3 mai 2002 pris pour l'application de l'article 13 de l'ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 (*JORF* n° 0102 du 30 avril 2000, p. 6543) et fixant les conditions d'entrée à Mayotte des ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne et des membres de leur famille ainsi que les conditions de séjour de ces ressortissants exerçant une activité économique.

Il ne prévoit rien sur le droit au séjour des « inactifs », étudiants, retraités, pensionnés et autres ; leur droit au séjour est donc soumis aux mêmes restrictions que celui des ressortissants de pays tiers.

La condition de régularité de séjour est contraire à un certain nombre de conventions internationales signées par la France¹³⁹⁷. La plupart n'incluent pas Mayotte dans leur champ d'application. Par exemple, la France n'inclut pas les territoires non métropolitains lors de la signature de la Charte sociale européenne. On peut en revanche s'appuyer sur la Convention européenne des droits de l'homme (principe de non-discrimination à raison de la nationalité en matière de prestation sociale¹³⁹⁸ ; la CIDE (dans toutes les décisions qui concernent les enfants, en matière de protection sociale notamment, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

Dans la mesure où aucune activité professionnelle n'est requise pour prétendre au régime de protection sociale, il est difficilement admissible que l'absence d'autorisation de travail peut être opposée pour refuser l'accès au régime de sécurité sociale. La seule autorisation de séjour (pas nécessairement assortie d'une autorisation de travail) devrait suffire. Aucun décret ou circulaire ne précise le document qui matérialise cette autorisation de séjour¹³⁹⁹. En vertu de la circulaire n° DSS/2A/DAS/DPM 2000-239 du 3 mai 2000¹⁴⁰⁰, à défaut de titre de séjour, les étrangers titulaires d'un récépissé de demande de titre de séjour, d'une convocation ou d'un rendez-vous en préfecture sont considérés comme remplissant la condition de séjour régulier.

b) Un droit au travail soumis à des restrictions

Depuis le 1er janvier 2014, la réglementation européenne est entrée en vigueur dans le territoire de Mayotte, devenu une région européenne ultrapériphérique¹⁴⁰¹.

Or, Mayotte demeure pourtant une lointaine enclave européenne où les droits et libertés garantis par la CEDH et par de multiples autres conventions européennes ou internationales y sont quotidiennement malmenés. Les dispositions relatives à l'emploi, au statut de travailleur indépendant et aux prestations sociales prévues par la Convention de l'ONU précisent que les réfugiés recevront « *le traitement le plus favorable accordé aux autres étrangers dans les mêmes circonstances* »¹⁴⁰². Indéniablement, tant le

¹³⁹⁷ Notamment la convention n° C118 sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale, les conventions bilatérales de sécurité sociale conclues avant l'entrée en vigueur de la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France (*JORF* n° 200 du 29 août 1993, p. 12196) qui a introduit l'exigence de la régularité de séjour pour la plupart des prestations sociales.

¹³⁹⁸ Articles 14 et 1^{er} du Protocole n°1 à la CEDH.

¹³⁹⁹ Carte de séjour, récépissés de première demande ou de renouvellement, autorisation provisoire de séjour.

¹⁴⁰⁰ Circulaire DSS/2A/DAS/DPM 2000-239 du 3 mai 2000 relative à la condition de résidence en France prévue pour le bénéficiaire de la CMU (assurance maladie et protection complémentaire).

¹⁴⁰¹ A la suite de la saisine par la France, du Conseil européen, le 26 octobre 2011, Mayotte, auparavant PTOM, est devenue RUP à compter du 1^{er} janvier 2014 (DC du 11 juillet 2012 modifiant le statut à l'égard de l'UE de Mayotte, *JOUE*, n° L. 204/131 du 31 juillet 2012).

¹⁴⁰² Les termes « dans les mêmes circonstances » qui figurent dans la convention relative aux réfugiés « *impliquent que toutes les conditions (et notamment celles qui ont trait à la durée et aux conditions de séjour ou de résidence) que l'intéressé devrait remplir, pour pouvoir exercer le droit en question, s'il n'était pas un réfugié, doivent être remplies par lui à l'exception des conditions qui, en raison de leur nature, ne peuvent être remplies par un réfugié* » (article 6).

DUDH (article 2) que le PIDESC (article 2) renvoient aux droits de « tous », pas uniquement à ceux des citoyens et des ressortissants. Les dispositions de non-discrimination prévues par les différents instruments internationaux peuvent apporter quelque éclaircissement.

Le Ceseda étendu à Mayotte¹⁴⁰³, truffé de mesures dérogatoires prive les étrangers de droits acquis en métropole. Certaines de ces mesures dérogatoires permettent, comme en Guadeloupe ou en Guyane, des contrôles et des éloignements expéditifs¹⁴⁰⁴. Beaucoup d'autres, spécifiques à Mayotte, y restreignent considérablement les accès à un titre de séjour, ou la circulation des bénéficiaires d'un tel titre.

Le droit pour les étrangers de demeurer sur le territoire de Mayotte, est étroitement lié à l'emploi. Le regroupement familial est sous condition de ressources et par conséquent dépend de l'emploi. Les ressources « *doivent être stables et suffisantes pour accueillir la famille* ». Or le droit de travailler est soumis à de telles conditions que cela rend particulièrement difficile l'intégration des étrangers à Mayotte, avec leur famille, dans le cadre du regroupement familial.

Le code du travail spécifique à Mayotte, déroge au droit commun concernant le travail des étrangers. Un étranger qui veut y exercer une profession salarié doit présenter outre les documents ou visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur, un contrat de travail visé par l'autorité administrative ou une autorisation de travail délivrée par le préfet ainsi qu'un certificat médical¹⁴⁰⁵..

De même, une autorisation de travail peut être délivrée sous la forme d'une carte de résident qui lui confère le droit d'exercer à Mayotte toute activité professionnelle salariée de son choix dans le cadre de la législation en vigueur¹⁴⁰⁶ : selon le code du travail Mahorais, « *Nul ne peut, directement ou par personne interposée, engager, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée à Mayotte* »¹⁴⁰⁷.

c) Un code du travail défavorable aux Mahorais

Le droit du travail dépend d'un « Code du travail applicable à Mayotte »¹⁴⁰⁸, distinct et plus défavorable aux salariés que celui de métropole¹⁴⁰⁹. Cela concerne le temps de travail, les conditions d'obtention des indemnités de chômage.

¹⁴⁰³ Le 26 mai 2014, le Ceseda s'applique à Mayotte comme dans tous les autres départements français, dans, GISTI, Singularités mahoraises du droit des personnes étrangères, *Cahier juridique du Gisti*, janvier 2015.

¹⁴⁰⁴ GISTI, Singularités mahoraises du droit des personnes étrangères, *Cahier juridique du Gisti*, janvier 2015, *ibidem*.

¹⁴⁰⁵ Article L. 330-2 du Code du travail de la collectivité départementale de Mayotte.

¹⁴⁰⁶ Article L. 330-3 du Code du travail de la collectivité départementale de Mayotte.

¹⁴⁰⁷ Article L. 330-5 du Code du travail de la collectivité départementale de Mayotte.

¹⁴⁰⁸ Ordonnance n° 2014-577 du 4 juin 2014 modifiant les livres I^{er}, III et VII du code du travail applicable à Mayotte, *JORF* n° 0129 du 5 juin 2014, p. 9442.

¹⁴⁰⁹ MATH (Antoine), Mayotte : La situation économique et sociale, *Chronique internationale de l'IRES*, n° 134, janvier 2012, p. 49. Par exemple, le temps de travail légal est de 39h00 au lieu de 35H00, Depuis août 2006, les indemnités chômage ne concerne que les licenciés économiques puis, depuis mars 2008, pour les salariés licenciés en CDI, Les autres règles d'éligibilité sont plus restrictives qu'en métropole (durée de cotisations), la durée maximale est réduite, les montants sont moindres et, jusqu'en 2012, il n'y avait ni régime de solidarité chômage, ni RSA. Cela influe sur le dénombrement des chômeurs.

Dans le cadre du processus de rattrapage du SMIG par rapport au salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC) national, les partenaires sociaux et le préfet de Mayotte avait, le 2 février 2007, signé un accord¹⁴¹⁰ fixant les paliers des augmentations pluriannuelles du SMIG, pour parvenir à 85 % du SMIC net de métropole au 1er juillet 2010. Faisant suite à la commission consultative du travail du 20 décembre 2010, le préfet de Mayotte a pris le 23 décembre 2010 un arrêté fixant le SMIG horaire à 6,43 € brut à compter du 1er janvier 2011, soit une augmentation de 1,56 % par rapport à janvier 2010. Poursuivant cette évolution, la commission consultative du travail, a réuni, ce jour le 23 décembre 2014, les partenaires sociaux sur l'évolution du salaire minimum interprofessionnel garanti (SMIG). Le 1^{er} janvier 2015, la revalorisation du SMIG mahorais a été indexée sur le seul taux d'évolution du SMIC national. Le rattrapage du SMIC, initialement programmé sur quinze ans, s'est vu réévalué à partir des mouvements sociaux de 2011 qui ont contribué à la décision d'augmentations substantielles du SMIG¹⁴¹¹. Il avait également été décidé que l'augmentation du SMIG interviendra désormais chaque année au 1er janvier et non plus au 1er juillet. La ministre chargée de l'outremer avait annoncé un rattrapage du SMIG mahorais sur le SMIC métropolitain en trois ans à compter du 1er janvier 2012¹⁴¹².

2/ Une égalisation très progressive des politiques de l'emploi

Les minimas sociaux sont des instruments visant à assurer à leurs bénéficiaires le minimum de ressources et l'accompagnement nécessaires pour pouvoir accéder à l'emploi, pour s'extraire de la pauvreté et de l'exclusion, pour ceux qui ont la possibilité de travailler et qui ne trouve pas d'emploi. Pour ceux qui ne peuvent pas travailler, pour des raisons liées à un handicap, ils disposent de l'AAH¹⁴¹³. Or on observe à Mayotte des droits sociaux défavorables aux Mahorais (a) ainsi qu'une absence de nombreux dispositifs de sécurité sociale (b).

a) Des droits sociaux moins avantageux pour les mahorais

Concernant les droits sociaux applicables, la loi du 7 décembre 2010¹⁴¹⁴ prévoyait d'ici l'été 2012 un rapprochement rapide, par ordonnance, de la réglementation de Mayotte de celle de la métropole¹⁴¹⁵ dans les domaines liés à l'emploi ou aux minimas sociaux. Certains rapprochements ont été effectués en 2011

¹⁴¹⁰ Le 2 février 2007, lors d'une réunion présidée par le Directeur du Travail au nom du Préfet de Mayotte, les partenaires sociaux, membres de la CCT (Commission Consultative du Travail), ont trouvé un accord intermédiaire fixant le taux du SMIG : il actait pour une augmentation progressive du SMIG, pour les années 2007 à 2010 incluses, conformément à l'accord de méthode signé par les partenaires le 7 décembre 2006.

¹⁴¹¹ MONTEIL (Christian) *Mayotte : la hausse des revenus soutient la consommation*, INSEE, pp. 38-39. Le SMIG horaire brut a également été revalorisé de 6,43 Euros au 1^{er} janvier 2011, il est passé à 6,69 euros au 1^{er} janvier 2012 puis à 6,83 euros le 1^{er} juillet 2013. En moyenne annuelle, le SMIG augmente de 5,1 %.

¹⁴¹² ROBERT (Hélène), SCHROEDER (Bruno), *Le système économique de Mayotte : situation économique et sociale, niveau de vie et coût de la vie, filières porteuses de développement*, étude, SECAFI, 11 mai 2012, p. 17.

¹⁴¹³ Allocation Adulte Handicapé.

¹⁴¹⁴ Loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte, *ibidem*.

¹⁴¹⁵ Article 30 de la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010, *ibidem*.

; d'autres étaient prévus pour 2012 par exemple sur les retraites complémentaires et l'allocation de solidarité spécifique. Mais ces dispositifs restent beaucoup moins avantageux qu'en métropole : conditions d'attribution plus restrictives¹⁴¹⁶, calculs plus défavorables et montants beaucoup plus bas. La sécurité sociale applicable à Mayotte trouve son fondement légal dans des ordonnances prises à partir de 1996¹⁴¹⁷, fréquemment modifiées. L'assurance maladie-maternité devenue le 23 décembre 2011 « assurance maladie, maternité, invalidité, décès » est issue de l'ordonnance du 12 juillet 2004¹⁴¹⁸ entrée en vigueur le 1er avril 2005. Des protections en matière d'accidents du travail et maladies professionnelles et des prestations chômage figurent également dans le « code du travail applicable à Mayotte »¹⁴¹⁹. Les seuls dispositifs de la sécurité sociale existant en juin 2012 sont les suivants : une assurance maladie, maternité, invalidité et décès ; une assurance accident du travail et maladie professionnelle ; une assurance vieillesse et une allocation spéciale pour les personnes âgées ; une allocation adulte handicapé ; des allocations familiales ; une allocation de logement à caractère familial ; une allocation de rentrée scolaire ; une allocation d'éducation d'enfant handicapé¹⁴²⁰.

b) L'absence de nombreux dispositifs de sécurité sociale

Jusqu'en 2006, de nombreux dispositifs de sécurité sociale n'existaient pas à Mayotte : notamment l'aide personnalisée au logement¹⁴²¹, l'allocation de soutien familial¹⁴²², allocation de logement à caractère social¹⁴²³, allocation temporaire d'attente¹⁴²⁴, allocation équivalent retraite¹⁴²⁵, allocation transitoire de solidarité, diverses prestations familiales comme le complément familial, la prestation d'accueil du jeune

¹⁴¹⁶ GISTI, MOM, LA CIMADE, Régimes d'exception en outremer pour les personnes étrangères, *Les Cahiers juridiques du GISTI*, p. 51 ; *ibidem* ; http://www.gisti.org/IMG/pdf/cj_outremer_2012.pdf.

¹⁴¹⁷ Ordonnances n° 96-1122 du 20 décembre 1996 relative à l'amélioration de la santé publique à Mayotte, *JORF* n° 0298 du 22 décembre 1996 p. 18981 ; n° 2002-149 du 7 février 2002 relative à l'extension et la généralisation des prestations familiales et à la protection sociale dans la collectivité départementale de Mayotte, *JORF* n° 0034 du 9 février 2002, p. 2649 ; n° 2002-411 du 27 mars 2002 relative à la protection sanitaire et sociale à Mayotte, *JORF* n° 74 du 28 mars 2002, p. 5479 ; n° 2006-1588 du 13 décembre 2006 relative au régime de prévention, de réparation et de tarification des accidents du travail et des maladies professionnelles à Mayotte, *JORF* n° 289 du 14 décembre 2006, p. 18879.

¹⁴¹⁸ Ordonnance n° 96-1122 du 20 décembre 1996 relative à l'amélioration de la santé publique à Mayotte, *ibidem*.

¹⁴¹⁹ Articles L. 122-55 à 122-66 ; L. 327-1 à 327-10 et R. 327-10 à 327-14 du code du travail applicable à Mayotte.

¹⁴²⁰ Ordonnance n° 2012-785 du 31 mai 2012 portant extension et adaptation du code de l'action sociale et des familles au Département de Mayotte, *JORF* n° 0126 du 1^{er} juin 2012, p. 9442.

¹⁴²¹ Aide financière destinée à réduire le montant de votre loyer ou votre mensualité d'emprunt immobilier. Elle est attribuée selon la nature du logement et la composition de la famille.

¹⁴²² L'ASF (Allocation de Soutien Familial) est versée pour élever un enfant privé de l'aide de l'un ou de ses deux parents.

¹⁴²³ L'allocation de logement à caractère social s'adresse à ceux qui ne peuvent bénéficier ni de l'APL, ni de l'ASF.

¹⁴²⁴ L'allocation temporaire d'attente (ATA) est susceptible d'être versée sous certaines conditions par le Pôle emploi aux demandeurs d'asile et à certaines catégories de ressortissants étrangers.

¹⁴²⁵ L'AER (Allocation Équivalent Retraite), destinée aux demandeurs d'emploi n'ayant pas atteint l'âge de la retraite mais justifiant des trimestres requis pour bénéficier d'une retraite à taux plein, (supprimée depuis le 1^{er} janvier 2011). Seules les personnes dont les droits à l'AER ont été ouverts avant le 1^{er} janvier 2011 continuent de la percevoir jusqu'à l'expiration de leurs droits. L'AER est remplacée depuis le 1^{er} juillet 2011 par l'ATS (Allocation Transitoire de Solidarité).

enfant et ses différentes composantes. Elles ont été mises en place progressivement et n'ont pas atteint le niveau métropolitain¹⁴²⁶.

Parallèlement, on peut observer que l'alignement social et économique dans les départements d'outremer a été réalisé de façon progressive. Ainsi, l'article 2 de la loi du 19 mars 1946 relative aux départements d'outremer prévoyait un délai pour y rendre applicable le droit métropolitain. Ni la départementalisation, ni la Constitution de 1946 dans son article 73 n'ont rendu le droit métropolitain applicable dans les DOM, car jugé trop coûteuse.¹⁴²⁷ Il est à noter que, dès 2006, existe une assurance chômage prévue par une convention entre plusieurs représentants des organisations syndicales et patronales¹⁴²⁸. Les conditions d'éligibilité étant particulièrement draconiennes, ce dispositif très modeste concerne très peu de personnes. Il pourrait évoluer avec la présence en 2005 de Pôle emploi à Mayotte¹⁴²⁹. Dans le code de l'action sociale et des familles, les dispositions d'aide sociale applicables à Mayotte sont prévues¹⁴³⁰. En 2012, seules les dispositions suivantes ont été étendues à Mayotte : l'aide sociale à l'enfance ASE¹⁴³¹ ; une partie de l'aide sociale aux personnes âgées et aux personnes handicapées ; le revenu de solidarité active RSA¹⁴³². Ces dispositions sont formellement les mêmes que celles applicables en métropole et dans les quatre autres collectivités territoriales régies par l'article 73, à l'exception notable du revenu de solidarité active (RSA). Ce dernier est entré en vigueur à Mayotte en mars 2012 mais selon des règles beaucoup plus défavorables¹⁴³³, limitations divers¹⁴³⁴ (pas de « RSA jeunes », pas de « RSA majoré » pour les parents isolés...). En mars 2012, certaines aides ne sont pas applicables à Mayotte¹⁴³⁵.

¹⁴²⁶ HYEST (Jean-Jacques), ANDRE (Michèle), COINTAT (Christian), DÉTRAIGNE (Yves), *Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités*, Rapport d'information, n° 115, Sénat, 27 novembre 2008.

¹⁴²⁷ COINTAT (Christian), *Projet de loi relatif au département de Mayotte, étude d'impact*, Rapport, n° 17, Sénat, 6 octobre 2010, p. 20.

¹⁴²⁸ Convention pluriannuelle Etat-ANPE-Unédic du 5 mai 2006 relative à la coordination des actions du service public de l'emploi, instaurant un « parcours personnalisé » de retour à l'emploi ; Convention du 18 janvier 2006 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage.

¹⁴²⁹ Le Pôle Emploi a été mis en place à Mayotte en décembre 2005 (la loi de programme pour l'outremer prévoyait l'installation d'une antenne de l'ANPE à Mayotte au plus tard le 1^{er} janvier 2005). L'ordonnance n° 2009-664 du 11 juin 2009 relative à l'organisation du service public de l'emploi et à la formation professionnelle à Mayotte (*JORF* n° 0134 du 12 juin 2009, p. 9572) confère à la délégation du Pôle Emploi de Mayotte les mêmes prérogatives que dans les autres départements.

¹⁴³⁰ Titre IV du livre V du code de l'action sociale et des familles, du 2 août 2014.

¹⁴³¹ Articles L. 221-1 à 221-9 adaptés par les articles L. 543-4 à L. 543-9 du Code de l'Action Sociale et des Familles.

¹⁴³² Articles L. 262-1 et suivants adaptés par L. 549-1 et 549-2 du Code de l'Action Sociale et des Familles.

¹⁴³³ GISTI, Régimes d'exception en outremer pour les personnes étrangères, *Les Cahiers juridiques du GISTI*, juin 2012, *ibidem*, p. 52. Le montant est dérisoire (25 % du montant métropolitain) Il devait évoluer progressivement pendant une période de 25 ans.

¹⁴³⁴ Il n'y a pas de « RSA jeunes », pas de « RSA majoré » pour les parents isolés...

¹⁴³⁵ Il s'agit de l'AME (Aide Médicale de l'État), de l'aide sociale en cas d'admission en CHRS (Centre d'Hébergement et de Réadaptation Sociale), de l'aide sociale aux personnes âgées en établissement, de la prestation de compensation du handicap, de l'aide sociale personnalisée d'autonomie, etc. L'ex Halde a constaté « la discrimination dans l'accès aux soins des étrangers en situation irrégulière et de leurs enfants ainsi que des mineurs étrangers isolés » (délibération n° 2010-87 du 1^{er} mars 2010 suite aux saisines des collectifs MOM et Migrants Mayotte qui détaillent ces dispositions et leurs conséquences (www.migrantsOutremer.org/ Le-droit-a-la-sante-bafoue-a, 319).

B – UN PROCESSUS DE TRANSITION TROP LENT VERS L'ÉGALITÉ

L'un des facteurs de perpétuation des pratiques politiques discriminatoires à Mayotte est « *la profonde habitude du mépris de l'Africain, ou du Musulman, issue d'un siècle de domination coloniale, transmise pendant des décennies par l'école et entretenue aujourd'hui par certains discours officiels – ou certains silences* »¹⁴³⁶. Dans le cadre de cette perpétuation des pratiques de domination coloniale on observe que les Métropolitains mais également les Antillais nommés à Mayotte bénéficient d'avantages financiers (1) et conservent un statut de français privilégiés (2)

1/ Des avantages financiers attribués aux fonctionnaires nommés à Mayotte

Dans le cas de Mayotte, cette réalité est frappante de vérité. La majorité des fonctionnaires de l'île sont des Métropolitains dont le statut rappelle quelque peu celui du colon, mais également des Antillais¹⁴³⁷. Les pratiques de l'administration et les rapports entre ces deux catégories et les Mahorais perpétuent la relation de domination coloniale qui se manifeste par un salaire plus important pour les Métropolitains (a) ainsi que des primes appliquées en principe aux cas de mutations vers un pays non français (b).

a) Un salaire plus élevé pour les fonctionnaires affectés à Mayotte

Les Métropolitains conservent une grande part des postes de fonctionnaires, avec un salaire qui peut être, trois fois supérieur à celui des fonctionnaires mahorais. Dans les années 50, les conditions de vie en outremer en général, étaient difficiles, les infrastructures essentielles (écoles, établissements médicaux et hospitaliers...) faisant défaut et les produits manufacturés étant rares et onéreux, le coût de la vie était particulièrement cher par rapport à celui de la métropole. Pourtant la fonction publique de ces territoires devait recruter et renforcer les effectifs, notamment, de cadres¹⁴³⁸. Aussi, pour attirer les Métropolitains et les jeunes diplômés locaux, un dispositif de majoration de la rémunération a été mis en place par la loi du 3 avril 1950¹⁴³⁹ accompagné d'un certain nombre d'autres avantages financiers et en nature.

De même, concernant les congés bonifiés, les fonctionnaires d'origine mahoraise en poste en métropole ou dans un département d'outremer ne peuvent pas bénéficier de congés bonifiés, alors qu'à l'inverse les fonctionnaires ayant leur résidence habituelle en métropole ou dans un autre territoire

¹⁴³⁶ TEVANIAN (Pierre), Le racisme républicain : Réflexions sur le modèle français de discrimination, *L'esprit frappeur*, 2002, p. 1.

