

Égalité dans l'emploi ou droit à la différence? Un point de vue international

Jean-Michel Servais

Volume 33, numéro 2, 1992

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043147ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043147ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Servais, J.-M. (1992). Égalité dans l'emploi ou droit à la différence? Un point de vue international. *Les Cahiers de droit*, 33(2), 515–533.
<https://doi.org/10.7202/043147ar>

Résumé de l'article

Il est rare aujourd'hui que quelqu'un se déclare opposé à l'égalité de chances et de traitement. Pourtant l'application de ce principe, en matière d'emploi notamment, s'avère malaisée. L'auteur passe en revue les principaux problèmes qui, à son avis, se posent à cet égard. Il examine en particulier la manière d'harmoniser celui-ci avec la revendication d'un droit à la différence. Il se réfère aux normes de l'Organisation internationale du travail (OIT) relatives à la lutte contre les discriminations et analyse comment les conventions et recommandations internationales, dans leur lettre et dans leur mise en oeuvre, cherchent à concilier des objectifs et des intérêts éloignés sinon discriminatoires.

Égalité dans l'emploi ou droit à la différence ? Un point de vue international*

Jean-Michel SERVAIS**

Il est rare aujourd'hui que quelqu'un se déclare opposé à l'égalité de chances et de traitement. Pourtant l'application de ce principe, en matière d'emploi notamment, s'avère malaisée. L'auteur passe en revue les principaux problèmes qui, à son avis, se posent à cet égard. Il examine en particulier la manière d'harmoniser celui-ci avec la revendication d'un droit à la différence. Il se réfère aux normes de l'Organisation internationale du travail (OIT) relatives à la lutte contre les discriminations et analyse comment les conventions et recommandations internationales, dans leur lettre et dans leur mise en œuvre, cherchent à concilier des objectifs et des intérêts éloignés sinon discriminatoires.

Today it is somewhat out of the ordinary for a person to state opposition to equal opportunities and treatment. Yet in matters relating to employment, it is an awkward principle to apply. The author passes in review the main problems which in his viewpoint, are raised. He specifically examines this principle when confronted with the right to be different. He refers to the International Labor Organization in regard to the fight against discrimination and analyzes how international treaties and recommendations—in their spirit and enforcement—seek to reconcile objectives and interests that are distant, if not contradictory.

* L'auteur n'exprime ici que des vues personnelles qui ne sont pas nécessairement celles de l'Organisation internationale du travail.

** Fonctionnaire au Bureau international de travail, secrétaire général de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale.

	<i>Pages</i>
1. Clés pour une réflexion	518
1.1 Problématique	518
1.2 L'égalité dans le droit	519
2. La promotion de l'égalité professionnelle à l'Organisation internationale du travail	522
2.1 La Convention n° 111 et les autres instruments de l'Organisation internationale du travail	522
2.1.1 Les causes de discrimination	522
2.1.2 Les domaines protégés	525
2.1.3 Les actes et les situations discriminatoires	525
2.1.4 La portée des normes de l'Organisation internationale du travail sur l'égalité	528
2.1.5 La mise en œuvre des normes de l'Organisation internationale du travail sur l'égalité	529
2.2 Les procédures	531
Conclusion	532

« Il est faux que l'égalité soit une loi de la nature », écrivait Vauvenargues au XVIII^e siècle. « La nature n'a rien fait d'égal ; sa loi souveraine est la subordination et la dépendance ». Effectivement, et l'on pourrait multiplier les citations, la naissance nous a laissé beau ou laid, vigoureux ou chétif, intelligent ou stupide, d'un caractère trempé ou hésitant... La vie en société n'a fait qu'accentuer ces inégalités. Selon que vous serez puissant ou misérable, disait à son tour La Fontaine, le jugement de cour vous rendra blanc ou noir.

Il y avait par conséquent beaucoup de naïveté, sinon de cynisme, à prôner seulement une égalité — formelle, a-t-on dit plus tard — devant la loi. On a eu beau jeu de souligner par la suite que c'était le droit égal de rester ou de devenir inégaux ou encore que tout droit présupposait l'inégalité : il consistait en effet dans l'application d'une règle unique à des individus différents. Plaute, le poète romain, avait déjà averti : la loi ne donne pas les mêmes droits au pauvre qu'au riche.

Soyons justes. La volonté de consacrer dans des textes constitutionnels ou autres l'égalité devant la loi tendait à abolir les immunités et les privilèges accordés à certains ou à certaines classes par les monarchies européennes. On a certes péché par juridisme en imposant aux États une simple obligation d'abstention. On a certes oublié de prendre en considération le substrat d'économico-social. On a néanmoins établi le principe de la non-discrimination. Ce dernier consiste fondamentalement, en droit posi-

tif, à rejeter les critères de différenciation que l'on énumère : la race, la religion, l'opinion politique, l'origine sociale, etc.¹.

Encore fallait-il vérifier si ces textes constitutionnels ou législatifs exigeaient un élément intentionnel pour sanctionner les distinctions interdites. Encore fallait-il plus fondamentalement s'interroger sur leur contrôle et leur interprétation. C'était poser le problème du recours en inconstitutionnalité des lois et règlements. C'était aussi se demander comment on pouvait tout à la fois prôner l'égalité et accepter l'esclavage ou l'exclusion des femmes de la vie publique.

Du moins ces textes ont-ils autorisé des distinctions là où les situations étaient différentes et permis de protéger spécialement des catégories de personnes jugées plus vulnérables : les enfants, les femmes... plus généralement, les travailleurs considérés comme la partie la plus faible à la relation de travail. C'était un premier pas vers une égalité plus réelle. Une large part des législations du travail est fondée sur cette idée.

