

Visualiser l'évolution de la législation contre les discriminations et les inégalités et élargir la notion d'inégalité dans le droit international du travail

Colleen SHEPPARD*

Résumé. *L'auteur examine l'évolution de la relation entre le concept de discrimination dans le droit international du travail et la réalité des inégalités socio-économiques au travail. Conçue au départ comme un principe juridique limité imposant de traiter à égalité des personnes dans des situations similaires, la non-discrimination a étendu sa portée aux discriminations indirectes découlant de règles, normes ou pratiques neutres en apparence. L'extension s'est poursuivie pour traiter d'inégalités au travail touchant certaines catégories, du fait de contraintes structurelles marchandes, familiales ou communautaires, pour aboutir à une convergence entre législation et discrimination et recourir à la loi pour réduire les inégalités de classe et la pauvreté.*

Pour mener à bien l'examen de la relation complexe qui se noue entre la notion juridique de discrimination et le phénomène socio-économique de l'inégalité au travail, il peut être très utile de s'appuyer sur une représentation à deux dimensions. Cette visualisation nous permet de rendre compte d'un phénomène par un jeu de coupes superposées et de cercles concentriques et nous aide à comprendre comment l'élargissement de l'acception de la notion juridique de discrimination dans le droit international du travail nous donne les moyens d'appréhender toute une gamme d'inégalités sociales et économiques. La notion de discrimination a d'abord renvoyé au principe juridique, d'une portée relativement restreinte, prescrivant d'accorder le même traitement à des personnes dont la situation est similaire; par la suite, gagnant un sens plus large, elle a servi à désigner la discrimination indirecte, dont les effets sont institutionnalisés dans le monde du travail par un ensemble de règles, de normes

* Directrice, McGill Centre for Human Rights and Legal Pluralism; professeur, Faculté de droit, McGill University. L'auteur souhaite remercier Monika Rahman et Anna Shea pour leurs commentaires judicieux et leur assistance dans ses recherches. Elle remercie aussi le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada pour son soutien financier.

Les articles paraissant dans la *RIT*, de même que les désignations territoriales utilisées, n'engagent que les auteurs, et leur publication ne signifie pas que le BIT souscrit aux opinions qui y sont exprimées.

et de pratiques apparemment neutres. Dans l'acception encore plus vaste qui est la sienne aujourd'hui, la notion couvre désormais l'éventail des inégalités structurelles du monde du travail, inégalités qui touchent des groupes bien déterminés et découlent des contraintes inhérentes au marché, à la famille et à la vie collective. Il apparaît d'ailleurs de plus en plus nettement que ces aspects structurels de la discrimination comportent une dimension locale, régionale, nationale et mondiale.

Les dispositifs de protection contre la discrimination mis en place dans le monde du travail sont de plus en plus vastes et agissent aujourd'hui sur les origines structurelles et systémiques des désavantages et de l'exclusion; par ailleurs, une convergence s'est opérée entre la législation contre la discrimination, d'une part, et les initiatives légales visant à réduire les inégalités de classe et la pauvreté, d'autre part. La législation contre la discrimination a longtemps eu pour seule finalité de remédier aux inégalités «horizontales» – soit les désavantages et les exclusions touchant certains groupes, fondés sur la race, l'ascendance nationale ou l'origine ethnique, le sexe et la religion. Pour leur part, les mesures adoptées pour réduire les inégalités sociales et la pauvreté ont essentiellement porté sur les inégalités «verticales» entre les travailleurs et les employeurs, ainsi que sur l'exclusion qui touchait des individus marginalisés, exclus du marché du travail formel¹. La convergence entre les deux types de mesures s'est cependant opérée récemment, car il est apparu de plus en plus clairement que les désavantages socio-économiques et la pauvreté sont des conséquences majeures de la discrimination, qui touchent essentiellement les groupes qui bénéficient de la protection assurée par les dispositifs antidiscriminatoires traditionnels: par exemple les femmes, certains groupes raciaux, les handicapés². Tout le monde s'accorde aujourd'hui à reconnaître qu'il est inacceptable que des individus fassent l'objet d'une discrimination parce qu'ils sont pauvres ou appartiennent à des groupes économiques ou sociaux marginalisés³. Cette convergence est également renforcée par une volonté, de plus en plus marquée, de faire des droits économiques et sociaux des droits opposables, susceptibles d'être exercés de manière équitable (voir, par exemple, Arbour, 2005; Dennis et Stewart, 2004; Jackman, 1999).

¹ Pour une discussion sur la distinction entre l'inégalité verticale et horizontale, voir Hepple (2001, pp. 14-15). Voir aussi Walby (2000).

² «De même que la discrimination peut entraîner la pauvreté, de même la pauvreté entraîne la discrimination. En plus d'une discrimination motivée par la race, la couleur, le sexe ou l'origine sociale, les pauvres sont également victimes d'attitudes discriminatoires de la part des pouvoirs publics et de particuliers précisément parce qu'ils sont pauvres. Les principes complémentaires d'égalité et de non-discrimination imposent à l'Etat de prendre des mesures spéciales pour interdire la discrimination à l'encontre des pauvres et pour leur assurer une protection égale et effective contre la discrimination» (cité dans *Principles and Guidelines for a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies*, adopté par le Haut Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies). Voir UNHCHR (2006, p. 10, paragr. 46).