¹⁴³⁷ MOM, *Les politiques d'immigration et d'intégration « à la française » ou la perpétuation du système colonial à Mayotte*, migrantsOutremer.org.

¹⁴³⁸ BOTTEAU (Sandrine), Être fonctionnaire dans les DOM-COM...Un « Eldorado » ?, Territorial, *Carrières Publiques*, n° 1408, août 2011, p. 1.

¹⁴³⁹ Loi n° 50-407 du 3 avril 1950 concernant les conditions de rémunération et les avantages divers accordés aux fonctionnaires en service dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe, de la Guyane et de la Réunion, *JORF* du 6 avril 1950, p. 3707, *op. cit.*

d'outremer qui sont affectés à Mayotte peuvent bénéficier d'une bonification de congés¹⁴⁴⁰. Cette différence de traitement est discriminatoire à raison de l'origine. Statutairement, la rémunération du fonctionnaire est fixée « *en fonction du grade¹⁴⁴¹ de l'agent et de l'échelon auquel il est parvenu, ou de l'emploi auquel il a été nommé* ». Cette rémunération « *comprend le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire* »¹⁴⁴² et doit respecter le principe de parité entre les fonctions publiques. Sur ce dernier point, cela signifie que les employeurs de la territoriale et de l'hospitalière ne peuvent attribuer à leurs agents des rémunérations ou avantages équivalents) qui excéderaient ceux auxquels peuvent prétendre les agents de l'État occupant des fonctions ou ayant des qualifications équivalentes¹⁴⁴³.

« *Le Conseil Général compte ainsi plus de 3 000 fonctionnaires territoriaux ! Même si ces nouveaux emplois mieux rémunérés vont se développer, ils n'arriveront pas à rattraper [...] ni les salaires mirobolants des métropolitains venus travailler à Mayotte* »¹⁴⁴⁴.

b) Des primes appliquées en principe aux cas de mutations vers un pays non français

On peut ajouter des primes d'éloignement, en principe appliquées en cas de mutation vers un pays étranger¹⁴⁴⁵, ce que Mayotte n'est pas, légalement. « *Certains de ces expatriés sont parfois qualifiés de chasseurs de primes. Les salaires de ces colons métropolitains sont bien largement supérieurs aux salaires locaux, en moyenne majorés de 25 % à 100 %, auxquels il convient d'ajouter pléthore d'avantages et privilèges financiers et en nature qui pleuvent sur les candidats à l'immigration vers cette*

¹⁴⁴⁰ Décret n° 78-399 du 20 mars 1978 relatif à la prise en charge des frais de voyage de congés bonifiés accordés aux magistrats et fonctionnaires civils de l'Etat (FPE), pour les départements d'outremer, *JORF* du 24 mars 1978, p. 1292. Décret n° 87-482 du 1^{er} juillet 1987 relatif aux congés bonifiés des fonctionnaires hospitaliers (FPH) en service sur le territoire européen de la France, dont la résidence habituelle est dans un département d'outremer, *JORF* du 3 juillet 1987, p. 7264. Décret n° 88-168 du 15 février 1988 pris pour l'application des dispositions du deuxième alinéa du 1^{er} de l'article 57 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale (FPT), *JORF* du 21 février 1988, p. 2452. Décret n° 2014-729 du 27 juin 2014 portant application à Mayotte des dispositions relatives aux congés bonifiés pour les magistrats et fonctionnaires, *JORF* n° 0149 du 29 juin 2014. Circulaire du 16 août 1978 relative au congé bonifié des magistrats et fonctionnaires civils de l'État. Circulaire du 25 février 1985 modifiant la circulaire du 16 août 1978 relative au congé bonifié. Circulaire du 8 juillet 1987 relative aux congés bonifiés des fonctionnaires hospitaliers et circulaire DGAFP n° 2129 du 3 janvier 2007 relative aux conditions d'attribution des congés bonifiés aux agents des 3 fonctions publiques, *JORF* du 11 février 2012.

¹⁴⁴¹ Le Statut de la fonction publique (cf. loi n°83- 634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires) précise que les cadres d'emplois dans la FP sont répartis en catégories hiérarchiques, désignées, en ordre décroissant, par les lettres A, B, C : A : fonctions de direction et de conception (niveau Bac+3) ; B : fonctions d'application/de maîtrise (niveau Bac ou Bac+2) et C : fonctions d'exécution (sans condition de diplôme ou BEP, BEPC, CAP). A l'intérieur de ces catégories, il y a un classement hiérarchique avec des grades (ex. catégorie C : adjoint administratif 2^{ème} et 1^{ère} classe, principal...). Et chaque grade a des échelons (de 1 à 11 s'agissant du grade d'adjoint administratif principal de 2^{ème} classe).

¹⁴⁴² Statut général, titre I, article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, *ibidem*.

¹⁴⁴³ BOTTEAU (Sandrine), Être fonctionnaire dans les DOM-COM... Un « Eldorado » ?, Territorial, *op. cit.*, p. 2.

¹⁴⁴⁴ À titre d'exemple, un professeur titulaire venu de métropole qui touchait dans sa région hexagonale un salaire moyen de 2 500 €, bénéficiera à Mayotte d'une prime de 24 000 € pour un an et d'autres primes pour faire face au coût de la vie, dans, Comité d'édition du journal, Mayotte, Une poudrière sociale, *Alternatives libertaires*, janvier 2011.

¹⁴⁴⁵ Décret n° 96-1028 du 27 novembre 1996 relatif à l'attribution de l'IE aux magistrats et aux fonctionnaires titulaires et stagiaires de l'Etat en service à Mayotte notamment, *JORF* n° 279 du 30 novembre 1996, p. 17381.

colonie »¹⁴⁴⁶. Lors de l'arrivée des fonctionnaires non mahorais, sur l'île de Mayotte, pour pallier les frais qu'occasionne l'installation et exercer une certaine attractivité en compensation de l'éloignement des familles ou autres attaches, il leur est alloué, une indemnité appelée à Mayotte indemnité d'éloignement (IE), et qui correspond à 11,5 mois de salaire par an. Le salaire est donc quasiment doublé. C'est une indemnité compensatoire versée au rythme des années écoulées et qui permet d'assurer l'installation et de bénéficier d'un pouvoir d'achat qui compense la cherté des produits le plus souvent importés de métropole ou des pays avoisinants¹⁴⁴⁷. Cette indemnité d'éloignement n'était pas imposable jusqu'en 2014¹⁴⁴⁸.

2/ Un statut de français privilégiés dans l'emploi

Cette disparité entre Métropolitains et Mahorais persiste donc et a eu pour conséquence de renforcer la mise à l'écart des « non-Mahorais-es » (non-Français-es a fortiori) : en effet, les Mahorais s'accrochent au statut français qui leur est conféré, qui leur offre certains privilèges¹⁴⁴⁹ que leurs voisins comoriens n'ont pas, les installant confortablement dans un statut intermédiaire de Français « non privilégiés », mais Français tout de même... Une triple hiérarchisation sociale de la société mahoraise entre français, français non privilégiés et non mahorais voisins (a) n'occulte pas l'accès très faible des Mahorais à l'enseignement et à la culture avec des incidences sur l'emploi (b).

a) Une triple hiérarchisation sociale de la société mahoraise entre français, français non privilégiés et non mahorais voisins

La société mahoraise est marquée par des disparités entre métropolitains, Mahorais et non mahorais des territoires comoriens voisins.¹⁴⁵⁰ On y trouve les français non mahorais qui sont affectés à Mayotte avec un salaire et des avantages et autres primes. On trouve ensuite les Mahorais dont le niveau de qualification progresse mais reste faible puisque 71 % de la population n'a aucun diplôme qualifiant. Pour ces derniers, l'accès à l'emploi est difficile : seulement trois Mahorais sur dix en âge de travailler

¹⁴⁴⁶ Des inégalités liés au faible niveau de formation et à un déficit en terme d'organisation. http://www.alternativelibertaire.org/spip.php?page=imprimer_articulo&id_article=4528.

¹⁴⁴⁷ Article 3 du Décret n° 2013-965 du 28 octobre 2013 portant application de l'indemnité de sujétion géographique aux fonctionnaires de l'Etat titulaires et stagiaires et aux magistrats affectés à Mayotte, *JORF* n° 0252 du 29 octobre 2013.

¹⁴⁴⁸ La mise en œuvre de la départementalisation de Mayotte conduit à soumettre à l'impôt sur le revenu, l'ensemble des revenus perçus, dont l'IE versée aux fonctionnaires de l'Etat, qui était avant le processus de départementalisation et en application du code des impôts mahorais exonérée de toute imposition. Sans remettre en cause le principe de la contribution de tous à l'impôt, le gouvernement a décidé de tenir compte des situations acquises pour 2013. Mais, depuis 2014, l'ensemble des revenus des fonctionnaires de l'Etat sont soumis à imposition selon les règles applicables à tous les résidents de Mayotte. Ils bénéficient, comme tous les salariés, d'une réduction de 40 % sur le montant de leur impôt sur le revenu dans la limite de 6 700,00 €.

¹⁴⁴⁹ ETIENNE (Agathe), *Production du racisme et des discriminations vis-à-vis des « étrangers » par l'État français : le cas de Mayotte*, Mémoire, Master 2 de sociologie et anthropologie, Migrations et Relations Inter-ethniques, Université Paris 7 Diderot, juin 2011, p. 7.

¹⁴⁵⁰ ETIENNE (Agathe), *Production du racisme et des discriminations vis-à-vis des « étrangers » par l'État français : le cas de Mayotte*, *ibidem*, p. 7.

ont un emploi¹⁴⁵¹. Leur accès à l'emploi est compromis par les difficultés qu'ils rencontrent à l'écrit, qui génèrent des problèmes d'adaptation aux postes dont la technicité évolue. En dernier lieu on trouve les « étrangers » qui n'ont pas un accès assuré à la scolarité, et qui ont rarement accès à un emploi déclaré¹⁴⁵². Cela a pour conséquence une triple hiérarchisation de la société à Mayotte qui accentue la discrimination selon le « degré » de minorité¹⁴⁵³, société dans laquelle les « non-Mahorais » s'en trouvent quasiment exclus. De même, au sein des collectivités territoriales situées outremer, l'occupation des emplois publics demeure faible pour les originaires de ces territoires du fait des difficultés qu'ils rencontrent pour y accéder¹⁴⁵⁴.

b) Un accès très faible des Mahorais à l'enseignement et à la culture avec des incidences sur l'emploi

En 2012, à Mayotte, les difficultés face à l'écrit sont fortement liées au développement récent de la scolarisation¹⁴⁵⁵. Trois personnes sur dix n'ont jamais été scolarisées et deux sur dix n'ont pas débuté leur scolarité à Mayotte. Les personnes scolarisées à Mayotte ou en France métropolitaine représentent ainsi seulement 48 % de la population mahoraise. Parmi elles, une personne sur trois est en situation d'illettrisme. Au total, 58 % des habitants en âge de travailler ne maîtrisent pas les compétences de base à l'écrit en langue française. D'après l'INSEE, « *Contrairement aux moins de 25 ans, qui ont été très largement scolarisés, 29 % des 25 à 44 ans n'ont jamais été à l'école. La montée en charge du système éducatif à Mayotte n'a pu offrir une capacité d'accueil suffisante pour scolariser en totalité cette génération. Par ailleurs, 43 % des personnes de 25 à 44 ans qui ont été scolarisées sont en grande difficulté à l'écrit. Parmi celles qui ont été scolarisées à Mayotte ou en France (61 % des 25-44 ans) et qui ont vécu la mutation du système scolaire et les créations successives de nouveaux établissements, 28 % sont en grande difficulté à l'écrit. Celles qui ont débuté leur scolarité à l'étranger (39 % des 25-44 ans), essentiellement aux Comores avant de rejoindre Mayotte, ont plus de difficultés : 66 % ne maîtrisent pas les savoirs fondamentaux à l'écrit en français* »¹⁴⁵⁶.

Dans l'ensemble de la population, 37 % des personnes en emploi sont en grande difficulté à l'écrit. Les personnes n'ayant jamais été scolarisées représentent près du tiers de la population mahoraise et sont pour la quasi-totalité en grande difficulté à l'écrit (96 %). Il s'agit principalement de personnes âgées de

¹⁴⁵¹ INSEE, *Les mahorais et les diplômes*. <http://lejournaldemayotte.com/societe/les-mahorais-et-les-diplomes/>.

¹⁴⁵² ETIENNE (Agathe), *Production du racisme et des discriminations vis-à-vis des « étrangers » par l'État français : le cas de Mayotte*, *ibidem*, p. 5.

¹⁴⁵³ ETIENNE (Agathe), *Production du racisme et des discriminations vis-à-vis des « étrangers » par l'État français : le cas de Mayotte*, *ibidem*, p. 7.

¹⁴⁵⁴ BALICCHI (Julien), BINI (Jean-Pierre), DAUDIN (Véronique), ACTIF (Nelly), RIVIÈRE (Jannick), Mayotte, département le plus jeune de France, *INSEE Première*, n° 1488, février 2014, p. 3.

¹⁴⁵⁵ SOURISSEAU (Emmanuelle), BOCKLÉ (Johann), *La scolarisation à Mayotte par l'Éducation nationale (1975-2002)*, *Insee infos*, n° 15, février 2004.

¹⁴⁵⁶ INSEE, *Les difficultés face à l'écrit en langue française : Quatre jeunes sur dix en grande difficulté à l'écrit à Mayotte*, *Population*, n° 70, février 2014, pp. 3-4.

plus de 40 ans (55 %) et majoritairement de femmes (68 %) ¹⁴⁵⁷. En effet, « *La généralisation de la scolarisation a été plus tardive pour elles et ce retard perdure pour les jeunes générations : 28 % des femmes de 20 à 29 ans et 43 % des 30-39 ans n'ont pas suivi de scolarité, contre respectivement 7 % et 16 % des hommes. Ce n'est qu'à partir de la dernière génération des 16-20 ans que le taux de scolarisation des filles rejoint celui des garçons* » ¹⁴⁵⁸.

En outre, Mayotte ne dispose pas sur son territoire d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel (EPSCP) au sein duquel une école supérieure du professorat et de l'éducation (ESPE) pourrait être créée ¹⁴⁵⁹. L'ordonnance du 15 janvier 2015 ¹⁴⁶⁰, vise à inclure davantage Mayotte dans le droit commun. Elle concerne notamment le schéma mahorais de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation, mais aussi l'appellation consacrée à Mayotte : le mot « région » est remplacé par le mot « département de Mayotte ».

Des inégalités et discriminations étant constatées au sein des collectivités territoriales situées outremer quant :

- à l'importance du chômage, par rapport à la métropole ;
- à l'absence de moyens mis en œuvre, pour à réduire voire résorber le travail clandestin ;
- aux inégalités et discriminations largement établies dans le travail ;

Quelles solutions apporter, pour réduire ces inégalités, ces discriminations à travers un programme de lutte associant les AAI et des plans d'actions au niveau local ; une action plus élargie des ONG dont l'objectif est de faire respecter les normes relatives aux discriminations liées au travail qu'elles soient internationales, européennes ou internes, et une amélioration de l'action des ONG au niveau local.

¹⁴⁵⁷ INSEE, Les difficultés face à l'écrit en langue française : Quatre jeunes sur dix en grande difficulté à l'écrit à Mayotte, *Population*, n° 70, février 2014, *ibidem*, p 3.

¹⁴⁵⁸ INSEE, Un accès à l'enseignement plus tardif pour les femmes, http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?reg_id=27&ref_id=20788.

¹⁴⁵⁹ Conseil des Ministres, *Application à Mayotte, extension et adaptation dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie de la loi d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République*, Compte rendu, 25 septembre 2014, p.1.

¹⁴⁶⁰ Ordonnance n° 2015-25 du 14 janvier 2015 relative à l'application à Mayotte de la loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche (*JORF* n° 0169 du 23 juillet 2013, p. 12235) et de l'article 23 de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, (*JORF* n° 0055 du 6 mars 2014, p. 4848), *JORF* n° 0012 du 15 janvier 2015, p. 626.

CHAPITRE II

QUELQUES PISTES D'AMELIORATIONS POSSIBLES

En 2001, la Conférence mondiale contre le racisme¹⁴⁶¹ a produit le programme le plus complet de lutte contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée. La DDPA (Déclaration et le Programme d'action de Durban) adoptée par consensus lors de la Conférence de 2001 à Durban est un document pragmatique qui propose des mesures concrètes. Elle aborde un large éventail de problèmes de fond, et comporte des recommandations ambitieuses et des mesures pratiques. La DDPA incarne l'engagement ferme de la communauté internationale à lutter contre le racisme, la discrimination qui y est associée aux niveaux national, régional et international. Bien que la DDPA ne soit pas juridiquement contraignante, elle comporte une forte valeur morale et sert de base aux efforts de sensibilisation déployés dans le monde entier, pour lutter contre les discriminations notamment liée au travail.

Au niveau européen, dans le cadre de l'objectif « stratégie Europe 2020 », les États membres devront, établir des rapports concernant les progrès réalisés en termes d'objectif social, dans leurs programmes de réforme nationaux, avec la possibilité pour la Commission et le Conseil d'adresser des recommandations spécifiques à un pays. Pour contribuer aux objectifs de croissance intelligente, durable et inclusive de la Stratégie Europe 2020, les projets de règlements européens délimitent le champ d'action des fonds européens à 11 objectifs thématiques.

Les règlements encouragent par ailleurs une approche territoriale de l'intervention des fonds. Ils doivent concourir aux deux priorités transversales identifiées dans les règlements : le développement durable et la lutte contre les discriminations notamment¹⁴⁶². La stratégie renouvelée de l'UE en faveur des RUP devrait s'appuyer sur ces éléments. Certaines institutions peuvent jouer un rôle crucial en matière de promotion de l'égalité et de respect du droit au sein de collectivités territoriales situées outremer. Il s'agit des autorités administratives indépendantes telles que la commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)¹⁴⁶³, une institution nationale des droits de l'homme¹⁴⁶⁴ qui assure, auprès du Gouvernement un rôle de conseil et de proposition dans le domaine des droits de l'homme ; le défenseur

¹⁴⁶¹ ONU, *Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée*, Durban (Afrique du Sud), 31 août-7 septembre 2001.

¹⁴⁶² La Commission a adopté le 6 octobre 2011 un paquet législatif visant à établir le cadre réglementaire qui s'appliquera à la politique de cohésion pour la période de programmation 2014-2020, et à laquelle elle propose d'allouer 336 Milliards d'euros (en euros constants 2011) au titre du prochain cadre financier pluriannuel (2014-2020 : stratégie Europe 2020). Ce paquet législatif est notamment caractérisé par une volonté d'harmonisation des règles applicables à l'ensemble des cinq fonds européens en gestion partagée avec les Etats membres.

¹⁴⁶³ Loi n° 2007-292 du 5 mars 2007 relative à la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, *JORF* n° 55 du 6 mars 2007, p. 4215.

¹⁴⁶⁴ Résolution A/RES/48/134 de l'Assemblée générale des Nations unies du 20 décembre 1993, Institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme, adoptée le 4 mars 1994.

des droits¹⁴⁶⁵ qualifié d'autorité constitutionnelle indépendante¹⁴⁶⁶ qui veille au respect des droits et libertés et à la promotion de l'égalité¹⁴⁶⁷ ; le CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel)¹⁴⁶⁸, est qualifié d'autorité indépendante¹⁴⁶⁹ ; le Contrôleur général des lieux de privation de liberté,¹⁴⁷⁰ qualifié d'autorité indépendante¹⁴⁷¹. De même le rôle des ONG comme l'association MOM (Migrant outremer), un réseau de treize associations nationales domiciliées dans l'hexagone et de partenaires actifs en outremer (Guadeloupe¹⁴⁷², Guyane¹⁴⁷³, Martinique¹⁴⁷⁴, Mayotte¹⁴⁷⁵ et Réunion¹⁴⁷⁶) qui cherche à alerter sur les discriminations et sur les violations des droits de l'homme dont sont particulièrement victimes les migrants en outremer et à accompagner les luttes de ces migrants et de ceux qui les soutiennent ; Le GISTI (Groupe d'information et de soutien des immigrés), qui fait partie du réseau d'associations MOM est spécialisé dans le droit des étrangers.

Le constat est bien établi de l'existence d'inégalités et de discriminations dans les collectivités territoriales régies par l'article 73, du fait qu'il s'agit de populations noires, éloignées géographiquement de la France à laquelle néanmoins ils appartiennent, et qui sont parfois regardées comme des étrangers dans l'hexagone. Le respect du droit européen et international du droit de la non-discrimination lié au travail et le soutien aux victimes de ces discriminations, au sein des collectivités territoriales situées outremer implique, après avoir constaté la mise en place de plans d'actions locaux (I), mais aussi la nécessaire intervention tant des AAI (Autorités Administrative Indépendantes), que des ONG (Organisations Non Gouvernementales) (II) au niveau local et surtout la mise en place de politiques de compensation des inégalités et des discriminations (III).

I – UNE MEILLEURE DECLINAISON DES PRECONISATIONS ONUSIENNES ET LA MISE EN PLACE DE PLANS D' ACTIONS LOCAUX

Après avoir constaté l'inefficacité des dispositifs mis en place pour parvenir au respect des normes relatives aux discriminations liées au travail, l'approche « systémique » qui consiste à appréhender les « discriminations » comme faisant partie d'un système plus vaste, permet de porter les auteurs devant la

¹⁴⁶⁵ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits, *op. cit.*

¹⁴⁶⁶ Article 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, *ibidem.*

¹⁴⁶⁷ Article 71.1 de la Constitution du 4 octobre 1958, *op. cit.*

¹⁴⁶⁸ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), *JORF* du 1^{er} octobre 1986, p. 11755.

¹⁴⁶⁹ Article 3-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, *ibidem.*

¹⁴⁷⁰ Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *JORF* n° 253 du 31 octobre 2007, p. 17891.

¹⁴⁷¹ Article 1^{er} de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007, *ibidem.*

¹⁴⁷² Collectif contre la xénophobie, Amnesty, LDH (Ligue des Droits de l'Homme), Cimade (Comité Inter Mouvements Auprès Des Evacués).

¹⁴⁷³ Cimade, LDH, MDM (Médecins du Monde), RESF (Réseau d'Education Sans Frontières).

¹⁴⁷⁴ ASSOKA (Asosyasion solidarité Karaïb), UFM (Union des femmes de Martinique).

¹⁴⁷⁵ Solidarité Mayotte, Médecins sans Frontières.

¹⁴⁷⁶ LDH, MDM, RESF.

justice (A). Cependant des actions de préventions et de sensibilisation, en amont sont nécessaires dans le cadre de plans d'actions locaux (B).

A – UNE MEILLEURE MISE EN ŒUVRE DES PRECONISATIONS DES ORGANISMES PARA-JURIDICTIONNELS DES NATIONS UNIES

Compte tenu de l'existence d'inégalités et de discriminations dans le travail au sein des collectivités territoriales situées outremer, il semble nécessaire de mieux mettre en œuvre les dispositifs de soutien aux victimes devant le CDH (Comité des Droits de l'Homme). Le PIDCP consacre des droits dont la violation doit pouvoir faire l'objet de recours au niveau national¹⁴⁷⁷ ainsi que d'une communication interétatique¹⁴⁷⁸ ou individuelle (premier protocole facultatif au PIDCP¹⁴⁷⁹), devant le CDH au niveau international. Le CDH relève des situations contraires au PIDCP du fait de l'incompatibilité de la situation des étrangers dans les collectivités territoriales situées outremer avec le PIDCP (1). En outre une meilleure application dans la pratique des DESC dans les collectivités territoriales situées s'avère nécessaire (2).