Le concept d'égalité a acquis progressivement, sous l'influence en particulier de la pensée anglo-saxonne, une portée tout à la fois plus large et plus positive. La demande — l'obligation — n'est plus seulement faite à l'État de s'abstenir : il est appelé à promouvoir cette égalité par des mesures concrètes, à la rendre plus réelle, à redresser les disparités naturelles ou sociales, à émanciper les victimes des déséquilibres sociaux. On se posera alors la question de savoir si cette politique de faveur à l'égard de catégories considérées comme désavantagées n'implique pas à son tour une discrimination. Dans l'affirmative, il revient aux responsables politiques de décider s'ils l'acceptent ou non, et jusqu'à quel point.

La notion d'égalité peut encore prendre un sens plus radical. On attend alors des pouvoirs publics non plus seulement qu'ils encouragent l'égalité mais qu'ils la réalisent — véritable obligation de résultat — dans un domaine, par exemple, le sexe, dans plusieurs ou dans tous.

Quelle que soit l'approche adoptée, la volonté politique d'arriver à plus d'égalité doit se matérialiser dans une politique, dans des programmes et dans des décisions. L'action est normative d'abord, et c'est celle-ci qui nous occupera surtout. Mais elle est pratique aussi ; j'en évoquerai les aspects principaux. Les deux méthodes apparaissent d'ailleurs indissociables.

L'égalité entre les êtres humains constitue l'un des droits fondamentaux de l'homme. Bien plus, elle apparaît comme l'un des éléments essen-

1. Voir notamment K.J. PARTSCH, « Fundamental Principles of Human Rights : Self-Determination, Equality and Non-Discrimination », dans K. VASAK (dir.), *The International Dimension of Human Rights*, vol. 1, Paris, UNESCO, 1982, p. 61 et suiv.

tiels des autres droits dans la mesure où la reconnaissance de ceux-ci ne prend toute sa portée que s'ils sont accordés à tous. C'est notamment le cas de la liberté religieuse² ou de la liberté syndicale.

Il est rare aujourd'hui de se déclarer opposé à l'égalité dans son principe, quand celui-ci s'exprime en termes généraux. Pourtant, sa mise en œuvre s'avère malaisée. Des analyses, des objectifs, des intérêts contradictoires apparaissent. Les réconcilier n'est pas simple. D'ailleurs, la traduction même du concept d'égalité en termes de droit suscite bien des interrogations. Il paraît par conséquent utile d'éclairer l'étude des procédures et des instruments internationaux par quelques réflexions préalables sur le dilemme égalité dans l'emploi ou droit à la différence, c'est-à-dire finalement sur la mesure des distinctions acceptables (1.). J'en viendrai ensuite à l'action spécifique de l'Organisation internationale du travail (OIT) en faveur de l'égalité professionnelle (2.).

1. Clés pour une réflexion

1.1 Problématique

C'est le propre sans doute de l'homme politique de qualité de rechercher et de trouver des terrains d'entente, des consensus entre des groupes et des intérêts divers. Mais en matière d'égalité, sa tâche apparaît singulièrement ardue. Prenons quelques exemples.

J'évoquais en commençant la protection des catégories défavorisées de travailleurs. Ces garanties ne vont-elles pas à l'encontre d'une égalité bien comprise ? La question a été récemment soulevée à propos des travailleuses. Elle pourrait se poser chaque fois qu'on souhaite accorder un avantage à un groupe spécifique. Bien plus, les mesures prises quelquefois pour redresser les inégalités de chances et le traitement, la priorité au recrutement ou à l'avancement par exemple, ne constituent-elles pas des formes très réelles de discrimination ?

Dans les mesures de protection, comme dans celles de redressement, il convient d'éviter la surproduction des règles, synonyme de paralysie et d'inefficacité. Le mieux est l'ennemi du bien : « Comme les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires, celles qu'on peut éluder affaiblissent la législation³. »

2. Voir à ce dernier propos T. RAMM, « Discrimination : International Development and Remarks of Legal Theory », dans F. SCHMIDT (dir.), *Discrimination in Employment*, Stockholm, Almqvist and Wiksell, 1978, p. 508 ; voir aussi K.J. PARTSCH, *loc. cit.*, note 1, 61 ; A. BARRÉ, *La discrimination dans le droit international du travail*, thèse de doctorat, Lyon, Université de Lyon III, 1984, p. 93.

3. C. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XXIX, chap. 16, Londres, 1772.

Autre éclairage qui se focalise — mais les deux éléments vont souvent de pair — sur les moins nombreux plutôt que sur les plus vulnérables : dans quelle mesure faut-il protéger les minorités contre la loi de la majorité ? Dans quelle mesure faut-il reconnaître ici encore un droit à la différence ? Voilà une autre manière de réfléchir à l'équilibre entre interventionnisme et liberté. Voilà aussi un terrain sur lequel avancer avec beaucoup de circonspection : la différence, c'est aussi l'apartheid.

Les partisans de l'interventionnisme auront, d'une manière générale, beau jeu de souligner l'écart entre l'égalité formelle, devant la loi, et l'égalité ancrée dans les faits. Effectivement, des droits égaux n'ont pas les mêmes effets quand les conditions de leur exercice diffèrent. Que l'on pense aux travailleurs immigrés. Des garanties supplémentaires restent nécessaires.

Mais il n'en faut point trop, sous peine d'enrayer la machine économique. Les défenseurs du « moins d'État » et du « plus de liberté » ont aussi de solides arguments à avancer. Au-delà, il est d'ailleurs utile de se demander si l'égalité totale ne nuirait pas à l'efficacité économique. Certaines distinctions — mais lesquelles ? — constituent, chacun le reconnaît, des éléments inévitables de dynamisme et d'incitation à la créativité. En d'autres mots, il s'agit de trouver le meilleur équilibre possible entre liberté et égalité : voilà des options à opérer, des décisions à prendre et à traduire en règles de droit. Elles ne sont pas faciles.

1.2 L'égalité dans le droit

La plupart des constitutions nationales consacrent aujourd'hui, comme de nombreux instruments internationaux, le principe d'égalité. Mais ces textes le font en termes généraux et laissent à l'interprète un pouvoir d'appréciation considérable qui n'est pas sans péril.

Personne ne défend certes l'égalité absolue, mécanique. Chacun admet que des différences de traitement peuvent se fonder sur des critères objectifs, préétablis et génériques (ainsi des « privilèges » accordés à des handicapés). Néanmoins, aucune indication précise ne figure le plus souvent dans les dispositions constitutionnelles sur la mesure dans laquelle des distinctions sont acceptables.

Il existe dans ces conditions un risque très réel de subjectivisme, et personne sans doute n'y échappe totalement. Il est, en particulier, tentant de chercher à justifier des discriminations qui font corps avec les mœurs du moment, sans réfléchir à ce qu'elles ont de choquant. Prenons deux exemples tirés du passé. La *Déclaration américaine de l'indépendance* proclamait, en 1776, que tous les hommes étaient créés égaux ; cela n'a pas

empêché les États-Unis d'alors d'accepter l'esclavage. Quant à la Constitution belge de 1830, considérée à l'époque comme un modèle libéral, elle déclarait bien que les Belges étaient égaux devant la loi ; cette dernière n'en a pas moins exclu beaucoup d'hommes, et toutes les femmes, d'un droit aussi élémentaire que celui de voter.

Le premier danger consiste ainsi à limiter à l'excès la portée de ces dispositions, à multiplier les catégories de citoyens — ou de travailleurs pour ce qui nous occupe — ainsi que les différences entre eux.

Mais un deuxième danger apparaît : celui de choisir à l'inverse une lecture radicale de ces textes, à bannir les distinctions les plus naturelles. Faut-il, par exemple, maintenir un âge de retraite obligatoire ? Cette différence fondée sur l'âge n'est-elle pas à bien des égards préférable à une absence de règle qui reviendrait à autoriser l'employeur à licencier quand lui seul le souhaite le travailleur vieillissant ? Plus généralement, l'abolition pure et simple de distinctions peut cacher une dérégulation, la suppression d'une protection socialement utile. À la limite, on peut déboucher sur une véritable perversion de ce droit de l'homme.

Dans le cas des instruments internationaux, où les mécanismes de contrôle apparaissent plus fragiles, des critiques fondées sur une interprétation extrémiste peuvent conduire les gouvernements intéressés à rejeter les remarques qui leur sont faites, à mettre en cause l'autorité des organes de supervision, voire à dénoncer les conventions internationales en cause.

Tous les droits nationaux, ou presque, contiennent aujourd'hui des dispositions constitutionnelles ou législatives sur l'égalité de droit, de chances ou de traitement. Les Anglo-Saxons comptent manifestement parmi ceux qui ont bâti les systèmes les plus sophistiqués dans ce domaine. Les Français y ont, de leur côté, beaucoup réfléchi, à l'occasion notamment de la célébration du bicentenaire de leur Révolution⁴. De nombreuses études comparatives ont également été publiées à ce propos ; elles constituent évidemment le passage obligé d'une réflexion en profondeur⁵.

4. Voir par exemple les contributions consacrées à la question de l'égalité dans le numéro thématique spécial de *Droit social* : « Liberté, égalité, fraternité... et droit du travail », (1990) *Droit social* (janvier).

5. Voir, en particulier dans le domaine de l'emploi, F. SCHMIDT (dir.), *op cit.*, note 2 ; R. BLANPAIN (dir.), *Equality and Prohibition of Discrimination in Employment*, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, n° 14, Deventer, Kluwer, 1985 ; R. BLANPAIN, « Quality of Treatment in Employment », dans *International Encyclopedia of Comparative Law*, t. XV, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1990, pp. 10-1-10-122.

Sur le plan international, nombreux sont les traités, les conventions, les recommandations à consacrer le principe d'égalité. Je citerai spécialement, parce qu'ils touchent au domaine de l'emploi :

- les deux pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme ;
- la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* ;
- la *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid* ;
- la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* ;
- la *Convention internationale sur la protection de tous les travailleurs migrants et de leur famille*.

Outre les textes adoptés dans le cadre des Nations Unies, je mentionnerai la *Convention* et la *Recommandation* de l'UNESCO concernant la *lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement* ainsi que des instruments régionaux. Ceux-ci n'ont toutefois pas toujours la même précision ou la même portée. C'est le cas notamment de la *Charte sociale européenne* et de son *Protocole additionnel* (la *Convention européenne des droits de l'homme* est plus explicite pour les droits qui y sont reconnus)⁶. En revanche, la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* et, surtout, le *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme* ainsi que la *Convention arabe sur les normes de travail* contiennent des dispositions spécifiques.

Mais concentrons-nous sur les normes de l'OIT, les plus riches, les plus porteuses dans le domaine de l'emploi. Le principe d'égalité figure dans la *Déclaration dite de Philadelphie* annexée à la Constitution de l'Organisation⁷. Il apparaît aussi dans un grand nombre d'instruments. La *Convention n° 111* et la *Recommandation n° 111 de 1958 concernant la discrimination* (emploi et profession) contiennent les normes de base en la matière. C'est surtout d'elles dont il sera question ici. Parmi les autres instruments, je mentionnerai spécialement la *Convention n° 100* et la *Recommandation n° 90 de 1951 sur l'égalité de rémunération*, la *Convention n° 156* et la *Recommandation n° 165 de 1981 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales*, la *Convention n° 118 de 1962 sur l'égalité de traitement* (sécurité sociale). Considérons spécialement la manière dont ces normes ont traité les problématiques que j'ai évoquées.