1/ L'incompatibilité avec le PIDCP de la situation des étrangers dans les collectivités territoriales situées outremer

L'article 26 PIDCP interdit « toute discrimination de droit ou de fait dans tous les domaines relevant de l'autorité et de la protection des pouvoirs publics »¹⁴⁸⁰. Dès lors, le principe de non-discrimination énoncé ne vaut pas seulement à l'égard de la jouissance des droits garantis par le Pacte, mais aussi à l'égard de toute la législation d'un pays que celle-ci soit à caractère social ou non : si un Etat reconnaît certains droits sociaux ou offre certaines prestations sociales, il doit garantir la jouissance de ceux-ci sans discrimination aucune¹⁴⁸¹. Le principe de non-discrimination dans la jouissance des droits sociaux devient donc d'application immédiate et d'invocabilité directe.

Pour autant, l'interprétation audacieuse de l'article 26 est susceptible d'avoir une influence considérable sur la manière dont les législations sociales seront désormais examinées par le CDH.

L'examen fait par le CDH de la situation des collectivités territoriales situées outremer, révèle quelques traitements incompatibles avec le PIDCP.

¹⁴⁷⁷ Article 2 §3 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques.

¹⁴⁷⁸ Article 41 du PIDCP, *ibidem*.

¹⁴⁷⁹ Entré en vigueur le 23 mars 1976.

¹⁴⁸⁰ CDH, 9 avril 1987, Broeks, Danning, Zwaan-de Vries, n° 172/1984, 180/1984, 182/1984. CDH, Sélection de décisions prises en vertu du Protocole facultatif, vol. 2, octobre 1982-avril 1988, New-York, 1991, p. 215.

¹⁴⁸¹ CDH, Comm, 9 avril 1987, Broeks, Zwaan-de Vries c/ Pays Bas, n°s 172/1984 et 182/1984.

Concernant Mayotte, le CDH¹⁴⁸², félicite de ce que la France prévoit à présent le même âge légal du mariage pour l'un et l'autre sexe et l'interdiction de la discrimination entre enfants en matière d'héritage au motif du sexe ou du caractère légitime de la naissance.

Il note cependant que de très nombreux étrangers sans papiers et demandeurs d'asile sont retenus dans des locaux inappropriés (zones d'attente dans les aéroports et centres et locaux de rétention administrative)¹⁴⁸³. Le Comité est également préoccupé par des informations faisant état d'une situation d'entassement et d'insuffisance des installations sanitaires et de la nourriture et des soins médicaux inadéquats, dans les centres de rétention, en particulier dans les collectivités territoriales situées outremer. Les inspections indépendantes régulières de ces centres ne sont pas menées.

Par ailleurs, Le Comité note avec inquiétude « *la situation des mineurs non accompagnés placés dans de tels centres de rétention et les informations signalant l'absence de dispositifs garantissant la protection de leurs droits, et le retour en toute sécurité dans leur communauté d'origine* »¹⁴⁸⁴.

Cependant, L'article 4 du protocole n° 4 à la CEDH interdit des expulsions collectives d'étrangers. De même, Madame Francine GEMIEUX soutient dans sa thèse que « *les mécanismes ont prouvé leur capacité à accorder gain de cause aux individus victimes d'une violation imputable à l'Etat (...) l'analyse de la jurisprudence européenne laisse entrevoir une nouvelle présomption favorable à l'étranger membre d'un groupe en voie d'éloignement : il s'agit de la présomption d'expulsion collective* »¹⁴⁸⁵.

La loi du 16 juin 2011¹⁴⁸⁶ a profondément modifié les procédures d'éloignement sanctionnant le séjour irrégulier, tant sur le fond que sur la procédure. L'administration peut décider une OQTF (obligation de quitter le territoire français) après l'interpellation d'une personne en situation irrégulière ou lorsqu'elle refuse de délivrer un titre de séjour. Dans le cadre du recours en annulation, le tribunal administratif peut se prononcer dans un délai de 48 heures en ce qui concerne l'OQTF sans délai (refus de délivrance ou de renouvellement d'un titre de séjour, risque de fuite...), dans un délai de 72 heures selon que le requérant est libre ou en rétention¹⁴⁸⁷. Dans le cas d'un OQTF sans délai, ces personnes sont ensuite expulsées car la requête devant le tribunal administratif, n'interrompt pas la possibilité de l'éloignement¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸² Observations du CDH adressées à la France le 22 juillet 2008.

¹⁴⁸³ D'après l'article 7 (interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants).

¹⁴⁸⁴ Article 7, 10 et 13 du PIDCP.

¹⁴⁸⁵ GEMIEUX (Claude Francine), *La portée juridique des présomptions dans les systèmes européen et interaméricain de protection des droits de l'homme : contribution au renforcement de la personnalité internationale de l'individu*, Thèse de doctorat, sous la direction de JOS (Emmanuel), Université des Antilles et de la Guyane, Bruylant, 2006, 548 p.

¹⁴⁸⁶ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *ibidem*.

¹⁴⁸⁷ Article L. 512-1 du Ceseda.

¹⁴⁸⁸ Concernant l'article 13 du PIDCP relative à la protection des étrangers contre les expulsions arbitraires, le Gouvernement de la République française déclare que l'article 13 ne doit pas porter atteinte au chapitre IV de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France, ni aux autres textes relatifs à l'expulsion des étrangers en vigueur dans les parties du territoire de la République où l'ordonnance du 2 novembre 1945 n'est pas applicable. L'expression « en France » (article 2) désignait la Métropole et l'Algérie.

2/ Une meilleure application des DESC dans la pratique au sein des collectivités territoriales situées outremer

Le PIDESC reconnaît un certain nombre de droits dont la réalisation (nécessairement progressive, tributaire des ressources disponibles par chaque Etat et de la coopération internationale¹⁴⁸⁹) ne sera examinée que par le biais de rapports étatiques précisant les progrès accomplis et remis au Conseil économique et social¹⁴⁹⁰. Cette procédure incite les Etats à faire le point sur les progrès accomplis. Force est de constater que le rapport de la France, concernant Mayotte et la Guyane fait état de quelques méconnaissances de la situation des peuples autochtones. La France n'honore pas ses engagements dans l'outremer en particulier à Mayotte et en Guyane. Une erreur grossière fait affirmer à la France, dans son rapport que les populations qui vivent dans la forêt guyanaise sont « essentiellement des Amérindiens » ignorant que les populations Bushinengués¹⁴⁹¹ y sont dix fois plus nombreuses¹⁴⁹². Ils sont reconnus comme tels par l'association internationale GITPA¹⁴⁹³. De même, Contrairement à ce qu'elle écrit dans son rapport, sur le Parc Amazonien de Guyane : « ...sa création permet aux populations autochtones de maintenir et de valoriser leurs cultures sous leurs aspects matériels et immatériels tout en préservant les ressources naturelles qu'ils exploitent, dans le cadre d'une démarche participative en associant les autorités coutumières à la gestion du territoire »¹⁴⁹⁴.

De même, si en Guyane les « Marrons » ou « Bushinengués », populations issues de descendants d'esclaves qui ont obtenu leur liberté par des traités dès 1760¹⁴⁹⁵, sont bien associés aux rares programmes officiels en faveur des populations autochtones, ils sont représentés au conseil consultatif des populations amérindiennes et Bushinengués, constitué par décret du 17 juin 2008¹⁴⁹⁶ et cité par la France dans son rapport. Le rapport ignore leur participation à l'élaboration du programme des Intervenants en langue maternelle.

¹⁴⁸⁹ Article 2 § 1 du PIDESC.

¹⁴⁹⁰ Article 16 du PIDESC.

¹⁴⁹¹ Les Bushinengués (hommes de la forêt) et leurs sous-groupes, également appelés Marrons ou Noirs Marrons, sont l'ensemble des peuples descendants d'esclaves emmenés au Suriname pour travailler dans les plantations. Ils sont nés des grands mouvements de marronnage. Dès le XVII^{ème} siècle, ils prirent la fuite et négocièrent très tôt les conditions de leur liberté. Certains restèrent au Suriname mais d'autres vinrent en Guyane pour travailler en tant que piroguiers pour les orpailleurs, principalement les Saramacas, réputés pour leur technique de conduite de pirogues sur les fleuves Oyapock (fleuve frontalier entre le Brésil et la Guyane) et Approuague (fleuve est guyanais).

¹⁴⁹² 4^{ème} rapport sur la mise en œuvre du PIDESC, France, 2013 § 1.

¹⁴⁹³ Groupe International de Travail pour les Peuples Autochtones.

¹⁴⁹⁴ 4^{ème} rapport sur la mise en œuvre du PIDESC, France, 2013.

¹⁴⁹⁵ Cruellement poursuivis à l'occasion de véritables « chasses à l'homme », les groupes marrons des forêts Surinamiennes menèrent toutefois la vie dure à leurs anciens « propriétaires », créant un climat d'insécurité permanent. De ce fait, dans la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle, différents accords de paix furent conclus entre le pouvoir hollandais et les tribus de fugitifs. Le traité signé en 1760 avec les deux tribus dominantes, celles de Saramakas et des DJukas, fut suivi, en 1783, d'un traité conclu avec les Aluku-Nenges (tribu du Suriname voisin).

¹⁴⁹⁶ Décret n° 2008-562 du 17 juin 2008 relatif à la composition, à l'organisation et au fonctionnement du conseil consultatif des populations amérindiennes et bushinengués de Guyane, *JORF* n° 0141 du 18 juin 2008, p. 9863.

En outre, selon la Ligue des Droits de l'Homme¹⁴⁹⁷, la majorité de la population de Mayotte est considérée par la France comme « autochtone »¹⁴⁹⁸ alors que c'est à cette population-là que sont déniées dans le nouveau statut de département un grand nombre de droits, concernant l'accès à une identité, à la santé et à l'éducation et concernant le droit coutumier¹⁴⁹⁹. L'avis rendu en 2012 par le Conseil consultatif des populations amérindiennes et Bushinengués de Guyane sur la charte du Parc national de Guyane¹⁵⁰⁰ apporte un cinglant démenti. Il y est à nouveau rappelé que ce conseil est sans aucun moyen et dans l'incapacité de réaliser la moindre de ses missions. Il a rendu un avis défavorable sur le projet de charte du Parc suite à une insuffisance de reconnaissance des autorités coutumières, à une absence de garantie sur les intérêts des communautés vivant en dehors des limites de la zone cœur du Parc qui leur ont été imposées, alors qu'elles y ont leurs territoires ancestraux, et en ce qui concerne le « *partage, la gestion et l'usufruit des différentes zones* » en contradiction avec l'article 8j¹⁵⁰¹ de la convention sur la diversité biologique que la France a signée¹⁵⁰². Les difficultés pour la France, de respecter les droits reconnus par les pactes internationaux de 1966 dans ses collectivités territoriales situées outremer, n'est pas sans conséquence sur la reconnaissance des droits de ces peuples. La méconnaissance et la non-reconnaissance des peuples autochtones, ont une incidence sur ces peuples notamment pour trouver des moyens de répondre au mieux à leurs revendications : assurer librement leur développement économique et social, devenir acteur de leur besoin en matière d'emploi.

B – DES PLANS D' ACTIONS LOCAUX

Pour atteindre l'objectif de lutte contre les discriminations liées au travail, la stratégie d'intervention consiste à envisager des actions portant sur deux volets : une stratégie de communication ainsi que l'amélioration de la présence des catégories vulnérables de travailleurs dans l'emploi et la profession. L'existence d'un cadre juridique et institutionnel dédié à la mise en œuvre des normes anti-discriminations dans l'emploi et la profession offre sans nul doute un environnement très favorable à leur intégration dans les institutions, mais pour être effective, efficace et pérenne, cette intégration doit être

¹⁴⁹⁷ Gouvernement de la République française, *4^{ème} rapport périodique présenté par la France en vertu des articles 16 et 17 du PIDESC, conformément aux programmes établis par la résolution 1988/4 du Conseil économique et social*, mai 2013, § 1.

¹⁴⁹⁸ La France reconnaît notamment l'existence des peuples autochtones et les nomme : « *Les populations françaises autochtones qui vivent outremer* », dans son rapport de 2013, sur la mise en œuvre du PIDESC.

¹⁴⁹⁹ LDH, *Peuples autochtones en outremer : des engagements internationaux non respectés*, *La lettre outremer*, 9 mars 2015.

¹⁵⁰⁰ Ministère des Outre-mer, France, www.documentation.outre-mer.gouv.fr/Record.htm?idlist=84&record=19123984124919411669.

¹⁵⁰¹ « *Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques* ».

¹⁵⁰² Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992, entrée en vigueur le 29 décembre 1993, ratifiée par la France le 1^{er} juillet 1994.

sous-tendue par une stratégie clairement définie : une stratégie de communication et de sensibilisation des pouvoirs publics pour une meilleure intégration des catégories de travailleurs vulnérables (1) dans le but d'améliorer leur présence dans l'emploi et la profession (2).

1/ Une stratégie de communication destinée à sensibiliser les pouvoirs publics, pour une meilleure intégration des catégories vulnérables

Pour qu'elle soit efficace, cette stratégie de communication destinée à sensibiliser les politiques, doit toucher un large public. Pour ce faire, elle doit allier une action de prévention au niveau local, avec, par exemple l'IDHM (Institut des Droits de l'Homme de la Martinique) (a), une stratégie qui allie communication de masse et communication de proximité (b), une action des parlementaires pour porter les revendications au niveau national (c) ainsi qu'une action de groupe par le biais des syndicats (c).

a) Une action de prévention de l'IDHM

Le droit à la non-discrimination liée au travail, inscrit dans les principaux documents relatifs aux droits de l'homme tels que la DUDH, la CEDH, est un droit dont les motifs doivent être bannis. Ces motifs (racisme, antisémitisme) peuvent conduire à ce que les droits fondamentaux de l'homme soient bafoués. En ce qui concerne la Martinique, l'IDHM (Institut des Droits de l'Homme de la Martinique) est la principale association de réflexion et d'action en matière de Droits fondamentaux. Elle œuvre par tout moyen à la promotion et au respect des Droits de l'Homme, développe l'information et la formation relative à l'étude et à la défense effective des Droits de l'Homme ; favorise la formation et les échanges des praticiens des Droits de l'Homme ; renforce dans un but commun de protection des Droits de l'Homme les liens unissant ces praticiens ; participe et organise des actions de formation théorique et pratique, dans le domaine des droits de l'homme et des libertés publiques ; Organise des manifestations de toute nature et encourage la publication d'études, de travaux ou d'articles relatifs aux Droits de l'Homme.

b) Une stratégie qui allie communication de masse et communication de proximité

La stratégie de communication doit allier la communication de masse en s'appuyant sur les médias publics et privés et la communication de proximité basée sur une intervention plus ciblée en direction des différentes catégories vulnérables de travailleurs, les femmes, les handicapés ...

L'ensemble des techniques de diffusion collective doit être mis à contribution afin de s'adresser à un grand public par l'intermédiaire de la presse, du cinéma, de la radio, et la télévision, du livre, du disque, de l'affiche. Une communication de proximité, plus proche du public dans un but d'information du citoyen. Cette forme de communication cherche avant tout à toucher le public au plus proche du fait de son isolement et de sa vulnérabilité, de son incapacité à s'informer.

Les entreprises, établissements publics et parapublics ainsi que les entreprises privées doivent pouvoir relayer l'information et servir de support. La stratégie de communication doit être soutenue par une production conséquente de supports d'informations et la constitution d'une base de données sur le genre et les critères de discrimination interdite de l'ONU, de l'OIT, des normes européennes et nationales. Cette démarche a pour but de soutenir les séances d'information, et de sensibilisation.

c) Des revendications portées par les parlementaires au niveau national

Un partenariat devra être mis en place avec les parlementaires, les élus locaux, les partis politiques, les leaders d'opinions (chefs coutumiers et religieux pour ce qui est de la Guyane, de Mayotte), dont l'objectif est de porter les revendications au plus haut niveau de l'Etat. Les activités d'information, de sensibilisation, de mobilisation sociale devront cibler les travailleurs et les ménages, qui constituent des cibles privilégiées. En effet, le rôle des politiques ne peut se cantonner à la garantie et la promotion du respect de certains droits et libertés spécifiques. Ils doivent veiller à ce que leurs territoires d'élection ne soient pas des lieux d'exclusions. En tant que législateurs, les parlementaires ont le devoir de veiller à ce que les textes qu'ils proposent ou approuvent soient conformes aux valeurs et aux normes antidiscriminatoires prônées au niveau international européen et hexagonaux. De plus, pour le respect de ces valeurs et normes, ils ont le devoir de s'abstenir de tous propos discriminatoires et la responsabilité de les condamner publiquement, et de servir de relais politiques pour dénoncer les discriminations à travers les tribunes qui leur sont proposés tels que les fameuses questions au gouvernement.

d) Les actions de Groupe par le biais des syndicats

Rares sont les victimes de discriminations qui se tournent vers les tribunaux, par peur de représailles, par manque de moyens ou d'accès aux documents qui prouvent les inégalités. Les actions de groupe pourraient lever les obstacles. Un Projet de texte législatif déposé au Parlement à l'initiative d'un ou plusieurs parlementaires. prévoit la création (comme cela existe en droit de la consommation) d'une procédure d'action de groupe dans les cas manifestes et documentés de discrimination entre individus ou groupes d'après certains caractères particuliers (sexe, origine...) aboutissant à une inégalité. Les personnes s'estimant discriminées pourront saisir un syndicat dont le but est de défendre les droits et les intérêts sociaux, économiques et professionnels de ses adhérents. La procédure pourra viser des entreprises mais aussi le secteur public ou secteur regroupant toutes les activités économiques et sociales prises en charge par les administrations, les entreprises publiques et les organismes publics de Sécurité sociale. Le rôle du juge est de faire en sorte que l'entreprise prouve qu'elle n'a pas pratiqué de discrimination, faute de quoi elle sera considérée comme responsable. Une fois cette responsabilité reconnue, le juge définit le groupe de victimes, en fixe les critères de rattachement et détermine le montant des préjudices. Il en ordonne la publicité et fixe un délai (de deux à six mois) pour que les

personnes qui souhaitent appartenir à ce groupe y adhèrent. Une fois ce délai expiré, le juge établit la liste des personnes redevables à obtenir une réparation et fait appliquer la condamnation¹⁵⁰³.

Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et se proposant par ses statuts de lutter contre les discriminations, ainsi que toute organisation syndicale représentative au sens de l'article L. 2121-1 du code du travail, peut agir respectivement, soit devant la juridiction définie à l'article 15, soit devant les conseils de prud'hommes afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des personnes placées dans une situation comparable et ayant pour cause une discrimination directe ou indirecte au sens de l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 modifiée par la loi du 6 août 2012 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, qui soit imputable aux personnes physiques ou morales¹⁵⁰⁴. Les plans d'actions locaux sur le terrain, à la fois préventives et curatives sont nécessaires pour aider les victimes.

2/ Une amélioration de la présence des catégories vulnérables de travailleurs dans l'emploi et la profession

Il ressort que le chômage, mais surtout le sous-emploi, touche davantage les catégories vulnérables des travailleurs. Plus présents dans les emplois précaires, mal rémunérés, ils doivent être davantage sécurisés

(a). Si le juge administratif a d'ores et déjà consacré le concept de « discrimination positive » (a) L'élaboration d'indicateurs d'égalité (b), peut contribuer à mieux les sécuriser (c).

a) Une consécration par le juge administratif du concept de « discrimination positive »

C'est d'abord le Conseil d'Etat¹⁵⁰⁵, en tant que juge administratif, qui a consacré le concept de « discrimination positive » bien avant que l'expression fût utilisée. Par exemple, il a admis, dans les services publics, des tarifs réduits, soit pour des motifs sociaux (mineurs, invalides, personnes âgées), soit pour des motifs économiques (gros consommateurs). L'arrêt de principe concerne la police des jeux,¹⁵⁰⁶ dans lequel le juge exige deux conditions pour admettre la discrimination : la réglementation doit être plus sévère ; l'exception doit être justifiée par les « circonstances locales ».

Cette jurisprudence s'est développée et maintenue jusqu'aux années 2000 dans tous les domaines jusqu'au point d'admettre de nombreuses formes de « dérogations » à condition qu'elles correspondent à ces deux conditions et soient prévues par une loi ou un acte réglementaire¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰³ TIN (Louis-Georges), *Les actions de groupe*, entretien, Rivière-Salée (Martinique), 11 août 2015.

¹⁵⁰⁴ LE ROUX (Bruno), HAMMADI (Razzy), *Proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités*, rapport, n° 1699, Assemblée Nationale, 14 janvier 2014, p. 7.

¹⁵⁰⁵ CE Sect., 29 décembre 1997, Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre, n° 157425 et n° 134341, *rec.* p. 499 ; *AJDA*, n° 2, février 1998, p. 102.

¹⁵⁰⁶ CE Cont., 18 avril 1902, Commune de Nèris les Bains, Req. n° 04749, *Rec.* p. 275.

¹⁵⁰⁷ DRAGO (Roland), *La dérogation*, *AJDA*, mai 2001, pp 1-5.

Le Conseil constitutionnel devait consacrer pour la première fois, les différenciations positives à propos d'une loi permettant l'accès à l'Institut d'études politiques de Paris, d'élèves ne correspondant pas aux conditions normales de recrutement et en raison de motifs sociaux¹⁵⁰⁸ : « *Le conseil de direction de l'Institut d'études politiques de Paris détermine, par dérogation aux dispositions du troisième alinéa L. 612-3, les conditions et les modalités d'admission aux formations propres à l'institut ainsi que l'organisation des études, des premiers cycles à l'école doctorale. Il peut adopter des procédures d'admission comportant notamment des modalités particulières destinées à assurer un recrutement diversifié parmi l'ensemble des élèves de l'enseignement du second degré. Les procédures d'admission peuvent être mises en œuvre par voie de conventions conclues avec des établissements d'enseignement secondaire ou supérieur, français et étrangers, pour les associer au recrutement par l'institut de leurs élèves ou étudiants* »¹⁵⁰⁹.

b) L'élaboration d'indicateurs d'égalité

La mise en place d'indicateurs (par âge, sexe, type d'emploi, filière professionnelle, etc.) permettra de suivre la mise en œuvre des dispositifs et pouvoir identifier les sources de discrimination au sein des collectivités territoriales situées outremer.

Pour atteindre ces objectifs, Les actions telles que la mesure de la marginalisation par l'élaboration d'indicateurs d'égalité ou de non-discrimination ; la ventilation des données par sexe, origine (natifs d'outremer, français de l'hexagone ou étrangers de la Caraïbe/Océan indien ou d'ailleurs) ou éventuellement par zone géographique (capitale, communes) pour ce qui est des discriminations spatiale ; l'adoption de la pratique de l'établissement d'un baromètre de perception de la discrimination dans l'entreprise privée, et la fonction publique territoriale, hospitalière ou de d'Etat ; la mise en place des procédures objectives et transparentes de recrutement dans la fonction publique en général et dans les entreprises privées en particulier en privilégiant, notamment, les concours, les tests, etc. ; la consécration du testing comme méthode de détection de la discrimination et comme moyen de preuve¹⁵¹⁰.

¹⁵⁰⁸ CC, 11 juillet 2001, loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, n° 2001-450 DC, *JORF* du 18 juillet 2001, p. 11506, *Rec.* p. 82.

¹⁵⁰⁹ Article L. 621-3 inséré dans le chapitre 1^{er} du titre II du livre VI du code de l'éducation.