6. Le droit des Communautés européennes porte essentiellement quant à lui sur l'égalité entre travailleuses et travailleurs.

2. La promotion de l'égalité professionnelle à l'Organisation internationale du travail

2.1 La Convention n° 111 et les autres instruments de l'Organisation internationale du travail

Pour la Convention n° 111 de l'OIT, la discrimination comprend « 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 ».

Les États peuvent évidemment ajouter d'autres causes de discrimination. S'ils le font, précise l'instrument, ils doivent consulter préalablement les organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, s'il en existe, et d'autres organismes appropriés.

Examinons successivement les causes de discrimination, les domaines protégés, les actes ou les situations discriminatoires, la portée des normes internationales du travail en la matière, spécialement celles qui sont consacrées par la Convention n° 111, et leur mise en œuvre.

2.1.1 Les causes de discrimination

Certaines causes de discrimination figurent dans la Convention n° 111, d'autres non. Commençons par les premières.

La *race*, la *couleur* de la peau constituent des critères bien connus de discrimination. Ils ont conduit à imposer des ségrégations ou apartheid. J'observe que les comportements négatifs frappent surtout les minorités importantes. Ils s'adressent moins aux groupes peu nombreux⁸. La race s'avère difficile à définir scientifiquement. On peut d'ailleurs s'interroger, en ce qui nous concerne, sur son utilité, dans la mesure où c'est moins la race, la couleur ou l'origine ethnique de la personne visée qui est réellement en cause que les valeurs négatives que l'auteur de la discrimination croit déceler chez la victime⁹.

Les différences de traitement fondées sur le *sexe* situent l'essentiel des débats sur les discriminations inacceptables et les distinctions légitimes.

7. Le Préambule de la Constitution de l'OIT se réfère en outre au principe « à travail égal, salaire égal ».

8. Voir aussi, par exemple, B. AARON, « Discrimination based on race, color, ethnicity and national origin », dans F. SCHMIDT (dir), *op. cit.*, note 2, p. 51 et suiv.

9. Voir CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL (75^e session, 1988), *Égalité dans l'emploi et la profession. Étude d'ensemble de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, Genève, BIT, 1988, par. 33.

Convient-il, par exemple, de protéger spécialement les femmes au travail ? Comment réaliser une égalité effective de rémunération pour une même fonction (ou une tâche équivalente) ? L'état civil apporte aussi son lot de discriminations. Ainsi en est-il du célibat imposé aux femmes si elles veulent conserver certains emplois. Le critère ne repose pas vraiment ici sur l'état matrimonial mais sur la constatation que certaines exigences (l'absence de mariage) s'imposent aux personnes d'un seul sexe¹⁰.

La religion, les convictions politiques apparaissent comme des éléments de la liberté d'opinion et d'expression appliquée à la relation d'emploi. On s'interrogera à ce propos sur les limites à cette liberté (pour occuper certains postes de travail) mais aussi sur le droit d'exiger une croyance spécifique pour remplir des fonctions déterminées (dans une institution religieuse par exemple). On se demandera aussi si la religion constitue un titre suffisant pour obtenir des dérogations aux règles normales sur les congés, l'habillement (refus de porter le casque par exemple), si elle peut se pratiquer sur le lieu de travail, voire influencer sur le contenu de celui-ci.

La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT a relevé que des dispositions légales accordaient dans certains pays des préférences à des personnes en fonction de leur *origine sociale*, ou des mérites (politiques) de leurs parents, pour accéder à un emploi ou à une formation ; elles portaient aussi sur l'exclusion d'emplois ou de formations déterminées sur la base des mêmes motifs. La division marquée d'une société nationale en classes ou en castes peut entraîner aussi de difficultés d'application de la Convention n° 111.

Celle-ci mentionne enfin l'*ascendance nationale* mais non pas la nationalité. Précisons par conséquent qu'elle vise des distinctions qui s'établiraient à l'égard de personnes d'origine étrangère, mais naturalisées, ou encore quant à des membres de communautés se rattachant à des cultures nationales différentes¹¹. Les étrangers, considérés comme travailleurs migrants, sont l'objet d'autres normes de l'OIT, spécialement de la Convention n° 143 et de la Recommandation n° 151 adoptées en 1975.

Plusieurs instruments de l'OIT mentionnent des facteurs de discrimination qui ne figurent pas expressément dans la Convention n° 111 de l'OIT. C'est le cas de l'affiliation ou de l'action syndicale¹², de l'activité de

10. *Id.*, par. 41.

11. Voir en particulier sur ce point N. VALTICOS, *Droit international du travail*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1983, par. 370 ; C. ROSSILLON, « L'OIT et l'élimination de la discrimination dans l'emploi », *Relations industrielles*, vol. 40, 1985, par. 10 ; V. KARTASHKIN, « Economic, Social and Cultural Rights », dans K. VASAK (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 131.

12. *Convention n° 98 de 1949 sur le droit d'organisation et de négociation collective.*

représentant du personnel¹³, de la situation familiale¹⁴. Des conventions et des recommandations abordent les questions de discrimination à l'égard de catégories spécifiques de travailleurs, comme les migrants déjà cités, les invalides¹⁵ ou les plus âgés. À ce dernier propos, je relève que la *Recommandation n° 162 de 1980 sur les travailleurs âgés* apporte des éléments de réponse à la question : fixer un âge obligatoire pour la retraite constitue-t-il une discrimination fondée sur l'âge ? Elle préconise que le départ à la retraite s'effectue sur une base volontaire et suggère d'assouplir l'âge d'admission aux prestations de vieillesse. Elle appelle en outre à examiner les dispositions fixant un âge obligatoire pour la cessation de la relation de travail à la lumière des principes d'égalité de chances et de traitement.

J'observe aussi que la protection renforcée des travailleurs anciens (l'obligation pour l'employeur de respecter de longs préavis de licenciement par exemple) peut amener des chefs d'entreprise à écarter prématurément de vieux collaborateurs ou à refuser d'embaucher des personnes âgées¹⁶. On retrouve ici les débats sur la compatibilité avec le principe d'égalité mais aussi sur l'efficacité des garanties spéciales accordées à certaines catégories d'ouvriers, d'employés et de cadres.

D'autres motifs de discrimination n'ont pas conduit à l'adoption d'instruments internationaux spécifiques : la langue, la vie privée, des maladies telles que le sida¹⁷, les poursuites ou condamnations judiciaires. Les législations nationales qui traitent de ces questions prennent souvent pour règle de permettre les distinctions là où seulement ces éléments influent réellement sur l'exécution du travail¹⁸. L'appréciation de chaque situation paraît d'autant plus délicate qu'elle est très difficile à établir sans une part de subjectivité.

13. *Convention n° 135 et Recommandation n° 143 de 1971 concernant les représentants des travailleurs.*

14. *Convention n° 156 et Recommandation n° 165 de 1981 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales.* Voir aussi la *Convention n° 158 de 1982 sur le licenciement*, qui cite expressément parmi les motifs non valables de renvoi l'état matrimonial, les responsabilités familiales et la grossesse.

15. *Convention n° 159 et Recommandation n° 168 de 1983 sur la réadaptation professionnelle et l'emploi de personnes handicapées.*

16. Voir P. HORION, « Les discriminations en matière d'emploi en Belgique », (1969) 1 *Revue internationale de droit comparé* 68.

17. Voir par exemple à ce propos A.M. TREBILCOCK, « Le SIDA et le lieu de travail. Les orientations que suggèrent les normes de l'OIT », *Revue internationale du travail*, vol. 128, 1989, pp. 33-51.

18. Voir ainsi G. GUIGNI, « Political, Religious and Private-Life Discrimination », dans F. SCHMIDT (dir.), *op. cit.*, p. 191 et suiv. ; R. BLANPAIN, « Equality and Prohibition of Discrimination in Employment », dans R. BLANPAIN (dir.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 3^e éd., Deventer, Kluwer, 1987, p. 465.

2.1.2 Les domaines protégés

La Convention n° 111 de l'OIT porte sur l'emploi et la profession. Elle précise que ces termes recouvrent l'accès à la formation professionnelle, l'accès à l'emploi et aux différentes professions ainsi que les conditions d'emploi. Elle s'applique aux travailleurs indépendants.

La Recommandation complémentaire n° 111 énumère des domaines à protéger :

- l'accès aux services d'orientation professionnelle et de placement ;
- l'accès à la formation professionnelle et l'emploi de son choix, selon ses aptitudes personnelles ;
- la promotion selon ses qualités personnelles, son expérience, ses aptitudes et son application au travail ;
- la sécurité de l'emploi ;
- la rémunération pour un travail de valeur égale ;
- les conditions de travail, notamment la durée du travail, les périodes de repos, les congés annuels payés, la sécurité et l'hygiène du travail, la sécurité sociale, les services sociaux et les prestations sociales en rapport avec l'emploi.

Elle ajoute que les employeurs ne devraient pratiquer ni tolérer aucune discrimination pour l'engagement, la formation, la promotion, le maintien dans l'emploi ou les conditions d'emploi. Il en va de même des organisations d'employeurs et de travailleurs pour l'admission des membres, le maintien comme membre ou la participation aux affaires syndicales.

La Convention n° 100 et la Recommandation n° 90 complémentaire portent précisément, on l'a dit, sur l'égalité entre hommes et femmes pour un travail de valeur égale¹⁹, notion aussi difficile à définir qu'à appliquer. Quant à la Convention n° 118, elle concerne l'égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux en matière de sécurité sociale.

2.1.3 Les actes et les situations discriminatoires

La discrimination peut provenir de la loi même. Plus souvent, elle résulte de circonstances de fait. La Convention n° 111 de l'OIT se réfère aux distinctions, exclusions ou préférences qui ont pour effet de détruire ou

19. Voir à ce propos CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL (72^e session, 1986), *Égalité de rémunération. Étude d'ensemble de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, Genève, BIT, 1985 ; M. BUDINER, *Le droit de la femme à l'égalité de salaire et la convention n° 100 de l'Organisation internationale du Travail*, Paris, LGDJ, 1975.

d'altérer l'égalité de chances et de traitement. Cette formulation ne limite pas par conséquent la discrimination aux actes intentionnels, comportement négatif ou même simple préférence : elle englobe aussi les conséquences objectives de certaines distinctions apparemment neutres.

La Convention se rapporte aux discriminations tant directes qu'indirectes. Tel peut être le cas d'une législation qui exige la possession de diplômes obtenus auprès d'institutions déterminées ou des conditions particulières pour pouvoir s'inscrire dans certaines professions. Il en va de même lorsque des arrêts de travail liés à la grossesse et à la maternité n'entrent pas dans le calcul de l'ancienneté et que celle-ci constitue un facteur déterminant pour la promotion ou pour la longueur du préavis de licenciement. C'est le cas encore si des licenciements collectifs à caractère économique permettent à l'employeur d'éliminer de manière sélective des travailleurs pour des raisons énumérées dans la convention²⁰.

On se heurte ici à des difficultés de preuve. On aperçoit également à quel point le principe d'égalité peut se trouver en contradiction avec la liberté contractuelle laissée, en particulier par le droit privé, à l'employeur. Ce dernier possède encore souvent la liberté d'embaucher comme celle de reconnaître le degré de qualification professionnelle²¹ nécessaire pour le recrutement, le changement de poste ou la promotion.