¹⁵¹⁰ Les magistrats ont mis un certain temps à admettre le testing comme moyen de preuve. En 2000, la CA avait été saisie après un testing dans des discothèques de la région de Montpellier, avait décidé que les résultats obtenus n'avaient pas « *valeur de preuve en justice* » (CA, 5 juin 2001, testing). La Cour de cassation, par un arrêt du 11 juin 2002, a cassé l'arrêt rendu par lequel la CA avait décidé que le testing pouvait être reçu en justice en vertu du principe de liberté de la preuve (Cass, crim., 11 juin 2002, Testing, pourvoi n° 0185559, *Bull. criminel*, 2002, n° 131, p 482. Depuis 2006, la loi sur l'égalité des chances (loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 (*ibidem*)) reconnaît le testing comme preuve. Le projet de loi sur l'égalité des chances du 18 janvier 2006 en son article 21 a légalisé « *la pratique des vérifications à l'improviste aussi appelée testing comme moyen de preuve d'éventuelles discriminations* ». Cette législation a été insérée dans le code pénal à l'article 225-3-1. Cette preuve peut être apportée via un procès-verbal de constat du délit de discrimination, dressé par un agent spécialement assermenté et habilité à cet effet par le procureur de la République (article 2 loi relative à la Halde, modifié). Le testing s'est aussi répandu dans les administrations et les entreprises, un groupe comme Peugeot Citroën allant jusqu'à réaliser un autotesting de discrimination à l'embauche pour tester son propre management : <http://www.discriminations.inegalites.fr/spip.php?article13>.

Des mesures d'actions correctives¹⁵¹¹ doivent être adoptées en faveur de certaines catégories de travailleurs particulièrement défavorisées : femmes, séropositifs (particulièrement discriminés dans les collectivités territoriales situées outremer), handicapés ; le renforcement des capacités des travailleurs sociaux en matière de détection des discriminations.

Ces indicateurs contribuent à établir et exposer les préjudices, fossés, inégalités et autres différenciations qui affectent les individus et/ou groupes protégés par la législation antidiscriminatoire et/ou couverts par les instruments antidiscriminatoires des politiques d'égalité des chances.

c) Une sécurisation des catégories vulnérables

Il faut reconnaître que l'exclusion des plus vulnérables au sein des collectivités territoriales situées outremer est une réalité. L'intégration par l'emploi, des jeunes, des seniors et des personnes en situation de handicap est difficile. Le ralentissement de l'économie particulièrement important dans ces collectivités territoriales occasionne des pertes d'emplois, et augmente dans le même temps, l'emploi vulnérable. La réalité des chiffres est très largement connue. Des taux de chômage bien supérieurs à 20% et qui dépassent 50% chez les jeunes.

Le Fonds social européen (FSE)¹⁵¹², est le principal outil qui permet à l'UE de traduire sa politique de l'emploi en actions concrètes. À des fins tant préventives que curatives, le Fonds fait usage de ses ressources afin d'améliorer les perspectives de ceux qui éprouvent les plus grandes difficultés pour trouver, conserver ou retrouver un emploi¹⁵¹³. Pour la période 2014-2020, les règlements européens mettent les fonds européens structurels et d'investissement au service de la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive. Ils visent à renforcer la performance des fonds et l'approche stratégique de leur programmation en coordonnant plus étroitement les politiques européennes notamment de Cohésion économique sociale et territoriale.

La lutte contre le chômage et l'ambition pour une jeunesse qui doit être formée en fonction des besoins des entreprises et du marché de l'emploi au niveau local, doit intégrer des actions de qualification et de requalification de ces publics vulnérables éloignés de l'emploi, en coopération avec Pôle Emploi, et visant principalement les TPE et les PME (l'écrasante majorité des entreprises en outremer en général).

¹⁵¹¹ Un guide réalisé conjointement par le Défenseur des droits et la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) intitulé « *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances* », constitue un outil à l'usage des acteurs de l'emploi qui souhaitent s'engager dans la mise en œuvre d'indicateurs fiables permettant de prévenir les discriminations et évaluer leurs actions en faveur de l'égalité de traitement sans enfreindre les règles en matière de collecte et de traitement de données sensibles. Ce guide se veut la déclinaison pratique des règles à respecter pour mesurer les éventuelles discriminations dans l'entreprise et évaluer les actions correctives mises en œuvre.

¹⁵¹² La stratégie Europe 2020 bénéficie non seulement aux acteurs économiques, entreprises et salariés, mais aussi aux jeunes, à l'éducation et la formation faisant partie des objectifs principaux.

¹⁵¹³ Depuis près de dix ans, les principaux programmes du FSE, Emploi puis ADAPT et maintenant EQUAL, ont été mis en œuvre dans tous les États membres notamment pour développer l'accès à l'emploi des groupes vulnérables et défavorisés. Les stratégies de ces programmes mettent l'accent sur l'établissement de partenariats, le soutien à la coordination, les approches intégrées, la lutte contre la discrimination et l'évaluation.

L'élévation du niveau de formation et de qualification des salariés les plus vulnérables et des demandeurs d'emploi est une priorité.

Ces actions doivent pouvoir sécuriser les parcours professionnels ; lutter contre l'illettrisme qui touche fortement Mayotte (d'où l'intérêt pour Mayotte d'avoir été intégrée au statut de RUP au 1^{er} janvier 2014), et observer les marchés de l'emploi sur une base territoriale, pour pallier aux difficultés de ces catégories.

A cet effet, face à la situation d'illettrisme particulièrement préoccupante sur l'ensemble des collectivités territoriales situées outremer¹⁵¹⁴, le ministre de l'outremer a signé une convention de partenariat avec l'ANLCI (Agence Nationale de Lutte contre l'Illettrisme) le 6 octobre 2015 afin de réduire de manière significative le nombre de personnes en situation d'illettrisme, et lutter contre l'exclusion.

C'est une question de justice sociale et d'efficacité économique. L'emploi décent doit demeurer une constante pour les catégories de travailleurs non encore vulnérables, au sein des collectivités territoriales situées outremer. L'ensemble des mesures doivent s'associer avec l'action des AAI et des ONG.

II – LA NECESSAIRE INTERVENTION DES AAI ET DES ONG

Les AAI s'appuient sur leur propre indépendance pour agir tant au niveau national que local.

Quant aux ONG¹⁵¹⁵, leur mission est plus large. Leur rôle consiste en un soutien aux victimes de discrimination, une surveillance régulière de la transposition correcte et dans les délais des normes minimales des directives et une mobilisation de l'exercice d'une pression sur les gouvernements si nécessaire ; ainsi que des actions de lobbying qui dans la plupart des cas, ne permettent pas aux ONG d'influencer directement l'allocation des fonds du FSE mais s'appuient sur le lobbying pour inciter les gouvernements à allouer des fonds à des mesures de lutte contre la discrimination ; favoriser le dialogue avec les autres ONG qui ont un intérêt légitime dans la contribution à la lutte contre la discrimination. Les ONG peuvent demander aux gouvernements de prendre en compte leur expertise en ce qui concerne la rédaction et l'intégration de politiques anti-discrimination. Divers réseaux transnationaux œuvrent contre les discriminations tels que *Euroquality* (experts juridiques, des organismes spécialisés nationaux de lutte contre les discriminations) ou des ONG de lutte contre le racisme¹⁵¹⁶.

Les AAI, de par leur indépendance, œuvrent pour la promotion de la diversité culturelle (A) et l'action des ONG est en tant qu'association à but non lucratif d'intérêt public, qui ne relève ni de l'État, ni d'institutions internationales, est nécessaire pour faire évoluer les pratiques locales (B).

¹⁵¹⁴ La situation y est plus problématique qu'en métropole. Les taux d'illettrisme sont beaucoup plus élevés : 20 % en Guadeloupe et en Guyane, 23 % à La Réunion, 14 % en Martinique et 58% à Mayotte, dans, DAMGE (Mathilde), JUBLIN (Matthieu), Qui sont les illettrés en France ?, *Le monde*, septembre 2014.

¹⁵¹⁵ Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *ibidem*, et n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *ibidem*.

¹⁵¹⁶ Le Réseau ENAR (European Network Against Racism), financé par L'Union Européenne.

A – LES AAI, DES ACTIONS DE PROMOTION DE LA DIVERSITE CULTURELLE

Les AAI jouent un rôle important en matière de non-discrimination et pour la promotion de la diversité (1). Il reste cependant beaucoup à faire pour la représentation des originaires des collectivités situées outremer dans l’audiovisuel (2).

1/ La promotion de la diversité

L’auto-saisine constitue l’outil principal des AAI en faveur de la lutte pour la promotion de la diversité (a). Il s’agit d’un outil qui confère un pouvoir quasi-juridictionnel (b).

a) Les modalités de saisine des AAI

L’auto saisine, même si elle peut poser des problèmes au regard de l’impartialité, qu’il convient de préserver, est un outil essentiel pour permettre aux AAI d’avoir une action continue. Mais elle n’a de sens que si elle est assortie des moyens concrets de son exercice. C’est pourquoi les informations doivent pouvoir être apportées à l’AAI, ou constituées par elle-même grâce à des services de veille ou d’enquête rendant le pouvoir d’auto-saisine effectif¹⁵¹⁷.

En outre, l’accès des associations aux AAI, notamment lorsque celles-ci sont dotées d’un pouvoir de sanction, conduit à une meilleure action des AAI, d’autant plus qu’il va de soi que celles-ci disposent du pouvoir de rejeter des requêtes infondées¹⁵¹⁸. L’on sait que le droit français demeure hostile à l’action des associations en raison du fait que l’intérêt collectif qu’elles défendent n’arrive guère à trouver sa place entre les concepts d’intérêt particulier, dont chacun a la charge, et l’intérêt général, dont les institutions publiques ont la charge. Une conception pragmatique pourrait conduire à favoriser leur action auprès des Autorités Administratives Indépendantes, dans le but, suffisant en lui-même, de favoriser l’action de celles-ci. Cela compenserait le fait que certaines associations, qui n’ont pas de place au sein des AAI¹⁵¹⁹,

¹⁵¹⁷ L’auto-saisine correspond à une volonté de l’AAI d’aller elle-même chercher les cas cruciaux. Ainsi, Monsieur Patrice GELARD souligne que la méthode préconisée par le Médiateur de la République consiste à « *aller vers les autres* » et à ne pas attendre d’être saisi des problèmes. L’AAI ne doit pas uniquement répondre à la demande, mais accroître son offre en allant là où l’accès aux droits est le plus problématique, dans, GELARD (Patrice), *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d’un objet juridique non identifié*, Tome 2, Rapport, n° 3166, Sénat, 15 juin 2006.

¹⁵¹⁸ GELARD (Patrice), *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d’un objet juridique non identifié*, Tome 2, Rapport, n° 3166, Sénat, 15 juin 2006, *ibidem*, p. 100.

¹⁵¹⁹ Insertion que les associations précisément ne revendiquent pas, préférant un large pouvoir de saisine. Ainsi Monsieur Alain BAZOT, président de l’UFC-Que Choisir souligne lors d’un entretien accordé en mars 2015, au journal *L’Echo Touristique* : « *Nous n’avons pas vocation à faire de la codécision. Il est difficile pour nous d’assumer la responsabilité d’une décision, notamment si nous avons été dans la minorité. Un tel système n’est pas sain. Nous faisons partie de la Commission des copies privées et cela nous pose problème, car nous ne savons pas où nous situer* ».

n'apparaissant à la rigueur qu'à travers des commissions consultatives. Cela serait d'autant plus pertinent pour les Autorités qui ne sont pas dotées d'un pouvoir d'auto saisine¹⁵²⁰.

b) Une influence juridictionnelle certaine des AAI

La nature même des pouvoirs exercés par les AAI, lorsqu'ils prennent la forme d'un pouvoir de sanction ou de règlement des différends en fait des autorités quasi-juridictionnelles¹⁵²¹. Le rapport est de nature coopérative, notamment parce que de nombreuses autorités, sont dotées du pouvoir de saisir les juridictions et y attachent une grande importance, et d'une façon plus générale parce que les deux types d'institutions appartiennent à l'Etat.

Le type de pouvoirs attribués aux AAI, a accru l'importance des juges dans l'action de l'Etat. Cette évolution, en décalage par rapport à l'organisation politique traditionnelle, tend à rapprocher notre système politique du système anglo-nord-américain¹⁵²².

Comme il a été indiqué en 2006, à l'occasion de l'examen des pouvoirs des AAI, elles sont dotées d'un pouvoir réglementaire (le CSA par exemple). Ce pouvoir permet une action plus directe sur les structures, soient sociales, soit économiques. Ce pouvoir réglementaire est souvent considéré comme l'un des plus importants parmi ceux dont ces autorités sont titulaires¹⁵²³. Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel¹⁵²⁴ en demande l'extension. Le Conseil constitutionnel a admis avec réticence cette délégation du pouvoir réglementaire, dont le Gouvernement est ainsi dessaisi¹⁵²⁵.

¹⁵²⁰ GELARD (Patrice), *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Tome 2, Rapport, n° 3166, Sénat, *ibidem*.

¹⁵²¹ Alain BAZOT, président de l'UFC Que Choisir, estime que : « *Le problème des AAI est qu'elles n'ont d'administratives que le nom. Elle deviennent totalement judiciaires, ce qui est une entorse à la séparation des pouvoirs* ». Ce n'est pas ainsi que les Autorités elles-mêmes se définissent, voire se ressentent, et l'on observe de nombreuses différences entre elles à ce propos. Ainsi, le président du Conseil de la concurrence affirme régulièrement que ce Conseil n'est pas une juridiction mais un régulateur général des marchés de biens et services, dans, GELARD (Patrice), *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, *ibidem*, p. 105.

¹⁵²² D'une façon générale, Monsieur Alain BAZOT donne sa préférence au système plus nettement mis en place en Grande-Bretagne, organisant à côté de l'Autorité et à son bénéfice un conseil composant des parties prenantes. On peut trouver en France un fonctionnement de ce type à travers le Défenseur des Droits, puisque celle-ci bénéficie d'un conseil consultatif, composé de personnes représentants des associations, des syndicats, des organisations professionnelles et toutes personnes ayant une activité dans le domaine de la lutte contre les discriminations et pour la promotion de l'égalité.

¹⁵²³ Ainsi, l'Autorité des Marchés Financiers estime que tous les instruments, qui lui permettent d'intervenir a priori et a posteriori selon les cas, sont bien entendus complémentaires et interdépendants. Ils participent tous à la régulation si bien qu'il semble difficile d'en privilégier un par rapport aux autres.

¹⁵²⁴ Le CSA, estime nécessaire d'être détenteur de pouvoirs réglementaires accrus ; en effet, sa marge d'intervention est aujourd'hui extrêmement restreinte par le grand nombre et la complexité des décrets d'application de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (*ibidem*) ; en outre, les domaines dans lesquels il dispose d'un pouvoir réglementaire sont résiduels : émissions électorales (article 16 de la loi), droit de réplique (article 54), émissions d'expression directe (article 55).

¹⁵²⁵ CC, 28 juillet 1989, loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, n° 89-260 DC, *JORF* du 1^{er} août 1989, p. 9676, *Rec.* p. 71 et CC, 23 janvier 1987, loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, n° 86-224 DC, *JORF* du 25 janvier 1987, p. 924, *Rec.* p. 8). Dans cette deuxième décision, selon le Conseil constitutionnel, la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence, est contraire à la Constitution.

2/ L'action des AAI : vers la représentation des ressortissants des collectivités situées outremer dans l'audiovisuel : l'exemple du CSA

Selon Monsieur Dominique BAUDIS (ex Président du CSA), « *Un compatriote venant d'outremer est plus discriminé qu'un compatriote originaire de l'Hexagone* »¹⁵²⁶. Une enquête de l'INSEE permet de mesurer les variations selon le groupe d'origine et leur situation en matière d'emploi notamment.

En matière de discriminations liées au travail, parmi les minorités¹⁵²⁷ et les personnes qui sont les fils ou les filles, tous les groupes ne sont pas « égaux ». Les plus visibles sont les premières à être victimes des discriminations. Près de la moitié des immigrés et fils et filles d'immigrés originaires d'Afrique subsaharienne¹⁵²⁸ déclare avoir vécu une discrimination dans les cinq dernières années, contre seulement 10 % de la population majoritaire¹⁵²⁹. Les personnes originaires des Collectivités territoriales situées outremer et leurs enfants nés en France métropolitaine déclarent une incidence comparable à celle originaires du Maghreb¹⁵³⁰.

Les Comités Territoriaux de l'Audiovisuel (CTA), au nombre de douze en métropole sont au nombre quatre dans les collectivités territoriales régies par l'article 73 dont une pour chaque collectivités territoriales situés dans les DFA, et une pour l'océan indien. Les CTA font parties intégrantes du Conseil. Présidé par un membre de la juridiction administrative, chaque CTA est composé, en outre, de six membres en métropole et d'un nombre compris entre quatre et six pour l'outremer¹⁵³¹. Ces membres sont désignés par le Conseil pour une durée de quatre ans renouvelable jusqu'à l'âge de 75 ans¹⁵³². Chaque comité comprend un secrétaire général(e) et un secrétaire-assistant ainsi que, pour la majorité des CTA, un agent technique spécialiste des problèmes de réception et de planification des fréquences. Tous trois sont placés sous l'autorité du président¹⁵³³.

Ils sont dotés d'une compétence consultative auprès du Conseil, dans le cadre de l'examen des dossiers lors des appels aux candidatures pour les radios et les télévisions locales, du contrôle du respect de leurs obligations par les titulaires d'autorisations, et d'une compétence décisionnelle¹⁵³⁴. La lutte pour la promotion de la diversité dans l'audiovisuel fait partie des missions du CSA, elle est d'ailleurs la

¹⁵²⁶ BAUDIS (Dominique), Les citoyens d'outremer plus discriminés que la moyenne, *Libération*, 1^{er} octobre 2013.

¹⁵²⁷ Appellation générique regroupant les immigrés, les personnes nées dans les collectivités d'outremer...

¹⁵²⁸ L'Afrique subsaharienne est aussi appelée Afrique noire car elle est principalement peuplée d'individus ayant la peau noire, par opposition à l'Afrique du Nord peuplé principalement d'individus à la peau blanche.

¹⁵²⁹ BEAUCHEMIN (Cris), HAMEL (Christelle), LESNÉ (Maud), SIMON (Patrick), Les discriminations : une question de minorités visibles, *Population & Sociétés*, n° 466, avril 2010, *op. cit.*, p. 3.

¹⁵³⁰ BEAUCHEMIN (Cris), HAMEL (Christelle), LESNÉ (Maud), SIMON (Patrick), *Les discriminations : une question de minorités visibles*, *ibidem*, p. 2.

¹⁵³¹ Il y en a deux dans les collectivités territoriales régies par l'article 73, dont un à Fort-de-France, qui concerne les régions Guadeloupe, Martinique et Guyane (mais aussi les collectivités de Saint-Martin et Saint-Barthélemy) ; le deuxième se situe à Saint-Denis de La Réunion et concerne La Réunion ainsi que Mayotte.

¹⁵³² <http://www.csa.fr/Le-CSA/Presentation-du-Conseil/Les-comites-territoriaux-de-l-audiovisuel>.

¹⁵³³ Décret n° 89-518 du 26 juillet 1989 relatif à l'organisation et au fonctionnement du CSA, *JORF* du 27 juillet 1989, p. 9364.

¹⁵³⁴ Décret n° 2011-732 du 24 juin 2011 relatif aux Comités Techniques (prévus à l'article 29-3 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication), *JORF* n° 0147, 26 juin 2011, p. 10880.

première des AAI à obtenir le label diversité (a). Il est nécessaire, dans le cadre de cette mission, d'améliorer la visibilité des collectivités territoriales situées outremer (b).

a) Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, un label diversité

Parmi les autres missions du CSA ainsi et par voie de conséquence des CTA, on trouve notamment une contribution aux actions en faveur de la cohésion sociale et à la lutte contre les discriminations dans le domaine de la communication audiovisuelle, et de veille, auprès des éditeurs de services de radio et de télévision, au respect de la diversité française dans la programmation¹⁵³⁵, et ce, dans l'ensemble du territoire français.

Le CSA a effectué en 2008 une étude sur la perception de la diversité¹⁵³⁶. Au-delà d'un simple état des lieux, l'objectif était de s'assurer d'une cohérence entre les principes exigibles en tant qu'autorité et ceux qu'il met en œuvre comme employeur. A la suite de cette étude, une campagne de sensibilisation a été menée au sein du Conseil et un certain nombre de préconisations ont été mises en œuvre, concrétisant la volonté affirmée du Conseil de promouvoir la diversité et la prévention des discriminations, dans le cadre notamment de la gestion de ses ressources humaines.

Les grandes orientations de l'action du Conseil portent sur : l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes dans les recrutements et dans les déroulements de carrière ; la promotion de l'emploi et de l'intégration des personnes en situation de handicap ; la diversité des âges.

De 2008 à 2011, de nombreuses mesures correctives et des actions d'information et de sensibilisation ont été menées sur ces sujets. Après la signature de la Charte sur la diversité¹⁵³⁷ en juillet 2011, le CSA a décidé d'inscrire davantage encore cette ambition dans la durée, en cohérence avec la mission confiée par la loi en faveur de la diversité dans les médias audiovisuels¹⁵³⁸ et a demandé à l'ensemble des collaborateurs du Conseil de s'engager en vue de l'obtention du label Diversité.

Le 29 novembre 2012, à travers la Commission de Labellisation Diversité, le Conseil a obtenu un avis favorable, reconnaissant la démarche engagée depuis plusieurs années pour promouvoir, à l'intérieur de l'institution comme dans les médias audiovisuels, une meilleure représentation de la diversité de la société française¹⁵³⁹.

¹⁵³⁵ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 relative à l'égalité des chances, *ibidem*.

¹⁵³⁶ MACE (Eric), *Etude de la perception de la diversité dans les programmes de télévision*, Observatoire de la diversité dans les médias audiovisuels du CSA, étude, 3 novembre 2008, 118 p.

¹⁵³⁷ Depuis la création en octobre 2004, de la Charte de la diversité (texte d'engagement moral plus que juridique), le CSA incite les entreprises à garantir la promotion et le respect de la diversité dans leurs effectifs. En signant cette Charte, ces entreprises s'engagent à lutter contre toute forme de discrimination et à mettre en place une démarche en faveur de la diversité.

¹⁵³⁸ La loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (*ibidem*) dont les articles 3-1 et 43-11 sont modifiés par l'article 56 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, (*JORF* n° 0179 du 5 août 2014, p. 12949) ; et loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 relative à l'égalité des chances, *ibidem*.

¹⁵³⁹ *La lettre du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*, n° 267, janvier 2013, p. 5.

L'avis favorable de la Commission de labellisation a été suivi de la certification délivrée par l'AFNOR. Il s'agit d'un acte de reconnaissance et de validation de la démarche et de l'engagement du CSA. Le 14 octobre 2013, il obtient le label diversité et devient ainsi la première des autorités administratives indépendantes à obtenir le label Diversité¹⁵⁴⁰.

b) Une nécessaire reconnaissance des ressortissants des collectivités territoriales situées outremer dans les médias

On assiste à une quasi absence des populations issues des collectivités territoriales situées outremer, dans l'audiovisuel. Ces Collectivités Territoriales situées outremer constituent pourtant un vivier culturel très riche et divers, forts de leur pluralité et de leurs identités. Une diversité culturelle qu'il est nécessaire de prendre en considération, valoriser et promouvoir. Les motifs pour lesquels cette population est discriminée sont avant tout liés à l'origine pour environ 37 %. Les originaires de l'outremer, leurs descendants et les descendants d'immigrés africains sont les plus exposés : plus de 40 % déclarent avoir fait l'expérience d'insultes¹⁵⁴¹.