La Convention n° 111 ne considère pas comme discriminatoires les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur les qualifications exigées pour un emploi déterminé, les dispositions de sauvegarde de la sécurité ou les mesures spéciales de protection ou d'assistance en faveur de groupes spécifiques de personnes.

Ces exceptions sont difficiles à manier et les risques d'abus évidents.

Les qualifications requises pour certains postes, d'abord, doivent correspondre aux caractéristiques objectives de ceux-ci et apparaître proportionnées à des éléments spécifiques. La question s'est posée par exemple dans une affaire concernant la Norvège à propos des enquêtes sur la foi chrétienne des candidats à des postes, même subalternes, dans les institutions religieuses. Selon l'instance compétente de l'OIT, il convenait d'examiner avec soin les exigences réelles de chaque poste considéré et leur incidence sur les objectifs de l'institution employeuse. En bref, on ne pouvait imposer aux candidats à n'importe quel poste (nettoyeurs, cuisi-

20. Voir CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL (75^e session, 1988), *op. cit.*, note 9, par. 92, 111 et 113.

21. Voir P. HORION, *loc. cit.*, note 16, par. 69 et 72.

niers, gardiens, etc.) d'appartenir à une religion déterminée : tout dépendait de la nature du poste à pourvoir²².

Les mêmes principes s'appliquent aux opinions politiques. Dans l'administration publique, par exemple, celles-ci ne devraient être retenues que pour certains postes supérieurs qui impliquent une confiance particulière ou un devoir plus contraignant de réserve.

Ce dernier point touche de près aux exigences liées à la sécurité de l'État ou, comme le précise la Convention, aux « mesures affectant une personne qui fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'État ou dont il est établi qu'elle se livre en fait à cette activité ». L'instrument refuse de considérer ces mesures comme discriminatoires pour autant que la personne en question ait le droit de recourir à une instance compétente établie selon la pratique nationale.

La Commission d'experts de l'OIT a souligné les conditions dans lesquelles la Convention ne considérerait pas les mesures comme discriminatoires²³. L'instrument se réfère en premier lieu aux activités de la personne, non à son appartenance à un groupe, à une collectivité déterminée. De même, la simple manifestation d'opinions ou de croyances ne saurait être assimilée à une activité préjudiciable à la sécurité de l'État. Il en allait ainsi par exemple du soutien apporté par des travailleurs tchécoslovaques au Manifeste du mouvement de la Charte 77²⁴. Enfin, les mesures destinées à assurer la sécurité de l'État doivent être suffisamment définies et délimitées pour ne pas se traduire par des discriminations fondées sur les opinions politiques ou la religion qui anéantiraient le principe même d'égalité de chances et de traitement. L'application de telles mesures doit s'analyser à la lumière des effets que des activités données pourraient avoir sur l'exercice effectif de l'emploi, de la fonction, de la profession de la personne en cause²⁵.

22. Voir le *Rapport du Comité chargé d'étudier la réclamation présentée par la Fédération norvégienne des syndicats (L.O.) au sujet de l'application de la Convention n° 111 par la Norvège*, Genève, BIT, Conseil d'administration, 222^e session (mars 1983), *doc.* GB 222/18/23.

23. Voir CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL (75^e session, 1988), *op. cit.*, note 9, par. 135 et suiv.

24. Voir le *Rapport du Comité chargé d'étudier la réclamation présentée par la CISL alléguant l'inexécution de la Convention n° 111 par la Tchécoslovaquie*, *Bulletin officiel* (BIT), Supp. vol. LXI, 1978, série A, n°3, notamment par. 21.

25. Voir ainsi le *Rapport de la Commission d'enquête instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'OIT pour examiner l'observation de la Convention n°111 par la République fédérale d'Allemagne*, *Bulletin officiel* (BIT), Supp. 1, vol. LXX, 1987, série B, spécialement par. 576 et suiv.

À ces conditions de fond, la Convention n° 111 ajoute une garantie de procédure : le droit de recours à une instance compétente. Les organes de contrôle de l'OIT ont précisé qu'un contrôle judiciaire ne suffirait pas si les dispositions à appliquer ne respectaient pas les conditions de fond voulues. Ils ont insisté également pour que l'instance de recours se distingue des autorités administratives ou gouvernementales, offre des garanties d'objectivité et d'indépendance et permette au requérant de présenter pleinement sa défense. Une commission d'enquête de l'OIT a eu l'occasion de le rappeler en 1975 dans un cas concernant le Chili²⁶.

La Convention n° 111 ne considère pas comme discriminatoires les mesures spéciales de protection ou d'assistance prévues dans d'autres conventions et recommandations de l'OIT. Il en va de même des mesures définies comme telles dans un pays afin de tenir compte des besoins particuliers de personnes à l'égard desquelles une protection ou une assistance spéciale est, d'une façon générale, jugée nécessaire pour des raisons telles que le sexe, l'âge, l'invalidité, les charges de famille, le niveau social ou culturel, ou encore la fonction syndicale ou de représentation du personnel.

La problématique de la protection opposée à l'égalité s'est surtout développée, on l'a dit, à propos des travailleuses, même si des dispositions spécifiques existent à l'égard de plusieurs autres catégories de travailleurs. Ces dispositions peuvent sans aucun doute rebuter un employeur désireux de recruter du personnel. Mais il peut hésiter même en l'absence d'un texte protecteur : il engage en effet sa responsabilité s'il confie à une femme enceinte (ou susceptible de l'être) des travaux qui exposent sa santé ou celle de l'enfant à des dangers²⁷.

Les questions soulevées ici recoupent enfin le problème des discriminations à rebours, destinées à promouvoir une égalité véritable.

2.1.4 La portée des normes de l'Organisation internationale du travail

Les instruments de l'OIT sur l'égalité de chances et de traitement, la Convention n° 111 en particulier, engagent les États à mettre en œuvre une authentique politique à cet effet. Cette approche ne va pas sans influencer sur la portée de la règle de droit. Rédigées en termes généraux, ces normes ont un caractère essentiellement incitatif : elles fixent des buts à atteindre et leur mise en pratique implique l'adoption de mesures très diverses. La

26. *Rapport de la Commission instituée pour examiner l'observation par le Chili des Conventions nos 1 et 111*, Genève, BIT, 1975, spécialement par. 174 et 175.

27. Voir sur ce point J. JONES, « USA », dans R. BLANPAIN (dir.), *Equality and Prohibition of Discrimination in Employment*, op. cit., note 5, p. 207, à la page 215.

Convention n° 111 possède un caractère « promotionnel » incontestable et contient des obligations, de moyen en quelque sorte, de mener des politiques, d'encourager des programmes.

Plus fondamentalement toutefois, l'État a l'obligation de justifier sa politique devant des instances internationales. Il doit le faire notamment à l'égard de toute loi, de toute action qui contredirait la politique acceptée. À cet égard, les normes de la Convention n° 111 ont un caractère directement contraignant.

Cette double perspective se retrouve dans les commentaires formulés par les organes de contrôle de l'OIT. Ceux-ci ne se contentent pas de suivre les politiques et les programmes destinés à mettre en œuvre les principes consacrés par l'instrument. Ils ont fréquemment demandé, très concrètement, à des gouvernements de modifier une législation ou des pratiques qui apparaissent clairement comme incompatibles avec ces principes.

2.1.5 La mise en œuvre des normes de l'Organisation internationale du travail

Quand un employeur refuse d'engager ou de promouvoir un travailleur, ne l'autorise pas à suivre un recyclage professionnel, le congédie, etc., la mesure ne présente pas nécessairement un caractère discriminatoire. Il reste que prouver la discrimination se révèle malaisé même si l'intention malveillante n'est pas requise.

Beaucoup dépend toutefois de la flexibilité du système des preuves judiciaires. En cas de recrutement, le juge peut en principe examiner les tests, enquêtes et questionnaires et s'assurer, lorsqu'ils sont utilisés, qu'ils ne contiennent aucun élément susceptible de conduire à une discrimination. La loi ou le juge peuvent veiller à ce que le travailleur ne doive pas, d'une manière ou d'une autre, révéler ses opinions politiques ou religieuses. Normalement, prouver la discrimination suffit : il n'est pas nécessaire d'établir en outre l'existence d'un préjudice. Dans certains pays, si le requérant peut apporter des données statistiques ou d'autres éléments qui laissent penser à une discrimination, le défenseur peut se voir appelé à justifier un acte ou une situation, plus précisément à en indiquer les fondements non discriminatoires. C'est là déjà modifier quelque peu la charge de la preuve. Dans certains pays, la législation va plus loin et énumère des actes et des comportements réputés discriminatoires ce qui revient à demander à l'employeur de prouver leur caractère légitime²⁸.

28. Voir sur tout ceci G. GUIGNI, *loc. cit.*, 204 ; P. HORION, *loc. cit.*, note 16, 19 ; B. HEPPLÉ, « Great Britain », dans R. BLANPAIN (dir.), *Equality and Prohibition of Discrimination in Employment*, *op. cit.*, note 5, p. 117, à la page 121 ; R. BLANPAIN, « General Introduction.

Une politique efficace d'égalité de chances et de traitement suppose un ensemble coordonné d'actions : campagnes d'information, d'éducation (auprès notamment des employeurs et des travailleurs) et autres activités promotionnelles, adoption de nouvelles lois et révision de la législation en vigueur, création d'instances de recours et d'autres institutions chargées de suivre ces questions ou de prévoir les réparations voulues en cas de discrimination avérée.

Il faut toutefois se garder de croire que des dommages et intérêts, qu'une somme d'argent, peuvent suffire à compenser le tort subi. Ils peuvent difficilement porter sur les conséquences toujours actuelles d'un comportement discriminatoire d'hier. Bien plus, un employeur peu scrupuleux y verra une espèce de taxe, aléatoire, lui permettant d'agir à sa guise. La nullité de la mesure discriminatoire apparaît, cela va sans dire, dans bien des cas comme la mesure la plus efficace.

Il faut aussi protéger des représailles le travailleur qui introduit un recours ou le collaborateur du patron qui refuse de suivre des instructions discriminatoires.

Au-delà des formules juridiques, beaucoup dépend ici de facteurs historiques, culturels, politiques, économiques et sociaux propres à chaque société nationale. Beaucoup dépend aussi de la conviction avec laquelle les forces vives d'un pays, à commencer par le mouvement syndical là où il est assez puissant, peuvent lutter contre les formes même les plus détournées et les plus insidieuses de discrimination.

Il faut enfin réfléchir au bien-fondé de mesures dites de « discrimination à rebours », conçues pour compenser les inégalités dont souffrent certaines catégories de travailleurs. La question s'est posée à propos des femmes. De telles méthodes peuvent évidemment aboutir à de nouvelles distinctions, exclusions ou préférences en contradiction avec le principe d'égalité²⁹.

A Comparative Overview », dans R. BLANPAIN, *Equality and Prohibition of Discrimination in Employment*, op. cit., note 5, p. 1, aux pages 15-16 ; CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL (75^e session, 1988), op. cit., note 9, par. 27 et 25. Voir aussi J.M. SERVAIS, « Les pratiques antisyndicales en matière d'emploi », *Revue internationale du travail*, vol. 115, mai-juin 1977, pp. 317-318.

29. Voir à ce propos par exemple C. ROSSILLON, loc. cit., note 11, 47-49 ; L. NAGY, « Hungary », dans R. BLANPAIN (dir.), *Equality and Prohibition of Discrimination in Employment*, op. cit., note 5, p. 131, aux pages 134-138.