Monsieur Louis-Georges TIN (Président du Conseil Représentatif des Associations Noires de France), ayant observé que 100 % des Français sont discriminables si l'on compte ensemble les femmes, les Noirs, les Arabes, les Juifs, les homosexuels, les jeunes, les vieux, les personnes en situation de handicap, etc..., constituant déjà 80% de la population totale, appelés à vieillir, peuvent être doublement discriminés en tant que tels, propose un pacte pour la diversité dans la sphère économique et politique¹⁵⁴².

En tant que puissants vecteurs de communication, les médias jouent un rôle primordial. Or, force est de constater que la visibilité des collectivités territoriales situées outremer est loin d'être satisfaisante. C'est un fait largement connu et reconnu, confirmé par les conclusions des États Généraux de l'outremer et de la mission sénatoriale sur la situation de collectivités territoriales situées outremer¹⁵⁴³.

Leur mal-représentation ainsi que leur sous-représentation dans les médias français, et notamment à la télévision, est un constat largement et régulièrement avéré¹⁵⁴⁴. Selon T. A. VAN DIJK qui travaille sur la relation entre racisme et médias, « *les médias, aujourd'hui aussi bien qu'il y a 50 ou 100 ans tendent à assimiler les étrangers, les immigrés, les réfugiés ou les minorités à un problème et s'y réfèrent par*

¹⁵⁴⁰ Le CSA obtient le label diversité, dans, *La lettre du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*, n° 267, *op. cit.*, p. 6.

¹⁵⁴¹ Informations Tirées de EBERHARD (Mireille), SIMON (Patrick), *Égalité professionnelle et perception des discriminations à la Ville de Paris*, INED, *op. cit.*

¹⁵⁴² TIN (Louis-Georges), *L'action du CRAN*, entretien, Rivière-Salée (Martinique), 11 août 2015, *op. cit.*

¹⁵⁴³ Le Conseil interministériel s'est réuni le 6 novembre 2009 et le Président de la République a annoncé 137 mesures pour les outremer, dont 71 mesures transversales à l'ensemble des collectivités, portant sur les huit grandes thématiques des États généraux (formation des prix, circuits de distribution et pouvoir d'achat ; les productions locales et les conditions d'un développement endogène ; les grands projets structurants et les conditions du Développement durable ; la rénovation du dialogue social et la formation professionnelle ; la gouvernance (évolutions institutionnelles locales et adaptation des administrations centrales) ; l'insertion des départements d'outremer dans leur environnement régional ; l'égalité des chances, la promotion de la diversité et l'insertion des jeunes ; l'identité, la culture et la mémoire).

¹⁵⁴⁴ BOYER (Henri). « Nouveau français », « parler jeune » ou « langue des cités » ? Remarques sur un objet linguistique médiatiquement identifié, dans, *Les mots des jeunes : observations et hypothèses*, *Langue française*, Volume 114, n° 1, pp. 6-15.

[eux] plutôt que comme une partie intégrante de [nous] »¹⁵⁴⁵. Ce constat comparé au phénomène des discriminations, fait écho à l'idée que les représentations télévisuelles rendent compte, à un moment donné, des tensions propres aux imaginaires collectifs nationaux. Ainsi, ces dernières années, les médias, et notamment la télévision, ont été constitués en France comme l'un des espaces privilégiés où se trouve posée la question du rapport entre la société majoritaire et ses composantes minoritaires, espace d'autant plus intéressant qu'il possède un double statut : à la fois enjeu de lutte et vitrine de celle-ci. Qu'est ce qui peut expliquer la persistance d'un certain « retard français » dans la représentation médiatique des groupes minoritaires ? La réponse permettra de mettre au jour des tendances plus larges du rapport de la société française aux questions minoritaires. Les « ressortissants » d'outremer ressentent alors une double frustration, en ce qui concerne d'une part la représentation simpliste et stéréotypée avec l'exemple largement connu de la publicité sur le chocolat Banania d'une part ; et d'autre part au niveau de la représentation c'est-à-dire de l'accès aux médias des individus et des œuvres issues des outremer. A partir de là comment les individus peuvent-ils s'identifier dans une société qui les ignore et surtout, quelles images d'eux-mêmes peuvent-ils avoir devant cette forme de rejet ?

B – UNE NECESSAIRE INTERVENTION DES ONG AU NIVEAU LOCAL

La LDH (Ligue des Droits de l'Homme) se propose de veiller au respect des droits en vigueur en France. Sa généralisation¹⁵⁴⁶ fait d'elle la plus connue et reconnue des organisations non gouvernementales de défense de droits de l'homme, grâce à son internationalisation et la création de diverses organisations, qui y sont rattachées. Toutes ont une assise internationale. Ce sont elles qui nous intéressent. Mais, elles ne sont pas les seules ONG de droits de l'homme présentes sur la scène internationale.

Depuis la fin de la Guerre Froide, le nombre d'ONG s'est multiplié. Elles sont désormais présentes partout où un semblant de liberté d'association a émergé, elles se sont installées, profitant des progrès de la démocratie et des indépendances nouvellement acquises. Cette prolifération d'ONG¹⁵⁴⁷ est également due au développement des techniques de l'information et de la communication, facilitant la mobilisation transnationale¹⁵⁴⁸.

¹⁵⁴⁵ NAYRAC (Magali), La question de la représentation des minorités dans les médias, ou le champ médiatique comme révélateur d'enjeux sociopolitiques contemporains, *Cahiers de l'URMIS (Unité de Recherche Migrations et sociétés)*, 13 octobre 2011, p. 13.

¹⁵⁴⁶ En 1920, le mouvement s'internationalise : les ligues se rassemblent en une Fédération internationale des droits de l'homme. Par la suite seront créés Amnesty International (AI, 1961), l'Association catholique pour l'abolition de la torture (ACAT, 1974), Reporters sans frontières (RSF, 1985), Human Rights Watch (HRW, 1988).

¹⁵⁴⁷ RUBICHON (Cécile), Les ONG de droits de l'homme sur la scène internationale : entre objectifs et résultats, dans, *Les acteurs de la mondialisation*, Séminaire, Université Lyon 2, Institut d'Etudes Politiques de Lyon, Année universitaire 2006-2007, p. 8.

¹⁵⁴⁸ VERGÈS (Françoise), *Abolir l'esclavage : une utopie coloniale*, Paris, Editions Albin Michel, 2001, chapitre 2 « Emergence d'un droit humanitaire ». Pour Françoise VERGES, « C'est la lutte pour l'interdiction de la traite puis pour l'interdiction de l'esclavage [...] qui constitue historiquement le premier exemple d'initiative non gouvernementale Transnational. ».

Parmi les 156 ONG ou associations présentes en France¹⁵⁴⁹, un certain nombre sont représentées dans les collectivités territoriales situées outremer. Il s'agit pour les plus importantes : d'Action contre la faim, du Centre d' Action Contre La Pauvreté et l'Exclusion, de la Croix Rouge française, d'Emmaüs, du Lions Club, de Médecins sans frontières, et du Secours catholique.

Les ONG participent à l'élaboration des normes, qu'elles utilisent ensuite comme des armes au service des droits de l'homme. Elles traquent les écarts entre engagements et pratiques, dénoncent les manquements des Etats signataires des conventions, stigmatisent les Etats non signataires. Elles savent les Etats sensibles à leur image et exploitent cette faiblesse. Mais, cette arme peut aussi se retourner contre elles car pour certains Etats, il n'est que l'émanation de l'idéologie occidentale, un outil au service de puissances qui voudraient imposer leur mode de pensée à la planète et auxquelles les ONG seraient alliées. S'agissant de l'invocabilité des normes internationales ou européenne par les particuliers, le concept de « justiciabilité », n'est invoqué que dans l'hypothèse où une norme est suffisamment précise pour constituer la base d'une décision du juge. Cette norme est alors justiciable et peut être invoquée par des particuliers. Autrement, si la norme est vague, imprécise, on ne saurait parler de justiciabilité à son égard.

Si à travers des pressions transnationales sur les Etats, l'action des ONG dans les collectivités territoriales situées outremer peut se révéler indispensable, et si, afin de garantir une meilleure application des législations nationales en matière de non-discrimination, certains pays candidats ont mis en place des formations en faveur des ONG (1), pour une meilleure assistance aux victimes, par des initiatives diverses¹⁵⁵⁰ (2). Une présence locale des ONG devra permettre d'amplifier les actions anti-discriminations liées au travail dans les collectivités territoriales régies par l'article 73 (3).

1/ Une formation des ONG pour une meilleure assistance aux victimes

Les formations à destinations des ONG pouvant intervenir au niveau local c'est-à-dire dans les collectivités territoriales régies par l'article 73 et devront être axées sur les législations internationales et nationales en vigueur dans ce domaine et sur les différents moyens de garantir leur application en vue de promouvoir la diversité (a) et afin de leur permettre d'apporter une meilleure assistance aux victimes (b)

¹⁵⁴⁹ <http://solidarites.info/liste-ong-humanitaires.php>.

¹⁵⁵⁰ Le 21 mars a été promulgué, par l'ONU, Journée internationale pour l'élimination de la discrimination raciale, donnant lieu depuis plusieurs années, à la « Semaine de lutte contre le racisme ». Celle consacrée au lieu de travail (2014) a été l'une des campagnes les plus réussies de la Commission pour l'égalité en termes de publicité et de mise en lumière de son profil. La campagne qui a lieu chaque année est une initiative organisée par la Commission pour l'Egalité en association avec des organisations partenaires clés, composées d'employeurs, de syndicats et des groupes de la minorité ethnique. Le principal enjeu consiste à sensibiliser les consciences sur le thème du racisme sur le lieu de travail et à encourager des stratégies pour réaliser l'égalité des chances parmi une main d'œuvre culturellement diverse.

a) Une formation à la non-discrimination et à la gestion de la diversité

Comme on l'a vu supra, si les directives européennes¹⁵⁵¹ ont largement contribué à la mise en place de protections juridiques contre la discrimination, elles ne peuvent à elles seules garantir une avancée radicale en matière d'égalité des droits dans la pratique. Les séminaires de formation pour les ONG et les syndicats sont un instrument supplémentaire pour parvenir à cette fin. Une première série de séminaires destinés à accroître les capacités des ONG nationales dans le domaine de la non-discrimination au sein des pays (à l'époque) candidats à l'Union européenne a été organisée dans le cadre du programme d'action de l'Union européenne de lutte contre la discrimination mis en œuvre entre 2001 et 2006¹⁵⁵². Dans leurs recommandations, les partenaires de projets avaient souligné la nécessité de poursuivre la formation des organisations locales (ainsi que l'avaient exprimé la plupart des coordinateurs nationaux/participants) de l'étendre aux Etats membres et de cibler d'autres acteurs concernés. Ainsi, entre l'automne 2006 et le printemps 2008, un nouveau programme de formation a été mis en place par la Commission européenne dans le cadre du programme Progress¹⁵⁵³.

Le programme de formation à la non-discrimination et à la gestion de la diversité a été conçu autour de deux éléments : la non-discrimination et la gestion de la diversité. Le volet gestion de la diversité visait les organisations d'employeurs, les chefs d'entreprise et les représentants de sociétés, tandis que le volet non-discrimination s'attachait à renforcer les capacités des ONG et des syndicats dans le domaine de la lutte contre la discrimination. Ce dernier élément incluait des activités telles que la mise à jour du manuel de formation élaboré dans le cadre de la première série de séminaires, la création et la consolidation d'équipes de formateurs nationaux et l'organisation de séminaires internationaux intitulés : « former le formateur ». Il couvrait également l'organisation de deux séminaires nationaux de deux jours destinés aux ONG dans les 28 Etats membres¹⁵⁵⁴.

b) Une meilleure assistance aux victimes de discriminations

Deux exemples de bonnes pratiques expliquent la façon dont les ONG en Europe assistent les victimes de discriminations. Un domaine dans lequel des instruments particulièrement intéressants ont été mis au point pour promouvoir l'égalité est celui de la discrimination à l'encontre des Roms. Les directives européennes en matière de non-discrimination, octroie aux ONG le droit d'intenter des recours collectifs¹⁵⁵⁵. Celles-ci sont ainsi habilitées à dénoncer toute forme de discrimination en leur nom propre

¹⁵⁵¹ La Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, *ibidem*.

¹⁵⁵² Le programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination a été remplacé par Progress.

¹⁵⁵³ L'objectif est le soutien financier à la réalisation des objectifs définis dans l'agenda social de l'Union européenne dans les domaines de l'emploi, de l'égalité des chances... Le programme d'action communautaire anti-discrimination soutenait les études en matière de discrimination, des réseaux et organisations œuvrant à la promotion de l'échange d'informations et de bonnes pratiques à travers l'UE, ainsi que des initiatives destinées à sensibiliser les populations, à les informer de leurs droits et obligations légaux et à s'attaquer aux attitudes et comportements discriminatoires.

¹⁵⁵⁴ L'UE compte 28 Etats membres au 1^{er} juillet 2013 (avec la dernière adhésion de la Croatie).

¹⁵⁵⁵ Voir les articles 11 et 12 de la directive 2000/43/CE et les articles 13 et 14 de la directive 2000/78/CE, *ibidem*.

et à ester en justice pour des affaires liées à des cas de discrimination. Les organismes de lutte contre les discriminations peuvent lancer des initiatives en faveur de l'égalité des personnes LGBTI en partenariat avec des associations LGBTI¹⁵⁵⁶, afin de contribuer au développement de leurs objectifs et actions. Les connaissances dont disposent les personnes LGBTI et leurs associations renforcent le potentiel et l'impact de ces initiatives. Pour l'organisme, la relation ainsi créée entre lui et la communauté LGBTI améliore sa crédibilité et établit un climat de confiance avec elle. A cet effet, le Défenseur des droits a intercédé en faveur de plusieurs associations LGBT afin de leur permettre de recevoir des autorisations et d'intervenir dans les écoles publiques sur les questions liées à l'homophobie et la lutte contre les discriminations à l'école et de proposer aux jeunes des aides et informations quant à leur orientation sexuelle.

2/ L'action indispensable des ONG : en matière d'assistance aux victimes, dans les collectivités territoriales situées outremer

La Ligue des droits de l'homme, est l'une des principales ONG d'envergure internationale. La vocation de la FIDH est d'agir concrètement pour le respect de tous les droits définis par la Déclaration universelle des droits de l'Homme et par les autres instruments internationaux de protection des droits humains. C'est une organisation créée en 1922 par quelques ligues de défense des droits de l'Homme, sur dans une grande partie du monde¹⁵⁵⁷. Présent dans les collectivités territoriales situées outremer : Océan Indien¹⁵⁵⁸ et DFA¹⁵⁵⁹, elle œuvre principalement au respect des normes internationales et européennes, au niveau local. La FIDH figure, à sa demande, sur la liste des ONG habilitées à déposer des réclamations collectives. La ligue des droits de l'homme est dotée de juristes spécialisés, dont le rôle est la défense de tous les droits, individuels et collectifs, civils, politiques et sociaux. Le droit à la saisine collective et la procédure de plainte collective¹⁵⁶⁰ devant le Comité d'expert est l'une de ses principales armes (a) mais leurs actions méritent d'être développées au niveau local (b).

a) Un droit à la saisine collective et la procédure de plainte collective

Depuis plusieurs années, la Commission européenne contribue au renforcement des capacités des ONG dans tous les Etats membres via de vastes programmes de formation sur les questions liées à la non-

¹⁵⁵⁶ Lesbiennes, gays, bisexuels et trans. LGBT est un terme utilisé pour désigner les personnes non hétérosexuelles et, ou cisgenres ou cissexuels (types d'identité de genre où la perception du genre d'une personne par elle-même correspond au sexe qui lui a été attribué à la naissance). Cette expression peut désigner les personnes mais également des organisations. « LGBT » est parfois complété par la lettre I pour inclure les personnes intersexuées ou Q pour Queer (de l'anglais « étrange », « peu commun »), souvent utilisé comme insulte envers les gays, lesbiennes, transsexuels.

¹⁵⁵⁷ Depuis le congrès d'Istanbul, en mai 2013, 178 ligues sont membres dans plus de 100 pays.

¹⁵⁵⁸ A La Réunion, il s'agit de la « Maison du quart monde et des droits de l'homme ».

¹⁵⁵⁹ A la Martinique, il s'agit de l'IDH (Institut des Droits de l'Homme).

¹⁵⁶⁰ Protocole à la CSE du 22 juin 1995, prévoyant un système de réclamations collectives auprès du CEDS, ouvert à la signature le 9 novembre 1995, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1998.

discrimination. Elles octroient aux ONG le droit d'intenter des recours collectifs. Celles-ci sont ainsi habilitées à dénoncer toute forme de discrimination en leur nom propre et à ester en justice pour des affaires liées à des cas de discrimination.

Concernant la Charte Sociale Européenne, plusieurs protocoles sont venus compléter et améliorer les mécanismes visant à faire appliquer les dispositions de la CSE, dans les Etats membres. Le protocole, adopté le 22 juin 1995¹⁵⁶¹ par le Comité des ministres, reconnaît un droit à la saisine collective d'un Comité d'experts indépendants. Il permet aux ONG habilitées¹⁵⁶² de jouer un rôle prépondérant dans le contrôle du respect de ces droits en Europe en enclenchant une procédure de plainte contre un Etat¹⁵⁶³.

Les réclamations peuvent être introduites par les organisations internationales et nationales d'employeurs et de travailleurs¹⁵⁶⁴ et d'autres organisations non gouvernementales internationales et nationales expressément habilitées : elles doivent être « *dotées du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe et inscrites sur la liste établie à cet effet par le Comité gouvernemental* »¹⁵⁶⁵. Elles doivent en outre être « qualifiées » dans le domaine sur lequel porte la réclamation. Les ONG nationales sont soumises à des conditions supplémentaires puisque l'Etat contre lequel la réclamation est dirigée doit leur avoir reconnu ce droit au préalable, et qu'elles doivent être « représentatives »¹⁵⁶⁶.

La réclamation est examinée tout d'abord par le Comité d'experts indépendants qui, après s'être prononcé sur la recevabilité, procède à un examen des arguments et des informations soumis par les deux parties concernées, ainsi que par les autres parties contractantes au protocole. Le Comité rédige ensuite un rapport contenant en particulier des conclusions sur le respect ou non de la Charte par l'Etat mis en cause. Ce rapport est alors transmis au Comité des ministres et rendu public au plus tard dans les quatre mois suivants.

Sur la base de ce rapport, le Comité des Ministres adopte une résolution, et, si les conclusions du Comité d'experts indépendants sont négatives, adresse une recommandation à l'état mis en cause. Ce dernier doit

¹⁵⁶¹ Pour un commentaire, voir SUDRE (Frédéric), Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, *RGDIP*, 1996, *op. cit.*, pp. 715-739.

¹⁵⁶² Article 1^{er} du protocole du 22 juin 1995 (*op. cit.*) : elles doivent être « *dotées du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe et inscrites sur la liste établie à cet effet par le Comité gouvernemental* ».

¹⁵⁶³ L'objectif de cette procédure est d'améliorer le mécanisme de surveillance de la CSE en permettant de déposer des plaintes collectives sur les violations. Les plaintes doivent faire état d'une application non-satisfaisante de la Charte et peuvent invoquer les dispositions de la 2^{ème} partie de la Charte, le Protocole de 1988, ainsi que la Charte révisée ratifiée par l'Etat membre, les aspects procéduraux stipulés à la 3^{ème}, 4^{ème}, 5^{ème} ou 6^{ème} partie et la première partie, dans certains cas très graves. Les plaintes doivent être relatives à une situation collective, point qui diffère de la CEDH, qui prévoit une procédure de plainte pour les personnes dont les droits ont été violés. Les représentants des organisations nationales d'employeurs et les syndicats ont le droit de déposer plainte contre leur gouvernement.

¹⁵⁶⁴ Article 27-2 du Protocole du 22 juin 1995, *ibidem*.

¹⁵⁶⁵ Article 1^{er} du protocole du 22 juin 1995, *ibidem*.

¹⁵⁶⁶ CE, 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 25 septembre 2013, Association Société française pour le droit de l'environnement, n° 352660, *Rec. Lebon*. Le CE rappelle, le critère de représentativité énoncé au dernier alinéa de l'article L. 141-3 du code de l'environnement, précisé au 1 de l'article R. 141-21 du même code, que le nombre de membres à jour de leur cotisation doit être supérieur à 2000 et le nombre de donateurs, supérieur à 5000.

fournir des informations sur les mesures qu'il aura prises pour donner effet à la recommandation du Comité des ministres dans le prochain rapport qu'il adressera au Secrétaire général¹⁵⁶⁷.

b) Un développement timide de l'action des ONG en faveur des victimes de discriminations

L'action des Organisations Non Gouvernementales dans la lutte contre les discriminations dans l'emploi se développe mais son action reste timide au vu des objectifs à atteindre. Cela se manifeste par une action qui peut être qualifiée de « prudente » compte tenu de la fréquence des discriminations.

Beaucoup d'ONG habilitées jouent pour l'instant la prudence : il s'agit avant tout de tester la procédure, en déposant des réclamations « sûres », qui s'appuient le cas échéant sur des recommandations déjà formulées par le Comité des Ministres. Il faut permettre au système de se développer, de se renforcer, et d'asseoir sa crédibilité et donc son utilité. La première tâche des ONG est en effet de « nourrir » le système de nouvelles réclamations afin de donner au Comité d'experts les moyens de développer une véritable jurisprudence.

Dans un second temps, il conviendra de faire preuve de plus d'audace en utilisant cette procédure dans ce qu'elle a d'unique : la possibilité de questionner un Etat sur ses « pratiques » et non sur sa seule législation¹⁵⁶⁸.

D'immenses possibilités de réclamations¹⁵⁶⁹ sont offertes aux ONG car la France qui a ratifié ce Protocole dispose de législations sociales très avancées mais la mise en œuvre de ces dispositions « en pratique » au sein des collectivités territoriales régies par l'article 73, est problématique. De même, les procédures quasi-juridictionnelles sont inefficaces.

Depuis plusieurs années, la Commission européenne contribue au renforcement des capacités des ONG et des syndicats dans tous les Etats membres via de vastes programmes de formation sur les questions liées à la non-discrimination¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁷ Article 21 de la CSE.

¹⁵⁶⁸ GREVISSE (Suzanne), *Le renouveau de la Charte sociale européenne*, *Droit social*, 2000, pp. 884-887.

¹⁵⁶⁹ Réclamation n° 92/2013 Association pour la protection des enfants (APPROACH) c/ France, 4 février 2013 ; L'organisation réclamante allègue que la France ne respecte pas ses obligations au titre de l'article 17 (droit de la mère et de l'enfant à une protection sociale et économique) de la CSE en raison de l'absence d'interdiction explicite et efficace de tous les châtimements corporels infligés aux enfants dans la famille, les écoles et autres cadres, et parce que la France n'a pas agi avec la diligence voulue pour éliminer de tels châtimements dans la pratique.

¹⁵⁷⁰ Commission européenne, *Le rôle des ONG et des syndicats dans la lutte contre les discriminations*, Office des publications de l'Union européenne, 2009, p. 4. L'UE a clairement reconnu le rôle essentiel des ONG et des syndicats et multiplie ses actions de soutien en leur direction contre la discrimination. En 2007 et 2008, la Commission européenne a organisé et financé une série de séminaires de formation nationaux dans tous les Etats membres ainsi qu'en Turquie, dans le cadre desquels 1100 membres d'ONG et près de 300 membres de syndicats ont reçu une formation sur les législations nationales en matière de non-discrimination et sur leur mise en application. Ces séminaires, qui se sont avérés très utiles, ont permis de sensibiliser les différents participants aux opportunités et défis auxquels doivent faire face les ONG et les syndicats actifs dans la lutte contre la discrimination en Europe.

3/ Une présence locale des ONG

La présence locale des ONG à travers les délégués territoriaux (a) pourrait peser sur les institutions locales dans le cadre d'une étroite collaboration, afin de mieux lutter contre les discriminations liées au travail (b).

a) Les délégués territoriaux

La lutte contre les discriminations passe d'abord par les lois et réglementations européennes, nationales, régionales ou locales. Les ONG, grâce à leur présence sur le terrain, leurs contacts privilégiés avec les populations immigrées ou leur rôle de défense des droits de l'homme, doivent assurer un rôle de veille permanente du bon respect de ces lois et règlements et, le cas échéant, dénoncer leur non-respect.

Les ONG d'insertion et de défense des droits des populations sont souvent en première ligne lors de l'élaboration de plans d'action¹⁵⁷¹. Il importe dès lors qu'elles cherchent systématiquement à nouer des contacts et des partenariats avec des entreprises (marchandes ou non marchandes) et les représentants de leurs travailleurs afin de les sensibiliser aux problèmes des populations ainsi qu'aux solutions possibles dont ils pourraient être acteurs. Veiller à donner l'exemple et à intégrer dans leurs instances de décision et de consultation ainsi qu'au sein de leurs propres équipes de travailleurs, des femmes et des personnes issues des Collectivités Territoriales régies par l'article 73 de la Constitution. Informer et diffuser auprès des associations d'ONG les avantages engendrés par le travail en partenariat avec les entreprises, les organisations de travailleurs et les publics cibles. Il s'agit également de promouvoir la constitution et le développement d'associations, les soutenir en leur faisant profiter d'une expérience associative et les inviter à rejoindre ou créer des partenariats au niveau local.

b) Une étroite collaboration avec les institutions locales

L'implication actives pouvoirs publics, ONG et syndicats, dans l'élaboration des politiques de promotion de l'égalité en tant qu'acteurs clés peuvent être à l'origine d'initiatives pour soutenir les ONG et les syndicats dans leurs activités en faveur de la non-discrimination. La législation européenne reconnaît explicitement l'importance de leur rôle dans la lutte contre la discrimination. La directive 2000/43/CE du Conseil et la directive 2000/78/CE du Conseil indiquent clairement à quel point la contribution des ONG et des syndicats est importante dans ce domaine¹⁵⁷². En 2008, la Commission a présenté une proposition de nouvelle directive en faveur de l'égalité, qui s'étend à la protection contre la discrimination aux

¹⁵⁷¹ Programme d'actions gouvernemental contre les violences et les discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, du 31 octobre 2012. A l'étranger, un plan d'action en dix points a été adopté à Nairobi le 20 septembre 2006, par la coalition africaine des villes contre le racisme et la discrimination.

¹⁵⁷² Voir les articles 11 et 12 de la directive 2000/43/CE et les articles 13 et 14 de la directive 2000/78/CE.

domaines autres que le marché du travail¹⁵⁷³. L'Union européenne soutient en outre toute une série de mesures de lutte contre la discrimination, qui vont du financement de projets pour la promotion de campagnes de sensibilisation et d'information en passant par la réalisation d'études. Le programme Progress mis en place par l'UE a largement contribué au financement de nombreux projets d'ONG et de syndicats¹⁵⁷⁴. Les ONG et les syndicats ont assurément un rôle important à jouer. Les exemples montrent clairement qu'une coopération plus étroite entre ces deux acteurs (y compris au niveau transfrontalier) ainsi qu'avec les autres acteurs clés comme les organismes de promotion de l'égalité¹⁵⁷⁵, les organisations d'employeurs et les pouvoirs publics peuvent faire évoluer les choses et doper les efforts déployés pour promouvoir l'égalité pour tous.

III – LA MISE EN PLACE DE POLITIQUES DE COMPENSATION DES INEGALITES ET DES DISCRIMINATIONS

La mise en place de politiques favorisant la promotion des populations issues de collectivités territoriales situées outremer doit passer par une meilleure intégration de ces populations dans l'emploi (1), dans le cadre d'une « approche intégrée » destinée à combattre les discriminations territoriales (2). Le Conseil constitutionnel a d'ores et déjà reconnu les mesures de « discriminations positives territoriales », dans les collectivités d'outremer en général qui semble présager une possible mise en place de politiques de discriminations positives au sein de ces territoires (3).

1/ Vers un développement des politiques favorisant les populations issues des collectivités territoriales situées outremer

Le fait que les magistrats et hauts fonctionnaires de l'Etat sont majoritairement métropolitains au sein des collectivités territoriales situées outremer, ne peut être imputé à la persistance d'une situation coloniale car il s'agit avant tout des conséquences quantitatives d'une simple logique minoritaire. Cependant cela contribue à donner l'image consciente ou inconsciente que les postes importants ne peuvent être occupés que par les métropolitains. Par ailleurs pendant de nombreuses décennies les chaînes de télévision ont « dévalorisé » dans les collectivités territoriales situées outremer notamment

¹⁵⁷³ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=649&langId=fr>.

¹⁵⁷⁴ Selon Roland BLUM (Député et adjoint au Maire de Marseille), les subventions validées en 2008 au sein du ministère des Affaires étrangères et européennes sont de 50,98 millions d'euros. Plus de 55 % du montant total de ces subventions, ont été accordés à 170 demandes présentées par la mission d'appui à l'action internationale des ONG, soit une moyenne d'environ 300 000 euros par dossier.

¹⁵⁷⁵ L'organisme national de promotion de l'égalité (les directives prévoient uniquement qu'il exerce ses compétences et pouvoirs de manière indépendante) est une entité établie sur la base des directives CE et chargée de fournir une assistance indépendante aux victimes de discriminations, de mener des études indépendantes sur la discrimination, de publier des rapports indépendants et de formuler des recommandations sur tout sujet lié aux discriminations dans son pays. Pour de plus amples informations, voir le Réseau européen des organismes de promotion de l'égalité, qui favorise la coopération et facilite les échanges d'informations et de bonnes pratiques entre les différents organismes.

l'image du noir. Depuis les années 2000, les mesures destinées à réduire les discriminations, ont permis d'intégrer dans l'audiovisuel, une France représentative de sa population, comme il a été évoqué. On a ainsi vu apparaître sur les écrans des personnalités originaires des collectivités territoriales situées outremer. Dès lors, l'établissement de quotas, proportionnels aux différentes composantes de la société au sein des collectivités territoriales régies par l'article 73 ou dans l'hexagone¹⁵⁷⁶ est une mesure concrète destinée à réaliser des actions positives et favoriser l'accès des natifs des collectivités territoriales situées outremer dans l'audiovisuel¹⁵⁷⁷.

Il semble tout aussi important de les favoriser dans l'emploi en général, compte tenu du chômage qui sévit dans ces collectivités. L'article 74¹⁵⁷⁸ de la Constitution reconnaît le droit aux collectivités territoriales d'outremer dotées d'autonomie de pratiquer la préférence régionale, de prendre des mesures justifiées par les nécessités locales, en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle notamment. Ce principe a été introduit à titre exceptionnel en Nouvelle-Calédonie en 1998, puis étendu à la Polynésie française en 2004 et à Saint-Barthélemy en 2007. A la Réunion, en raison de la crise économique qui frappe ce territoire, la préférence régionale est invoquée depuis une quinzaine d'années comme un moyen de favoriser l'embauche des Réunionnais. En fait, de plus en plus d'élus locaux suggèrent que les Réunionnais deviennent responsables de l'emploi dans leur pays. Certes, la préférence régionale a été étendue dans les collectivités d'outremer dotées de l'autonomie par l'article 74 de la Constitution, réécrit par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Les actions positives, la préférence régionale en matière d'embauche, devront être associées à des programmes au niveau local pour que les actions en faveur de la lutte contre les discriminations liées au travail, aient plus de chance d'aboutir.

¹⁵⁷⁶ C'est ainsi pour les concours d'accès aux fonctions publiques auxquels tous les citoyens sont admissibles, « *Selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* » (article 6 de la DDHC) ; la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 (*op. cit.*) prévoit que « *les jurys de concours soient composés de façon à concourir à une représentation équilibrée des femmes et des hommes* » ; la loi de modernisation sociale (*ibidem*) a repris la même disposition sur les jurys en matière de valorisation des acquis professionnels ; le décret n° 2002-766 du 3 mai 2002 relatif aux modalités de désignation, par l'administration, dans la fonction publique de l'Etat, des membres des jurys et des comités de sélection et de ses représentants au sein des organismes consultatifs, *JORF* n° 105 du 5 mai 2002, p. 8602) prévoit que les autorités compétentes doivent respecter une proportion de 1/2 de chaque sexe « *justifiant des compétences nécessaires* » dans la nomination des membres des jurys ; le législateur a validé par la loi du 2 avril 2003, pour éviter toutes contestations, le jury pour l'agrégation de droit privé pour les désignations après le décret.

¹⁵⁷⁷ FAUROUX (Roger), *Les parcours d'intégration*, La documentation française, novembre 2001. Selon l'auteur, « *cela est particulièrement déplorable, ni les Français d'origine maghrébine ni ceux venus des DOM ne sont présents aujourd'hui parmi les cadres supérieurs de l'État : aucun officier général, très peu ou pas d'officiers supérieurs, aucun préfet, aucun ambassadeur, aucun membre des grands corps de l'État, peu ou pas de directeurs d'administration centrale. Il suffit du reste d'entrer dans un ministère pour constater que les Antillais, nombreux au guichet d'accueil du rez-de-chaussée, disparaissent rapidement dès que l'on atteint les étages* ».

¹⁵⁷⁸ Article 74 de la Constitution.

Suite à la visite des 25 et 26 juillet 2015 à La Réunion, le Président de la République¹⁵⁷⁹, avait annoncé qu'il ferait de la notion de « *centre des intérêts moraux et matériels* »¹⁵⁸⁰, le pivot des mutations en outremer. Ainsi, Madame Ericka BAREIGTS (Députée de La Réunion), dans le cadre du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires¹⁵⁸¹, a présenté le 7 octobre 2015 un amendement à l'article 11 (n° 40) du projet de loi qui permettra à tous les fonctionnaires ayant un lien avec les outremer, qu'ils y soient nés ou non, de rentrer plus facilement dans leur territoire. L'amendement a été adopté à l'unanimité.

2/ Une « approche intégrée » pour combattre les discriminations territoriales

Ces dernières années, une nouvelle approche de l'égalité a été impulsée, à travers le concept de *gender mainstreaming*, c'est-à-dire « *l'intégration de l'égalité dans l'ensemble des politiques et par tous les acteurs impliqués* ». Cette démarche a pris au départ un caractère institutionnel, émanant des Nations Unis¹⁵⁸², puis de l'Europe (Commission européenne et Conseil de l'Europe)¹⁵⁸³ et décliné enfin par les Etats-membres¹⁵⁸⁴. Cette méthode d'analyse à partir de laquelle un dispositif administratif est examiné, a pour objectif d'analyser l'opportunité, et la faisabilité de la mise en œuvre d'une égalité réelle en vue de proposer des pistes de simplification et d'optimisation.

Ce principe « d'approche intégrée » réclame, entre autres, de passer d'une norme d'égalité formelle à une norme d'égalité réelle dans la conception et dans l'évaluation de toutes les politiques (ou même des lois), puisqu'il faut prendre en compte systématiquement les différences de situations, pour prétendre mesurer les effets possibles.

C'est en outremer que les pouvoirs publics ont commencé à expérimenter des « *discriminations positives territoriales fondées sur un critère tiré de la localisation géographique sur le territoire national* »¹⁵⁸⁵. Après l'égalité formelle entre l'outremer et la métropole, la lutte s'est déplacée sur le terrain de l'égalité réelle¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁷⁹ <http://www.lexpress.mu/article/249832/diplomatie-francois-hollande>.

¹⁵⁸⁰ Notion qui existe déjà : Circulaire n° 970980 du 19 juin 2014 relative à la gestion des sous-officiers de la Gendarmerie affectés outremer (*BOMI*, n° 2014-7 du 15 juillet 2014, pp. 2388-398), délibération de la Halde n° 2011-2 du 3 janvier 2011 ; reconnue non discriminatoire par la jurisprudence (CAA Paris, 22 juin 2004, Madame X, n° 01PA01125 et TA, Papeete, avis, 16 février 2004, n° 2003-08), *Lettre d'information juridique*, n° 89, novembre 2004, pp. 11-13.

¹⁵⁸¹ LEBRANCHU (Marylise), *Projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*, n° 1278, Assemblée Nationale, 17 juillet 2013, 100 p.

¹⁵⁸² Résolution n° 2002/23 du 24 juillet 2002, Conseil économique et social (ECOSOC) ; Intégration d'une démarche soucieuse d'égalité entre les sexes dans tous les programmes et politiques des organismes des Nations Unies.

¹⁵⁸³ JACQUOT (Sophie), *L'instrumentation du gender mainstreaming à la commission européenne : entre ingénierie sociale et ingénierie instrumentale*, *Politique Européenne*, n° 20, 2006/3, pp. 33-54.

¹⁵⁸⁴ SILVERA (Rachelle), *Le défi de l'approche intégrée de l'égalité pour le syndicalisme en Europe*, *La Revue de l'Ires*, 2006/1, n° 50, pp. 137-172.

¹⁵⁸⁵ MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), dans, LARCHER (Serge), *L'audace ultramarine en hexagone : Comment s'exprime-t-elle ? Comment s'incarne-t-elle ?*, Rapport, n° 862, 2012-2013, Sénat, septembre 2013, p. 73.

¹⁵⁸⁶ MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Les discriminations positives et l'outremer*, dans, LISE (Pierre), MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), sous la direction de, *outremer et devise républicaine*, LGDJ, L'Harmattan, septembre 2012, pp. 149-159.

Monsieur Victorin LUREL, député de la Guadeloupe, s'est alors vu confier par le Premier Ministre, une mission parlementaire pour définir les voies et les moyens pour aboutir à l'égalité réelle au niveau économique et social entre les outremer et l'Hexagone. Il s'agit de trouver des indicateurs permettant de donner un contenu à la notion d'égalité réelle. Le rapport devrait être repris par le gouvernement pour en faire un projet de loi, pouvant prendre la forme d'une « loi-cadre ».

Pour atteindre l'égalité réelle, il est nécessaire d'associer les responsables syndicaux (à la fois comme victime et soutien aux discriminés dans le travail), mais aussi les parlementaires ou autres élus de tous bords, les forces vives ainsi que les différentes associations des collectivités territoriales régies par l'article 73.

3/ Vers la mise en œuvre de mesures de « discriminations positives territoriales », dans les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution

La logique de correction des inégalités par la création d'inégalités compensatrices est à l'œuvre de manière diffuse depuis longtemps dans de nombreux systèmes juridiques. Elle a commencé à être réellement formalisée au début des années 1960 aux États-Unis sous l'impulsion du président JOHNSON. Elle s'est ensuite épanouie sur le terreau fertile des sociétés multiculturelles où prévaut une approche différentialiste du principe d'égalité, notamment au Canada, en Inde ou encore en République Sud-africaine depuis la fin de l'apartheid. En France, où prévaut une approche universaliste de l'égalité républicaine, s'est développée une conception bien particulière qui s'est stabilisée à compter du milieu des années 1990¹⁵⁸⁷.

Les politiques destinées à compenser les inégalités font l'objet d'un débat très animé entre défenseurs des principes républicains et partisans d'un multiculturalisme laissant une place au communautarisme en France. Pour le professeur Anne-Marie Le POURHIET¹⁵⁸⁸, ces discriminations juridiques ne pourraient être que temporaires et disparaître une fois atteint l'objectif visé, du fait de l'accoutumance au passe-droit et à l'irresponsabilité qu'elles produisent. Elle recense un certain nombre de risques inhérents à la mise en place de politiques de discrimination positive, des risques pour les bénéficiaires et pour l'intérêt général : le risque de l'accoutumance à l'assistance et développement d'une mentalité d'assistés par les bénéficiaires de ces politiques et l'incitation à faire moins ; les effets négatifs sur l'égalité des chances, en écartant la méritocratie au profit de critères tirés de l'origine et donc, dans certains territoires, de

¹⁵⁸⁷ MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), Les discriminations positives et l'outremer, dans, LISE (Pierre), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), sous la direction de, *outremer et devise républicaine*, LGDJ, L'Harmattan, septembre 2012, *op. cit.*, pp. 149-159.

¹⁵⁸⁸ LE POURHIET (Anne-Marie), Discriminations positives ou injustices ?, *RFDA*, Paris, mai-juin 1998, pp. 521-523.

l'ethnie ou de la race, les discriminations positives ont pour effet de retarder voire de rendre définitivement impossible l'égalité des chances¹⁵⁸⁹.

Au contraire, le sociologue Eric FASSIN pense que les mesures de compensations des inégalités sont nécessaires : « *Bien sûr que la discrimination positive peut avoir des effets pervers, comme toute politique, mais il ne faudrait pas oublier qu'il y a aussi des effets pervers à l'absence de politique. Pourtant, actuellement, rares sont les politiques à juger qu'il est moins grave d'avoir des discriminations systémiques dans la société française que de prendre le risque de mesures pour lutter contre ces discriminations.* »¹⁵⁹⁰.

¹⁵⁸⁹ GARNER-MOYER (Hélène), Discrimination et emploi : revue de la littérature, DARES, *Documents d'études*, n° 69, mai 2003, p. 111.

¹⁵⁹⁰ FRANCE TV, *Les enjeux de la racialisation de la société française, analyse du sociologue Eric FASSIN*, émission, 11 janvier 2014.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

On ne saurait nier les dysfonctionnements d'ensemble de la société postcoloniale : l'obscurité dans la distribution des places, les comportements d'entente au sein de micro-classes qui détiennent une grande partie de positions dominantes dans l'économie, l'action des groupes de pression, le sentiment d'un jeu prédéterminé dont sont exclus les ressortissants des collectivités situées outremer.

Ces dysfonctionnement renforcent la perception d'un système globalement inégalitaire et érodent la confiance dans les institutions.

Les traitements compensatoires se justifient, tant que demeure l'inégalité provoquée par le passé qui se perpétue dans le présent. Pas seulement, il faut encourager la réussite en général, l'initiative locale de façon à permettre un développement de ces populations aussi bien en France hexagonale qu'au sein des collectivités territoriales situées outremer dont ils sont originaires.

Les mesures de lutte pour se rapprocher de l'idéal, prôné par certains, d'une « représentation-miroir » de la société dans différentes institutions : administrations, les institutions publiques doit se poursuivre. On peut douter de l'efficacité de telles mesures si elles ne sont pas incarnées par un droit qui sanctionne. C'est bien dans cet esprit que s'est inscrite la loi sur la parité en France¹⁵⁹¹.

Les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution sont un terrain privilégié pour le développement de la discrimination positive territoriale afin de compenser les inégalités sur la base de leur statut constitutionnel qui prévoit la possibilité d'adaptation tenant à leurs caractéristiques et contraintes particulières.

En matière sociale, dans la décision de 1989, relative à la prévention des licenciements économique, il a été admis que les personnes âgées ou « *présentant des caractéristiques particulières* »¹⁵⁹², peuvent bénéficier de dispositions protectrices.

S'agissant de la localisation géographique, le Conseil constitutionnel a admis dans sa décision *Privatisations*¹⁵⁹³ la possibilité de consentir pour une durée limitée des exonérations et réductions d'impôt pour inciter à l'embauche, les entreprises qui se situent dans des zones où la situation de l'emploi est particulièrement grave. Il en est de même concernant les mesures incitatives au développement auxquelles on pourrait se référer pour créer des emplois et lutter contre l'exclusion au sein des collectivités territoriales régies par l'article 73.

En outremer les premières mesures de compensations datent de 1950, avec la prime de vie chère, suivi de l'indemnité d'éloignement en 1953. Ces dispositions dérogatoires ont été établies en fonction de la

¹⁵⁹¹ Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, *op. cit.*

¹⁵⁹² Difficultés et handicaps pouvant affecter l'insertion professionnelle.

¹⁵⁹³ CC, 26 juin 1986, loi n° 86-207 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, *Rec.* p. 61.

localisation géographique de certains territoires par rapport à la métropole. Dans le même temps en septembre 2015, des mesures favorables ont été prises pour les agents qui exercent leurs fonctions à Mayotte. Elles portent sur l'indemnité d'éloignement¹⁵⁹⁴, l'ISG¹⁵⁹⁵, la retraite¹⁵⁹⁶, l'attractivité du territoire, la gouvernance locale et le dialogue social.

Si le législateur a la faculté de déroger au droit fondamental d'égalité, il peut créer des discriminations admissibles en fonction de la localisation territoriale. Les discriminations positives pourraient alors représenter un outil de développement économique et social, au sein des collectivités territoriales régies par l'article 73¹⁵⁹⁷.

On sait que ce sont les luttes syndicales et politiques qui ont obtenu au coup par coup l'application dans ces territoires de diverses lois et mesures sociales.

Qu'en est-il aujourd'hui ?

Selon le Centre d'Observation de la Société, qui se base sur les données de l'INSEE de 2011, La Réunion est le département le plus inégalitaire de France et la Martinique arrive en troisième position, après Paris.

D'après le coefficient de GINI¹⁵⁹⁸, 90 % des départements de l'hexagone est inférieur à 0,38, celui de Paris (le plus important de l'hexagone) est de 0,50, celui de La Réunion est de 0,53 et celui de la Martinique est de 0,47. De même le revenu fiscal médian le plus bas de l'hexagone (Seine-Saint-Denis) est de 1 270,00 €. Il est en Martinique de 1 100,00 € et de 880,00 € à La Réunion. La Guadeloupe a des statistiques proches de la Martinique. La Guyane et Mayotte, des chiffres inférieurs à La Réunion.

Cet observatoire souligne qu'en revanche une partie de la population des DOM dispose de revenus très élevés. Dans une ville comme Saint-Denis de la Réunion, les 10 % les plus riches vivent avec plus de 3 450,00 € par mois.

D'après les documents de l'INSEE, relatifs aux inégalités aux Antilles Guyane, en 2006, le revenu médian par unité de consommation des ménages des DOM est inférieur de 38 % à celui des ménages de métropole.

Les disparités de revenus y sont également plus fortes. Ainsi les ménages appartenant aux 20 % les plus riches ont un revenu planché par unité de consommation 3,2 fois supérieur au revenu plafond des

¹⁵⁹⁴ Circulaire du MEN n° 2015-136 du 25 août 2015 relative aux agents affectés à Mayotte. Le droit est ouvert lors de l'affectation à Mayotte, à la condition que cette affectation entraîne, pour l'agent concerné, un déplacement effectif pour aller servir hors du territoire où est situé le CIMM (Centre de ses Intérêts Matériels et Moraux).

¹⁵⁹⁵ L'ISG (Indemnité de Sujétion Géographique) est étendu à l'ensemble des fonctionnaires affecté à Mayotte, à compter du 1^{er} janvier 2017.

¹⁵⁹⁶ Le régime de retraite de Mayotte sera aligné sur celui de la Métropole.

¹⁵⁹⁷ MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), Les discriminations positives et l'outremer, dans, LISE (Pierre), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), sous la direction de, *outremer et devise républicaine*, LGDJ, L'Harmattan, septembre 2012, *op. cit.*, pp. 149-159.