2.2 Les procédures

Ce n'est pas le lieu de décrire en détail la procédure sophistiquée établie par l'OIT pour la promotion et le contrôle de ses conventions et recommandations³⁰.

Je rappellerai brièvement que, au titre de la Constitution de l'OIT, les gouvernements doivent présenter régulièrement des rapports sur les mesures prises pour mettre à exécution les conventions ratifiées (art. 22) et des informations sur les instruments non tarifiés (art. 19). Ces rapports et ces informations doivent être communiqués aux organisations représentatives des employeurs et des travailleurs du pays (art. 23). Ils font l'objet d'un examen technique de la part d'un organe indépendant, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, puis donnent lieu à une discussion tripartite au sein d'une commission spéciale, instituée chaque année par la Conférence internationale du travail.

La Constitution de l'OIT prévoit également une procédure de réclamations ou de plaintes engagées, dans certaines conditions, soit par des gouvernements, soit par des représentants d'associations patronales ou syndicales.

Le Bureau international du travail (BIT) peut encore utiliser ses bons offices pour résoudre un conflit au sein d'un État ou entre États. Tel fut le cas dans l'affaire du renvoi de travailleurs étrangers par la Jamahiriya arabe libyenne³¹.

Cette procédure générale s'applique évidemment aux conventions adoptées dans le domaine de la discrimination. L'originalité de la Convention n° 111 se manifeste dans les moyens utilisés pour sa mise en œuvre, à la suite de résolutions adoptées par la Conférence internationale du travail.

La décision a ainsi été prise de demander aux États qui n'ont pas ratifié la Convention n° 111 de fournir des rapports, sur la base de l'article 19 de la Constitution, tous les quatre ans. De même, les États qui l'ont ratifiée sont tenus de fournir des rapports plus fréquents que sur la plupart des autres instruments.

Le Conseil d'administration du BIT a par ailleurs lancé un programme spécial destiné à favoriser l'élimination de la discrimination en matière d'emploi. Il a aussi institué en son sein le Comité de la discrimination qui en suit régulièrement l'exécution. Il s'agit pour l'essentiel d'une action d'information, d'éducation et de promotion. Mentionnons, entre autres, la

30. Voir spécialement à ce propos : N. VALTICOS, *op. cit.*, note 11.

31. Voir notamment le document GB 240/14/20 de la 240^e session du Conseil d'administration (mai-juin 1988).

possibilité d'entreprendre des études spéciales sur certaines situations, à la demande de gouvernements, d'organisations d'employeurs ou de travailleurs.

Dans le cadre de ses fonctions générales de centralisation de l'information et d'enquête³², le BIT a reçu la charge d'examiner des cas particuliers et les remèdes à apporter, du point de vue de l'égalité des droits dans le domaines du travail. Le directeur général a soumis par exemple chaque année à la Conférence, depuis 1978, un rapport sur la situation des travailleurs des territoires arabes occupés. Ce document fait suite à la visite annuelle sur place d'un groupe de fonctionnaires du BIT.

La Conférence internationale du travail a également adopté à propos de l'apartheid en Afrique du Sud une déclaration qui a amené une série d'actions spécifiques (rapports spéciaux examinés par le Comité de la discrimination du Conseil d'administration, puis par la Commission spéciale de la Conférence ; coopération technique au bénéfice des populations victimes de l'apartheid). Dans sa version révisée de 1988, cette déclaration³³ engage en particulier les États à adopter des sanctions, économiques notamment, à l'égard de l'Afrique du Sud. Le Conseil d'administration du BIT a constitué un groupe d'experts indépendants chargé de suivre et de contrôler la mise en œuvre de ces sanctions et des autres sanctions contre l'apartheid. Le rôle de l'OIT dans l'évolution positive de la situation a été souligné à la Conférence générale de juin 1990³⁴.

Conclusion

Rarement peut-on voir autant qu'ici se creuser le fossé entre le droit proclamé et le droit appliqué. Car si beaucoup de législations nationales consacrent aujourd'hui le principe d'égalité, bien peu nombreux sont les pays qui pratiquent sans réserve la vertu qu'ils prônent. Fortes sont ici les « viscosités » sociologiques, évident l'impact des facteurs politiques, économiques et sociaux. Il en a été ainsi par exemple à la suite des événements récents en Europe centrale : ceux-ci ont eu un effet immédiat sur l'abolition des discriminations fondées sur l'option politique ; et ces remarques valent aussi, bien évidemment, pour l'âge, la race, la maladie — que l'on songe au sida...

Ces facteurs influencent le juge dans son interprétation de la norme d'égalité, l'administrateur dans l'exécution de sa tâche, l'employeur dans

32. Article 10 de la Constitution de l'OIT.

33. La déclaration s'est référée également à la Namibie.

34. Voir CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL (77^e session, juin 1990), *Compte rendu des travaux*, Genève, BIT, 1990, p. 8/1 et suiv.

son recrutement ou l'élaboration d'une politique de carrière, le responsable syndical dans ses actions de solidarité. Ils seront plus ou moins vigilants, plus ou moins accommodants selon les sociétés, selon les époques, selon les motifs de discrimination.

Alors : égalité dans l'emploi ou droit à la différence ? C'est d'un débat de société dont il s'agit, d'un débat où il faut choisir entre deux logiques, entre deux séries de préoccupations et d'aspirations. C'est un débat jamais terminé, qui dépend d'un équilibre mouvant. Mais il revient en tout cas à chacun d'attirer l'attention, de susciter des mouvements d'opinion vers plus de liberté réelle, de dénoncer la distance qu'il y a des paroles aux actes. Il convient de le faire avec opiniâtreté, mais sans excessives illusions. Voilà bien en effet le type d'engagement sans cesse à recommencer.