¹⁵⁹⁸ Développée par le statisticien italien Corrado GINI, le coefficient de GINI est un nombre variant de 0 à 1, où 0 signifie l'égalité parfaite et 1 signifie l'inégalité totale. Ce coefficient est très utilisé pour mesurer l'inégalité des revenus dans un pays. Selon l'indice GINI, plus on est proche de 1, plus les inégalités sont fortes.

ménages appartenant aux 20 % les plus modestes. Ce rapport est de 2,2 % en métropole mais de 4,1 % en Guyane. Selon l'INSEE, ces inégalités ont fortement progressé depuis 2001.

Les personnes seules et les familles monoparentales sont les premières touchées.

En Martinique par exemple, les moins de 35 ans, sont particulièrement touchés par l'augmentation récente de la pauvreté. Sur le plan spatial, certaines communes sont plus touchées que d'autres : communes du nord et sud Atlantique et de Fort-de-France. Le chômage est la principale cause de l'augmentation récente de la pauvreté 20 à 25 % de la population active en général, autour de 60 % chez les jeunes. Les emplois précaires (intérim, stages contrats aidés, apprentissage, CDD) s'ajoutent au chômage.

Les jeunes en difficultés de lecture représentent 32,4 %, contre 9,6 % en métropole. En 2010, plus de 30 % des collèves sont en zone d'éducation prioritaire contre 19,5 % en métropole.

Les revenus des ménages sont grevés par les dépenses alimentaires, d'énergie et de logement. La vie chère, on le sait, a été au centre des revendications de la révolte de 2009.

L'observation des collectivités territoriales situées outremer révèle bien des insuffisances quant à l'application des dispositifs de lutte contre les discriminations liées au travail mis en œuvre au niveau interne, mais aussi une conjoncture économique défavorable, une exigüité des territoires concernés, et un éloignement des centres de décision, etc... Autant d'éléments qui soulignent une difficile application de la norme en général au sein de ces collectivités territoriales régies par l'article 73, créant ainsi des discriminations et inégalités en leur sein.

Que faire ?

Parmi les réponses possibles, qu'il s'agit de renforcer et de compléter, il y a par exemple, les solidarités sociales qu'il convient de soutenir comme le fourneau économique, la banque alimentaire, le secours catholique, le secours adventiste, l'action des clubs service.

Dans le domaine public, il y a des aides du département, de la région, des communes et les transferts sociaux de l'Etat qu'il convient de pérenniser mais en responsabilisant leurs bénéficiaires afin de ne pas les maintenir dans une situation d'assistés.

Il faut préserver et améliorer la législation sociale.

Il y a la croissance économique qu'il convient de réorienter à partir des critères du développement durable (énergies renouvelable, tourisme durable, agriculture biologique etc.).

La création de richesse est un facteur indispensable à l'amélioration des conditions de vie mais la répartition des fruits de la croissance, pour autant qu'elle soit respectueuse de l'environnement, se doit d'être équitable et favorable à la préservation et à la promotion de la diversité culturelle.

CONCLUSION GENERALE

Les quatre vieilles ont manifestement eu du mal à se départir du lourd héritage de l'ère esclavagiste. Passé l'âge du « sucre roi », qui a fait sa fortune et favorisé les débuts de sa Révolution industrielle, l'Europe s'est ensuite d'autant plus désintéressée des îles et de la Guyane qu'elles n'entraient pas dans le nouveau schéma de ses appétits impérialistes à partir du milieu du XIXe siècle. Par opportunisme, plus que par acquit de conscience, elle a, certes, aboli l'esclavage dans ses colonies, mais elle s'est trop peu souciée d'en solder les effets structurels générateurs de sociétés où se perpétuent les canevas de l'ancien régime colonial.

En l'occurrence, les préjugés de couleur aidant, l'on y a maintenu quasiment intactes, pendant longtemps, les formes de domination forgées dans les affres de l'esclavage : dans la période post-abolitionniste, les anciens esclaves demeurent dans la même situation de dépendance financière et alimentaire que leurs ancêtres serviles vis-à-vis des fils des anciens maîtres.

Dès lors, comment s'étonner que le maître mot commun à toutes ces vieilles possessions françaises soit alors celui du dénuement des hommes ? Salaires de famine, sous-emploi et chômage sévissent partout. Aux situations privilégiées correspond l'immense détresse des hommes. Leurs conditions aux Antilles, en Guyane, comme à La Réunion est alors le reflet des dures réalités du système colonial qui perdurent¹⁵⁹⁹. Selon certains auteurs, « *Peut-on nier qu'existe aujourd'hui de profondes discriminations qui trouvent leur fondement dans des institutions, des pratiques, des discours et des représentations qui se sont élaborées dans le cadre de l'empire colonial français ?* »¹⁶⁰⁰.

Rapporteur, en 1946, à l'Assemblée Constituante française, du projet de loi visant à ériger les « quatre vieilles » colonies de la France en départements français, l'intervention d'Aimé Césaire fut déterminante dans l'évolution statutaire de 1946.

L'initiative de la loi de départementalisation n'émane nullement d'une volonté ou d'une décision du pouvoir métropolitain, mais bel et bien de celles des élus des colonies, en l'occurrence trois députés communistes (CESAIRE et BISSOL de la Martinique, VERGES et de La Réunion) auxquels se joint le Guyanais MONNERVILLE. Leur préoccupation était à la fois historique et sentimentale, d'une part, pragmatique, d'autre part.

C'est l'attachement fidèle de ces populations à la métropole qui est à l'origine de l'assimilation. Plusieurs fois refusée à leurs prédécesseurs, cette dernière pue de nouveau revendiquer avec force dans une Assemblée Constituante où les élus de gauche étaient majoritaires et décidés à faire un geste pour

¹⁵⁹⁹ GASTAUT (Yvan), *L'immigration et l'opinion en France sous la cinquième République*, Le Seuil, 2000.

¹⁶⁰⁰ BLANCHARD (Pascal), LEMAIRE (Sandrine), BANCEL (Nicolas), sous la direction de, *Culture coloniale en France : de la révolution française à nos jours*, CNRS Editions, Autrement, Paris, 2008.

ces colonisés qui ont payé, en prime, un lourd tribut à la défense de la patrie lors des deux conflagrations mondiales.

L'assimilation est apparue, par ailleurs, nécessaire pour mettre fin à la misère qui régnait dans les colonies et pour y résoudre les problèmes sociaux. Dans les conclusions de son rapport devant l'Assemblée, Aimé Césaire préconisait « *la fin de l'exception coloniale pour quatre colonies qui, arrivées à leur majorité, demandent un rattachement plus strict à la France* ».

La loi du 19 mars 1946 a été adoptée à l'unanimité par l'Assemblée. Le principe de l'identité législative prend sa source dans le processus initié par la loi de départementalisation. Il a ensuite été gravé dans le marbre Constitutionnel à l'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946¹⁶⁰¹.

La revendication d'assimilation et le bénéfice de l'identité législative étaient motivés par l'aspiration de mettre fin aux discriminations du système colonial.

Force est de constater, que 70 ans plus tard, elles demeurent encore nombreuses au sein des collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution.

Les discriminations sont un fait social établi et reconnu des acteurs politiques, de la société civile et de l'opinion publique en France. C'est d'ailleurs ce dont témoignent les sondages répétés depuis une dizaine d'années. Les Eurobaromètres effectués sur les discriminations dans l'Union européenne placent la France parmi les pays où la conscience de l'existence de ce phénomène est la plus avancée¹⁶⁰², le travail constituant le principal domaine où sévissent les discriminations.

En la matière, les normes au niveau international relatives aux discriminations liées au travail se sont certes multipliées après la seconde guerre mondiale. Mais alors que leur application reste déjà très mitigée au niveau national, c'est davantage encore le cas au sein des collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution.

De même, l'influence des droits européens, considérable au niveau hexagonale, demeure insuffisante au niveau de ces collectivités, même si cette influence a été à l'origine de nombreuses lois antidiscriminatoires dans le travail bénéfiques à ces dernières.

En effet, le principe de non-discrimination comme fondement du droit à l'égalité a tout d'abord été reconnu en droit international, pour être ensuite appliqué sur les plans national et régional.

La protection contre les exclusions dans les relations de travail s'est d'abord traduite par l'adoption de législations visant à garantir aux travailleurs le respect des droits syndicaux. Comme le note le rapport français de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme de 2012, ce statut protecteur

¹⁶⁰¹ DIEMERT (Stéphane), L'histoire constitutionnelle de l'outremer sous la V^{ème} République, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, février 2012, pp 7-23.

¹⁶⁰² Les Eurobaromètres consacrés aux discriminations ont été effectués en 2007, 2008 et 2009. Celui de 2009 rapporte que 79 % des personnes vivant en France considèrent que les discriminations ethniques sont répandues, soit le 2^{ème} score le plus élevé en Europe, juste derrière les Pays-Bas (80 %), à comparer avec la moyenne de 61 % dans l'UE des 27 (avant l'adhésion de la Croatie).

s'inscrit dans la sphère de l'intérêt collectif des travailleurs¹⁶⁰³. Puis, dans la vie au travail s'est posée la question du respect des droits fondamentaux qui se traduit essentiellement par une interdiction faite à l'employeur de prendre en considération certains traits distinctifs du travailleur. De manière générale, la garantie d'égalité sans discrimination s'arrime notamment aux motifs de sexe, de race, de handicap, d'âge, d'origine ethnique, de couleur, d'orientation sexuelle, de même qu'à la situation de famille et à la condition sociale dans certains pays.

La garantie d'égalité sans discrimination fondée sur la race est généralement reconnue dans le droit interne, comme en témoignent les rapports nationaux. Cette protection des personnes appartenant à une minorité se pose en termes de race. L'adoption par le Conseil des communautés européennes, le 29 juin 2000, de la Directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique met en relief le besoin de renforcer la protection des droits fondamentaux des personnes appartenant à un groupe racial ou qui sont d'une origine ethnique différente de la majorité et qui composent la force de travail des États membres de la Communauté économique européenne. Elle couvre un champ d'application relativement large qui comprend les conditions d'accès à un emploi salarié ou à une activité indépendante, à une formation ou à une orientation professionnelle ainsi que les conditions d'emploi et de travail. En outre, elle pose le principe de non-discrimination en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou dans toute autre organisation professionnelle. Cette Directive, qualifiée de « verticale », s'étend à la protection sociale, aux avantages sociaux, à l'éducation et à l'accès aux biens et services ainsi qu'à leur fourniture, y compris le logement.

Il reste encore beaucoup de chemin à parcourir pour que le droit à l'égalité, ou à la non-discrimination, pénètre en profondeur le monde du travail en France et, plus particulièrement, celui des collectivités territoriales régies par l'article 73.

L'étude des discriminations en France conduit à constater la multiplicité et la complexité de leurs manifestations. Les discriminations recouvrent des réalités très différentes selon les secteurs, elles sont importantes et de plus en plus préoccupantes en matière d'emploi.

La diversité des formes et des lieux de discrimination peut conduire à l'accumulation d'expériences pénibles pour les Français de couleur originaires des collectivités territoriales relevant de l'article 73 de la Constitution. Un tel cumul est dangereux parce qu'il peut provoquer des enchaînements générateurs d'exclusions, à l'origine d'un sentiment de discrimination et freinant l'accès à l'emploi.

La répétition de telles situations peut produire chez les personnes qui en sont victimes une extrême sensibilité. Comme le souligne Philippe BATAILLE, face à des motivations fallacieuses de refus d'embauche, « seule l'expérience individuelle, dans la force de sa répétition, devine l'intention raciste,

1603 CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, La Documentation française, rapport annuel 2013, avril 2014, p. 4.

*au point que des candidats échaudés et découragés peuvent ne plus faire acte de candidature, devinant leur trop probable échec »*¹⁶⁰⁴.

Selon une enquête de l'INED¹⁶⁰⁵ l'appréciation de la discrimination par les personnes étrangères ou d'origine étrangère, peut être assimilée à ceux originaires d'outremer. Les discriminations dont souffrent les ressortissants d'outremer recouvrent ainsi une réalité complexe et multiforme.

Ce sont plus de 90% des résidents originaires d'outremer, en France métropolitaine âgés de 18 à 50 ans, qui considèrent que les discriminations à raison de l'origine ou de la couleur de la peau sont une réalité, et 55 % qu'elles se produisent souvent.

Les collectivités Territoriales situées outremer en général du fait de leur éloignement des centres de décision, de leur exigüité, et de leur environnement immédiat peu propice à l'échange créateur d'emploi, subissent de fait des discriminations quant à l'offre d'emploi sur leur territoire.

Si l'on entend lutter contre les discriminations, il convient certainement d'ébranler la posture de cécité et de surdité sur l'état de la société française, à laquelle se heurtent encore trop souvent aujourd'hui les populations des collectivités territoriales auxquelles nous nous intéressons ici.

Il convient, en tout état de cause, de garantir toujours davantage la bonne application des législations anti-discrimination reposant, pour l'essentiel, sur la détermination des victimes à faire valoir leurs droits. C'est pourquoi, sensibiliser le public aux dispositions légales et aux avantages à en attendre est un aspect essentiel d'une stratégie efficace pour encourager les victimes à porter plainte, et pour promouvoir une culture de l'égalité de traitement. Mais les dispositions légales auront sans doute plus d'impact si leur bonne application ne repose pas exclusivement sur des initiatives individuelles. Dans cette perspective, les instances spécifiquement dédiées à la lutte contre les discriminations (on parle d'instances chargées des questions d'égalité) peuvent jouer un rôle clé.

Il convient certainement aussi de créer les conditions du dépassement d'un certain nombre de pesanteurs historiques, culturelles et liées aux mentalités. De fait, sans faire référence à un héritage culturel africain, Edouard GLISSANT a, de longue date déjà, relevé certains traits culturels qui peuvent s'apparenter à ceux décrits, pour les cultures africaines, par Daniel ETOUNGA-MANGUELLE¹⁶⁰⁶. A ses yeux, en effet, « *le Martiniquais n'est pas historiquement intéressé à des rendements ni à des améliorations techniques* »¹⁶⁰⁷. Il souligne, de même, « *le manque de confiance du martiniquais dans son propre*

¹⁶⁰⁴ BATAILLE (Philippe), Le syndicalisme face à l'espace du racisme, dans, *Le racisme à l'œuvre, Hommes et Migrations*, n° spécial 1211, janvier-février 1998, pp. 16-27.

¹⁶⁰⁵ TRIBALAT (Michèle), Mobilité géographique et insertion sociale : une remise en cause des habitudes statistiques françaises, *Espace populations sociétés*, février-mars 1996, pp. 215-225.

¹⁶⁰⁶ ETOUNGA-MANGUELLE (Daniel), *L'Afrique a-t-elle besoin d'un programme d'ajustement culturel ?*, éd. Nouvelles du Sud, Ivry s/Seine, 1991, p. 139.

¹⁶⁰⁷ GLISSANT (Edouard), *Le discours antillais*, Gallimard, coll. Folio, 1997, p. 58.

futur »¹⁶⁰⁸, ce qui peut s'expliquer certes par des traumatismes de l'esclavage, mais aussi, plus profondément, par un héritage culturel n'orientant pas les esprits vers la préparation de l'avenir¹⁶⁰⁹.

Il semble que l'on ne puisse, par ailleurs, faire l'économie d'une réflexion sur les conditions institutionnelles de la mise en œuvre de politiques publiques plus efficaces, plus adaptées aux réalités de ces collectivités, mieux à même de valoriser leurs atouts et davantage en mesure de favoriser, en leur sein, un développement endogène. Cela suppose, entre autres, de renforcer leur insertion au sein de leur environnement géographique naturel, avec tous les débouchés économiques, commerciaux générateur d'emploi que cela peut permettre d'envisager. C'est d'ailleurs ce que souligne Loïc GRARD quand, parlant de ces collectivités, il indique que « *leur éloignement ne permet pas de les laisser exemptes de capacités internationales. Cela les coupe de leur voisinage et ne peut que contribuer à la revendication de l'indépendance.* »¹⁶¹⁰. C'est aussi vrai pour l'océan indien que pour le bassin Caraïbe-Amazone.

De fait, la question institutionnelle se trouve posée, depuis de nombreuses années, au sein des collectivités concernées. Elle a encore fait l'objet de consultations populaires en Martinique et en Guyane en janvier 2010¹⁶¹¹. Sans doute la problématique de l'ajustement des institutions aux aspirations des populations et aux besoins des territoires est-elle appelée à être soulevée de manière récurrente¹⁶¹².

Il est certain que les relations entre la France d'outremer et la France métropolitaine sont complexes. Elles le sont tout particulièrement, s'agissant des « quatre vieilles ». En effet, bien que formellement intégrées à la République française depuis 1946, elles ne manquent pas de rappeler régulièrement les conditions historiques dans lesquelles s'est inscrit leur lien à l'Etat français. Les enjeux de la qualification juridique de la traite négrière et de l'esclavage sont l'illustration de cette complexité¹⁶¹³.

Ce qui importe, en définitive, c'est que toutes les ressources du droit international, du droit européen, mais également ceux qui relèvent de la législation et de l'idéal républicain soient utilement mobilisés pour

¹⁶⁰⁸ GLISSANT (Edouard), *Le discours antillais*, op. cit., p. 150.

¹⁶⁰⁹ MICHALON (Thierry), *L'outremer français : Evolution institutionnelle et affirmations identitaires*, L'Harmattan, 2009, pp. 75-76.

¹⁶¹⁰ GRARD (Loïc), La capacité internationale des collectivités d'outremer, dans, MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), sous la direction de, *L'outremer français : un « modèle » pour la république ?*, op. cit., pp. 87-91.

¹⁶¹¹ JOS (Emmanuel), Quelques réflexions sur le statut constitutionnel des DOM/ROM après la révision du 18 mars 2003, dans, DANIEL (Justin), sous la direction de, *L'outremer à l'épreuve de la décentralisation : nouveaux cadres institutionnels et difficultés d'adaptation*, L'Harmattan, 2007, pp. 31-54.

¹⁶¹² JOS (Emmanuel), La loi du 19 mars 1946 : une lecture rétrospective, dans, MARION (Gérard-Gabriel), sous la direction de, *Mélanges en hommage à Bernard VONGLIS*, L'Harmattan, 2000, *ibidem*, pp. 175-209.

¹⁶¹³ Comité Devoir de Mémoire de Martinique, *De l'esclavage aux réparations*, Karthala, 2000, 237 p. ; TIN (Louis-Georges), *Esclavage et réparations : Comment faire face aux crimes de l'histoire*, Stock, Paris, avril 2013, 139 p. ; TAUBIRA (Christiane), *L'esclavage raconté à ma fille*, éd. Philippe Rey, mai 2015, 188 p.

que les ressortissants des collectivités actuellement régies par l'article 73 de la Constitution trouvent valablement et légitimement « *la force de regarder demain* »¹⁶¹⁴.

¹⁶¹⁴ BATAILLON (Stéphane), CLANCIER (Sylvestre), DOUCEY (Bruno), *Poésies de langue française : 144 poètes d'aujourd'hui autour du monde*, éd. SEGHERS, 2 octobre 2008, 486 p. Par ces mots « *la force de regarder demain* » Aimé CESAIRE fait référence au courage, après les désillusions de la décolonisation, les dérives de la négritude, les échecs du tiers-mondisme, la « maladie du développement ».

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIERES

AVERTISSEMENT	2
REMERCIEMENTS	3
DEDICACE	4
LISTE DES ABREVIATIONS ET ACRONYMES UTILISES	5
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION GENERALE	9
1 – L’importance du travail.....	9
2 – Le phénomène de la discrimination.....	12
3 – Les actions anti-discriminations liées au travail.....	20
4 – La France et les normes universelles et régionales anti-discrimination.....	24
5 – La diversité des territoires d’outremer et leurs compétences respectives liées au travail.....	27
6 – La particularité des collectivités territoriales régies par l’article 73 de la Constitution.....	31
7 – Une histoire lourdement marquée par les discriminations notamment liées au travail.....	40
8 – Méthodologie, thèse et annonce du plan.....	48
PREMIERE PARTIE : L’EXPANSION DES NORMES UNIVERSELLES ET EUROPEENNES RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL ET LEURS MISES EN ŒUVRE EN DROIT INTERNE FRANCAIS	51
INTRODUCTION DE LA PREMIERE PARTIE	53
TITRE I L’EXPANSION DES NORMES UNIVERSELLES ET EUROPEENNES RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL	57
CHAPITRE I : LES CONTRIBUTIONS SUBSTANTIELLES DU DROIT UNIVERSEL A L’ACTION ANTI-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL	59
I – L’APPORT DES DISPOSITIONS ANTI-DISCRIMINATION DE LA CHARTE INTERNATIONALE DES DROITS DE L’HOMME.....	60
A - LA DUDH, UN TEXTE PRECURSEUR DE PORTEE JURIDIQUE LIMITEE.....	60
1/ Une inspiration universelle, une portée morale.....	60
a) Une valeur morale confirmée par le Conseil d’Etat français dans l’arrêt Roujansky.....	61
b) Une influence certaine sur la construction d’un corpus législatif contraignant.....	61
2/ La valeur coutumière du principe d’égalité.....	62
a) Une expérience tirée des valeurs humanistes de l’OIT.....	62
b) L’égalité salariale : un des principes de la non-discrimination liée au travail.....	63
B – LES PACTES INTERNATIONAUX DE 1966 RELATIFS AUX DROITS DE L’HOMME ET LEURS PROTOCOLES, DES AVANCEES DE PORTEE JURIDIQUE DIFFERENCIEE.....	64
1/ Des préoccupations relatives à l’applicabilité des pactes.....	64
a) Le Pacte International relatif aux Droits Economiques Sociaux et Culturels.....	64
b) Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.....	65
2/ Les protocoles facultatifs aux deux pactes.....	66
a) Le protocole facultatif au PIDESC, une protection des Droits Economiques, Sociaux et Culturels.....	66
b) Le protocole facultatif au PIDCP, Une protection des droits civils et politiques.....	66
II – L’APPORT DES CONVENTIONS SPECIALES RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION.....	67
A – LES APPORTS DE LA CEDEF ET DE LA CERD A LA LUTTE ANTI-DISCRIMINATION.....	68
1/ La Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes : un texte à portée interprétative et transversale.....	68
a) Une reconnaissance des phénomènes de discriminations en direction des femmes.....	68
b) Des actions positives favorisant les femmes, non constitutives de discriminations sexuelles.....	69
2/ La Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale, une reconnaissance universelle.....	70
a) Une nécessaire reconnaissance de l’égalité de tous les êtres humains.....	70
b) Une protection contre les discriminations en matière d’emploi.....	71
c) Un mécanisme conventionnel de contrôle par le moyen des rapports étatiques.....	72
B – L’APPORT DES CONVENTIONS DE L’OIT A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL.....	73
1/ La nécessité de combattre les représentations passéistes : la convention C100.....	75

a) Une consécration du principe d'égalité salariale entre hommes et femmes	75
b) Une obligation de collaboration de l'Etat avec les organisations professionnelles	75
2/ Des innovations relatives aux motifs de discrimination : la convention C111	76
a) Un objectif de favoriser l'égalité des chances dans le travail	76
b) Une possibilité d'extension des motifs de discriminations prohibés	77
CHAPITRE II LES CONTRIBUTIONS INNOVANTES DU DROIT EUROPEEN DE LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL	81
I – LES APPORTS MAJEURS DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE RELATIF A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL	82
A – UNE PROTECTION ELARGIE AUX CRITERES ET AUX CAUSES DES DISCRIMINATIONS ..83	
1/ Une extension des dispositions juridiques de l'Union Européenne relatives aux critères de discrimination	84
a) Un arsenal législatif garantissant l'égalité de rémunération entre hommes et Femmes	84
b) Une importante jurisprudence de la CJCE relative à l'égalité de rémunération	85
2/ Une prise en compte plus étendue des causes de discriminations	87
a) Un élargissement des causes de discrimination au sexisme, à l'homophobie et à la transphobie ...	88
b) Les arrêts de la CJCE relatifs au sexisme, à l'homophobie et à la transphobie	89
B – UNE APPROCHE RENOUVELEE DE L'ANTI-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL	91
1/ Une sécurisation des parcours professionnels	91
a) Une sanction des pratiques institutionnalisées	91
b) Un inversement de la charge de la preuve et une protection des dénonciateurs de discriminations	93
c) Une désignation d'organismes pour la promotion de l'égalité de traitement	94
2/ Les avancées de la directive 2000/78/CE	95
a) L'énoncé plus large des motifs interdits de discriminations	95
b) L'arrêt Coleman, la consécration d'une interprétation extensive de la directive	96
II – LES APPORTS IMPORTANTS DE LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE EN MATIERE DE NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL	98
A – UNE EXTENSION DE LA LISTE DES DROITS SUBSTANTIELS DE LA CSER	101
1/ Une meilleure garantie	102
a) Un ensemble de dispositions obligatoires lors de la ratification	102
b) Un ensemble de garanties indépendamment du secteur d'activité et du temps de travail	103
2/ L'obligation d'adopter une législation claire garantissant l'égalité de traitement	103
a) Une législation nationale très favorable aux victimes	104
b) La garantie de l'efficacité du système d'évaluation des emplois	105
B - L'APPLICATION RATIONAE PERSONAE DE LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE	106
1/ Une approche privilégiée, allant dans le sens de la protection des droits de l'homme	106
a) Une protection des personnes empruntée aux droits sociaux de la FIDH	107
b) Un élargissement du champ d'application de la Charte Sociale Européenne au nom de la dignité humaine	107
2/ Une double extension: les étrangers ressortissants des Etats parties et les « minorités laborieuses »	109
a) Une extension de la CSE aux étrangers vivant et travaillant régulièrement sur le territoire d'un Etat partie	110
b) Une limitation de la clause d'exclusion des minorités laborieuses	111
TITRE II PORTEE ET LIMITES DE LA MISE EN ŒUVRE EN FRANCE DES DROITS UNIVERSEL ET EUROPEEN RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL	115
CHAPITRE I L'APPLICATION VARIEE EN DROIT FRANCAIS DES NORMES UNIVERSELLES RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL	119
I – L'INFLUENCE MODESTE SUR LE DROIT INTERNE FRANCAIS DES TEXTES ONUISIENS RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL	120
A – L'APPLICABILITE DIFFERENCIEE EN DROIT INTERNE FRANÇAIS DE LA CHARTE INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME	121
1/ La question de l'invocabilité du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels devant les tribunaux français	122
a) Vers une reconnaissance de la justiciabilité directe des DESC	123
b) Des préoccupations concernant l'applicabilité en France du PIDESC	124
b) Le protocole facultatif au PIDESC, un renforcement de son applicabilité	126
2/ L'applicabilité directe en France de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques	126
a) Une exigence appuyée de non-discrimination	127
b) Une portée générale et transversale de l'article 26 du PIDCP	127

B - UNE TRADUCTION PLUS ETENDUE PAR LE DROIT INTERNE DES CONVENTIONS ONUSIENNES RELATIVES A LA DISCRIMINATION RACIALE ET AUX DISCRIMINATIONS A L'EGARD DES FEMMES.....	130
1/ La traduction en droit interne de la CERD.....	130
a) Une protection contre les discriminations allant au-delà de la CERD.....	131
b) Une charge de la preuve inversée et une possibilité de recours ouverte aux associations.....	132
2/ La traduction en droit interne de la CEDEF.....	133
a) Un renforcement des dispositifs législatifs existants.....	136
b) Le rapport de situation comparée, un outil de progrès en matière de législation.....	138
II - LA PORTEE JURIDIQUE DES CONVENTIONS DE L'OIT RELATIVES A LA NON- DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL SUR LE DROIT FRANÇAIS.....	141
A – LA SITUATION JURIDIQUE DE LA FRANCE VIS-A-VIS DES CONVENTIONS DE L'OIT.....	141
1/ Une large participation de la France aux conventions internationales de l'OIT.....	142
a) L'implication française dans l'Organisation Internationale du travail.....	142
b) Une influence favorable sur le droit français.....	142
2/ L'applicabilité directe des conventions de l'OIT et les conséquences sur une législation contraire ..	144
a) L'effet direct des conventions de l'OIT.....	144
b) Une redoutable efficacité de l'effet direct des conventions de l'OIT.....	144
B – LA MISE EN PRATIQUE EN FRANCE DES CONVENTIONS DE L'OIT RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL.....	145
1/ L'influence sur la législation française.....	145
a) De nombreux cas de violations des conventions.....	146
b) L'intégration en droit français des conventions de l'OIT.....	150
2/ L'invocation des conventions de l'OIT devant les tribunaux français.....	152
a) La validation de l'ordonnance créant le CNE par le Conseil d'Etat.....	152
b) La décision de la Cour de Cassation relative au CNE, sur la base de la convention C158.....	153
CHAPITRE II L'INFLUENCE DETERMINANTE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE, RELATIF A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL, SUR LE DROIT INTERNE FRANCAIS.....	157
I - L'INFLUENCE DU DROIT DE L'UE RELATIF A LA NON-DISCRIMINATION LIÉE AU TRAVAIL SUR LE DROIT INTERNE DANS LE DOMAINE NORMATIF : DES DEGRES VARIABLES DE TRANSPOSITION.....	159
A – DES TRANSPOSITIONS PARFOIS LACUNAIRES SURMONTEES PAR L'EFFET DIRECT DES DIRECTIVES NON TRANSPOSEES.....	159
1/ Des dispositions non transposées : une compensation opérée par le Conseil d'Etat.....	160
a) Une difficile mise en place de l'organe indépendant préconisé par la directive 2000/43.....	160
b) L'effet direct des dispositions non transposées : l'Arrêt Madame Perreux.....	161
2/ Des dispositions partiellement transposées : la directive 2002-73.....	163
a) Les éléments non transposés.....	163
b) L'égalité de traitement renforcée, en vertu de la directive 2002-73.....	164
B - DES CORRECTIFS LEGISLATIFS QUI VONT PARFOIS AU DELA DES REQUIS DE L'UNION EUROPÉENNE.....	166
1/ Une compensation opérée par la loi interne.....	166
a) Une interdiction des discriminations à travers la loi du 16 décembre 2001.....	166
b) Une législation abondante entre 2004 et 2006 en réponse aux directives 2000/43 et 2000/78.....	167
2/ Des critères discriminatoires plus étendus en droit interne.....	169
a) Des dispositions allant au-delà des requis de la directive 2000/43.....	169
b) Un développement positif du cadre formel de condamnation des discriminations.....	170
II – L'INFLUENCE DU DROIT DE L'UNION A TRAVERS LES VOIES DE RECOURS CONTRE LES DISCRIMINATIONS LIEES AU TRAVAIL.....	172
A –L'INFLUENCE DU DROIT DE L'UNION SUR LES VOIES DE RECOURS JURIDICTIONNELS.....	174
1/ La primauté du droit de l'Union.....	174
a) Des décisions faisant référence à la primauté du droit de l'Union.....	174
b) L'arrêt du 17 avril 2008, une décision qui nie le critère de nationalité.....	175
2/ Un choix de juridiction guidé par la réparation et la sanction de l'auteur de la discrimination.....	177
a) Une réparation des dommages ou préjudices devant la juridiction civile.....	178
b) Une action pénale visant à sanctionner l'auteur de la discrimination.....	179
3/ Une consécration de la répartition de la charge de la preuve et un régime de sanctions dissuasif, en application de la directive 2000/73/CE.....	181
a) Une répartition de la charge de la preuve consacrée en application des directives européennes ..	181

b) Un régime de sanctions effectives et dissuasives en application des exigences de la directive du 27 novembre 2000	181
4/ La loi du 16 novembre 2001, des aménagements de la charge de la preuve au profit des salariés.....	183
a) Une modification substantielle des dispositions pénales relatives aux discriminations liées au travail	183
b) Un aménagement de la charge de la preuve dans la procédure civile	185
B – L’INFLUENCE SUR LES VOIES DE RECOURS NON JURIDICTIONNELS	187
1/ Un ensemble de dispositifs non juridictionnels dans le secteur privé	188
a) Un rôle de veille, d’alerte et d’interpellation des délégués du personnel	188
b) Une conciliation possible par l’intermédiaire de l’inspecteur du travail	188
2/ Le recours administratif dans le cadre la fonction publique	189
a) Le recours gracieux et le recours hiérarchique dans le cadre de la fonction publique.....	189
b) Le recours au Défenseur des droits.....	190
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	193
DEUXIEME PARTIE : L’INSUFFISANTE DECLINAISON DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL AU SEIN DES TERRITOIRES REGIS PAR L’ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION	195
INTRODUCTION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	197
TITRE I : UNE APPLICABILITE DIFFERENCIEE AUX TERRITOIRES REGIS PAR L’ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION DU DROIT UNIVERSEL, DU DROIT EUROPEEN ET DU DROIT NATIONAL RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL	209
CHAPITRE I UNE APPLICABILITE VARIABLE AUX TERRITOIRES REGIS PAR L’ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION DES TRAITES INTERNATIONAUX RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL.....	211
I – L’APPLICABILITE AUX TERRITOIRES REGIS PAR L’ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION, DES TRAITES RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL CONCLUS DANS LE CADRE DU SYSTEME DES NATIONS UNIES	211
A – L’APPLICABILITE DES DISPOSITIONS DE LA CHARTE INTERNATIONALE DES DROITS DE L’HOMME.....	211
1/ Le « droit au travail » : un droit universel, de portée juridique limitée.....	212
a) Un droit au travail, limité aux « moyens mis en œuvre »	213
b) Une exigence qui s’impose aux autorités administratives	214
2/ Le caractère aggravé du chômage dans les collectivités territoriales régies par l’article 73 de la Constitution.....	215
a) Incidence de la décision du Conseil constitutionnel n° 83-156 DC du 28 mai 1983 relative au droit au travail, sur les collectivités territoriales régies par l’article 73 de la Constitution	215
b) Un chômage plus important dans les Collectivités territoriales situées outremer, en comparaison avec la métropole.....	216
3/ Une réserve au PIDCP applicable aux minorités ethniques de Guyane.....	217
a) La réserve aux PIDCP au nom de l’universalisme républicain	217
b) La réserve à la CIDE, défavorable à l’éducation et à l’emploi.....	218
B – L’APPLICABILITE DES DISPOSITIONS SPECIFIQUES DE LA CEDEF, DE LA CERD ET DES CONVENTIONS INTERNATIONALES DU TRAVAIL DE L’OIT	219
1/ L’applicabilité de la CEDEF et de la CERD.....	219
a) Une volonté d’éliminer des pratiques coutumières défavorables aux femmes de Mayotte, allant dans le sens de la CEDEF	219
b) Une volonté du comité CERD d’éliminer les inégalités pour les peuples autochtones de Guyane.....	220
2/ L’applicabilité des conventions de l’OIT	221
a) Une applicabilité aux territoires non métropolitains, symptomatique de la vision de l’OIT	222
b) L’application de plein droit de la convention n° C188 sur le travail dans la pêche	222
II - L’APPLICABILITE AUX TERRITOIRES REGIS PAR L’ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION DES TRAITES RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL, CONCLUS DANS LE CADRE DU CONSEIL DE L’EUROPE.....	223
A - L’APPLICABILITE DES DISPOSITIONS DE LA CEDH ET DE SES PROTOCOLES	224
1/ L’aspect territorial : la réaffirmation du principe d’unité et d’invisibilité de la République	224
2/ Un détournement possible de la clause « nécessités locales »	226
a) Des craintes quant à l’interprétation de l’expression « nécessités locales ».....	227
b) Une opposition de la Cour EDH à une interprétation extensive des « nécessités locales »	227
B – L’APPLICABILITE DES DISPOSITIONS DE LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE.....	228
1/ Les tergiversations du Conseil d’Etat, concernant l’effet direct de la CSE	228
a) La non reconnaissance par le CE de l’effet direct de la CSE	228

b) Un renouvellement jurisprudentiel, entre effet direct et non applicabilité en droit interne	229
2/ Vers une admission de l'effet direct de la CSE par la Cour de Cassation	230
a) L'hésitation de la Cour de Cassation	230
b) Une reconnaissance de l'effet direct de certaines dispositions de la CSE	231
CHAPITRE II UNE APPLICABILITE DE PLEIN DROIT AVEC POSSIBILITES D'ADAPTATION DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET DU DROIT INTERNE FRANÇAIS RELATIFS A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL, AUX TERRITOIRES REGIS PAR L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION	233
I – L'APPLICABILITE A LA GUADELOUPE, LA GUYANE, LA MARTINIQUE, MAYOTTE ET LA REUNION DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE RELATIF A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL	233
A – L'EMERGENCE DU STATUT DE REGION ULTRAPERIPHERIQUE CARACTERISE PAR L'APPLICABILITE DE PLEIN DROIT AVEC POSSIBILITES DE MESURES SPECIFIQUES	234
1/ L'arrêt Hansen : applicabilité de plein droit et larges possibilités d'adaptation	234
2/ La reconnaissance d'un véritable statut spécifique avec le Traité d'Amsterdam	235
B – LA SITUATION JURIDIQUE SPECIFIQUE DES RUP DANS LE TRAITE DE LISBONNE ET DANS LE DROIT DERIVE ACTUEL	236
1/ La confirmation du régime d'applicabilité de plein droit avec possibilités de mesures spécifiques	237
2/ La prise en compte en pratique des spécificités des RUP	238
3/ L'appui à l'intégration des RUP dans les régions avoisinantes favorable au développement économique et à l'emploi	239
C - L'EXCLUSION DES OUTREMERS DU CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION DE SCHENGEN	241
1/ Un régime discriminatoire applicable aux étrangers bénéficiant d'un droit d'entrer et de séjour dans les outremers, y compris dans les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution	241
2/ Une exception : la circulation des étrangers à haut niveau de qualification	243
II – LE PRINCIPE DE L'APPLICABILITE DE PLEIN DROIT DES REGLES NATIONALES, Y COMPRIS RELATIVES A LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL, AUX COLLECTIVITES TERRITORIALES REGIES PAR L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION ET SES MODULATIONS	244
A – LE PRINCIPE DE L'APPLICABILITE DE PLEIN DROIT DES REGLES NATIONALES AUX COLLECTIVITES TERRITORIALES REGIES PAR LES VERSIONS SUCCESSIVES DE L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION	245
1 / L'applicabilité de plein droit issue de l'article 73 de la Constitution de 1946	246
a) La non application automatique des règles nationales, concernant notamment le travail, sous le régime de la loi du 19 mars 1946	246
b) L'instauration de l'identité législative par l'article 73 de la Constitution de 1946	247
2/ L'applicabilité de plein droit issue de l'article 73 de la Constitution de 1958 dans sa rédaction originelle et suite à la révision du 28 mars 2003	248
a) L'applicabilité de plein droit dans la rédaction originelle de l'article 73 de la Constitution de 1958	248
b) L'application de plein droit dans la rédaction de l'article 73 de la Constitution suite à la révision du 28 mars 2003	249
B – LES MODULATIONS DU PRINCIPE DE L'APPLICATION DE PLEIN DROIT : EXCEPTIONS, ADAPTATIONS ET ADOPTIONS DE REGLES SPECIFIQUES	250
1/ Les possibilités ouvertes par l'article 73 de la Constitution de 1946 et par la rédaction originelle de l'article 73 de la Constitution de 1958	250
a) Les possibilités d'exceptions prévues par l'article 73 de la Constitution de 1946 et l'interprétation du Conseil d'Etat	251
b) Les possibilités d'adaptation prévues par la rédaction originelle de l'article 73 de la Constitution de 1958 et l'interprétation du Conseil constitutionnel	251
2/ Une rédaction nouvelle étendant la marge d'adaptation et ouvrant la voie à l'adoption de règles spécifiques	252
a) Des possibilités plus larges d'adaptations et les premières interprétations du Conseil constitutionnel	252
b) Des possibilités d'adoption de règles spécifiques mais encadrées	253
c) Les opportunités saisies par les Régions de Guadeloupe et de Martinique	254
TITRE II : LE DEFICIT D'APPLICATION DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL DANS LES COLLECTIVITES TERRITORIALES REGIES PAR L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION : DIAGNOSTICS ET REMEDES	257
CHAPITRE I LA PERSISTANCE DE DISCRIMINATIONS LIEES AU TRAVAIL INSUFFISAMMENT COMPENSEES PAR LES POLITIQUES PUBLIQUES	259

I – LE DEFICIT D’APPLICATION DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL EN GUADELOUPE, GUYANE, MARTINIQUE ET A LA REUNION	259
A – DES APPLICATIONS DISCRIMINATOIRES DES PRINCIPES D’APPLICATION DE PLEIN DROIT ET D’ADAPTATION	259
1) Les discriminations à l’encontre des femmes	260
2/ La non application de dispositions favorables liées au travail, en raison de motifs financiers	260
a) Des distorsions justifiées par la nécessaire adaptation aux conditions locales	261
b) Des distorsions en matière de droits sociaux, justifiées par la « nécessaire adaptation aux conditions locales »	261
3/ L’ordonnance du 15 octobre 1960, une atteinte aux droits et libertés fondamentaux	262
a) Une atteinte à la liberté d’expression	263
b) Une atteinte aux droits de la fonction publique	265
4/ Des discriminations flagrantes concernant la représentativité syndicale	266
a) Le refus de la représentativité des syndicats locaux	266
b) L’évolution favorable de la réglementation mais des résistances sur le terrain	267
5/ Le cloisonnement des autorisations de travail pour les étrangers	269
a) Une autorisation de travail géographiquement limitée	269
b) Une limitation des droits fondamentaux des travailleurs étrangers	270
6/ Un Etat minimal : le travail clandestin très répandu	271
a) Le « Job » : une tradition centenaire	272
b) Un travail clandestin qui nie le code du travail et de la sécurité sociale	272
c) Un travail clandestin qui touche tous les secteurs de l’économie	273
d) Le travail clandestin : un palliatif au sous-emploi	273
B – DES POLITIQUES PUBLIQUES QUI NE SONT PAS A LA HAUTEUR D’UNE SITUATION ECONOMIQUE ET SOCIALE DEGRADEE	274
1/ Un écart très important dans l’attribution des minimas sociaux	274
a) Une difficile égalisation du RMI avec la France métropolitaine	275
b) Un retard considérable dans l’attribution des allocations familiales comme palliatif à l’absence de revenus salariés	276
2/ Le SMIC et les indemnités liées au chômage	278
a) Une égalisation tardive du SMIC	278
b) Une longue hésitation gouvernementale quant à l’attribution de l’assurance chômage	279
II– LE DEFICIT D’APPLICATION DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION LIEE AU TRAVAIL A MAYOTTE	280
A – DES SITUATIONS DISCRIMINATOIRES	280
1/ Un code du travail qui déroge au droit commun	280
a) Mayotte : Une protection sociale soumise à des règles strictes d’autorisation de travail	281
b) Un droit au travail soumis à des restrictions	282
c) Un code du travail défavorable aux Mahorais	283
2/ Une égalisation très progressive des politiques de l’emploi	284
a) Des droits sociaux moins avantageux pour les mahorais	284
b) L’absence de nombreux dispositifs de sécurité sociale	285
B – UN PROCESSUS DE TRANSITION TROP LENT VERS L’EGALITE	287
1/ Des avantages financiers attribués aux fonctionnaires nommés à Mayotte	287
a) Un salaire plus élevé pour les fonctionnaires affectés à Mayotte	287
b) Des primes appliquées en principe aux cas de mutations vers un pays non français	288
2/ Un statut de français privilégiés dans l’emploi	289
a) Une triple hiérarchisation sociale de la société mahoraise entre français, français non privilégiés et non mahorais voisins	289
b) Un accès très faible des Mahorais à l’enseignement et à la culture avec des incidences sur l’emploi	290
CHAPITRE II QUELQUES PISTES D’AMELIORATIONS POSSIBLES	293
I – UNE MEILLEURE DECLINAISON DES PRECONISATIONS ONUSIENNES ET LA MISE EN PLACE DE PLANS D’ACTIONS LOCAUX	294
A – UNE MEILLEURE MISE EN ŒUVRE DES PRECONISATIONS DES ORGANISMES PARA-JURIDICTIONNELS DES NATIONS UNIES	295
1/ L’incompatibilité avec le PIDCP de la situation des étrangers dans les collectivités territoriales situées outremer	295
2/ Une meilleure application des DESC dans la pratique au sein des collectivités territoriales situées outremer	297
B – DES PLANS D’ACTIONS LOCAUX	298

1/ Une stratégie de communication destinée à sensibiliser les pouvoirs publics, pour une meilleure intégration des catégories vulnérables.....	299
a) Une action de prévention de l'IDHM	299
b) Une stratégie qui allie communication de masse et communication de proximité.....	299
c) Des revendications portées par les parlementaires au niveau national	300
d) Les actions de Groupe par le biais des syndicats.....	300
2/ Une amélioration de la présence des catégories vulnérables de travailleurs dans l'emploi et la profession	301
a) Une consécration par le juge administratif du concept de « discrimination positive ».....	301
b) L'élaboration d'indicateurs d'égalité.....	302
c) Une sécurisation des catégories vulnérables.....	303
II – LA NECESSAIRE INTERVENTION DES AAI ET DES ONG	304
A – LES AAI, DES ACTIONS DE PROMOTION DE LA DIVERSITE CULTURELLE	305
1/ La promotion de la diversité	305
a) Les modalités de saisine des AAI.....	305
b) Une influence juridictionnelle certaine des AAI	306
2/ L'action des AAI : vers la représentation des ressortissants des collectivités situées outremer dans l'audiovisuel : l'exemple du CSA	307
a) Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, un label diversité	308
b) Une nécessaire reconnaissance des ressortissants des collectivités territoriales situées outremer dans les médias	309
B – UNE NECESSAIRE INTERVENTION DES ONG AU NIVEAU LOCAL	310
1/ Une formation des ONG pour une meilleure assistance aux victimes	311
a) Une formation à la non-discrimination et à la gestion de la diversité.....	312
b) Une meilleure assistance aux victimes de discriminations.....	312
2/ L'action indispensable des ONG : en matière d'assistance aux victimes, dans les collectivités territoriales situées outremer	313
a) Un droit à la saisine collective et la procédure de plainte collective	313
b) Un développement timide de l'action des ONG en faveur des victimes de discriminations.....	315
3/ Une présence locale des ONG.....	316
a) Les délégués territoriaux.....	316
b) Une étroite collaboration avec les institutions locales.....	316
III – LA MISE EN PLACE DE POLITIQUES DE COMPENSATION DES INEGALITES ET DES DISCRIMINATIONS	317
1/ Vers un développement des politiques favorisant les populations issues des collectivités territoriales situées outremer	317
2/ Une « approche intégrée » pour combattre les discriminations territoriales	319
3/ Vers la mise en œuvre de mesures de « discriminations positives territoriales », dans les collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution	320
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	323
CONCLUSION GENERALE.....	327
BIBLIOGRAPHIE	333
ANNEXES	409
TABLE DES MATIERES	525