³ Voir, par exemple, Conseil économique et social, Comité des droits économiques, sociaux et culturels (quarante-deuxième session, Genève, 4-22 mai 2009): *Observation générale n° 20: La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels* (article 2, paragr. 2, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/GC.20, 2 juillet 2009, Genève, Nations Unies, paragr. 35. Voir aussi Kabeer (2000).

Les moyens de droit mobilisables dans certains cas de discrimination imposent précisément aux acteurs publics le type d'obligations positives prévues par les dispositifs destinés à garantir les droits économiques et sociaux⁴. Il faut en outre rappeler que le droit du travail, du fait de la place privilégiée qu'il accorde à la négociation collective et aux normes du marché du travail officiel, a fréquemment été dans l'incapacité de répondre aux besoins et aux attentes des travailleurs marginalisés, ces derniers appartenant souvent aux groupes sociaux que la législation contre la discrimination a toujours eu pour vocation de protéger (Blackett et Sheppard, 2003; Fudge et Owens, 2006; Vosko, 2010)⁵. Le droit international ne cesse cependant de s'enrichir de nouvelles dispositions visant à répondre aux attentes et aux besoins des membres les plus vulnérables de la société⁶. L'objectif de notre visualisation est par conséquent de montrer que l'élargissement du sens juridique de la notion de discrimination est étroitement corrélé à une interprétation de plus en plus large du droit international du travail et, d'une manière plus générale, qu'il s'accompagne d'une sensibilité de plus en plus vive de l'opinion publique mondiale à la question des inégalités sociales et économiques.

La Déclaration de l'Organisation internationale du Travail de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail a fait de l'égalité l'un des quatre principes fondamentaux; depuis lors, la compréhension de la signification juridique de la discrimination au travail est devenue un enjeu de plus en plus important⁷. Malgré quelques divergences quant à la portée stratégique de cette reconnaissance de droits fondamentaux, on s'est en général accordé sur le fait que la finalité de la Déclaration était de donner une nouvelle impulsion aux activités de l'OIT en mettant en lumière l'importance décisive que revêtent les droits fondamentaux pour la réalisation des autres droits (Maupain, 2005, pp. 460-461)⁸. L'élimination de la discrimination dans l'emploi et la profession fait partie des principes fondamentaux de l'OIT, et, à ce titre, a fait l'objet de

⁴ Voir, par exemple, *Eldridge c. Attorney General (British Columbia)* [1997] 3 S.C.R. 624 (où la Cour suprême du Canada a statué que les hôpitaux doivent donner une interprétation en langage des signes aux personnes sourdes, afin d'assurer l'égalité des dispositions du service médical); *Treatment Action Campaign (TAC) c. Minister of Health*, 2001 SACLX LEXIS 123 (où la Haute Cour d'Afrique du Sud a statué que le gouvernement sud-africain a une obligation d'instituer un programme national de prévention contre le VIH/sida pour informer sur la transmission mère-enfant); et *Olga Tellis c. Bombay Municipal Corporation* [1985] 2 Supp SCR 51 (Inde); (1987) LRC (Const) 351 (Supreme Court of India) (où la Cour suprême d'Inde a statué que les habitants des trottoirs et des taudis avaient le droit à un logement de remplacement lorsque le gouvernement démolissait leur abri ou les expulsait). Voir aussi Fredman (2008 et 2005).

⁵ Voir la notice bibliographique de *Managing the margins* de Vosko (2010), par Adelle Blackett, *Revue internationale du Travail*, vol. 150 (2011), n° 3-4, pp. 501-506.

⁶ Pour une discussion générale sur l'évolution des conceptions du droit du travail et ses défis, voir Davidov et Langille (2011). Pour une notice bibliographique de cet ouvrage, voir pp. 142-147 dans ce numéro de la *Revue internationale du Travail*.

⁷ Le texte intégral de la Déclaration a été publié dans la *Revue internationale du Travail*, vol. 137 (1998), n° 2, pp. 273-277; il est aussi disponible à l'adresse <www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1998/98B09_234_fren.pdf> [consulté le 7 mars 2012].

⁸ Pour une lecture critique de la Déclaration de 1998 de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux au travail, voir Alston (2004 et 2005) et Alston et Heenan (2004). Pour une réponse à ces critiques, voir Langille (2005a). Voir aussi Blackett (2007, pp. 225-230).

trois rapports globaux qui doivent être présentés au titre du suivi de la Déclaration (BIT, 2003, 2007 et 2011)⁹. En ce qui concerne le principe de non-discrimination, la Déclaration reprend la terminologie de la convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958. D'autres conventions de l'Organisation, notamment la convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951, font également de l'élimination de la discrimination un principe fondamental¹⁰. Pour assurer une plus grande égalité dans le monde du travail et y supprimer les discriminations, il est également essentiel d'améliorer les conditions de travail élémentaires de ceux qui travaillent dans certains des secteurs économiques les plus marginalisés et les plus désavantagés. C'est dans cette perspective que l'OIT n'a cessé de déployer des efforts pour que les pays soient toujours plus nombreux à ratifier les conventions existantes – par exemple la convention (n° 143) sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), 1975 – et à adopter de nouvelles conventions comme la convention (n° 189) sur les travailleuses et les travailleurs domestiques, 2011¹¹. L'OIT a, en outre, lancé en 1999, sous l'intitulé de «Travail décent»¹², un nouveau programme global qui assigne à l'Organisation quatre domaines d'interventions hautement prioritaires: l'emploi, la protection sociale, les droits des travailleurs et le dialogue social (voir Ghai, 2003)¹³. Cette initiative a été largement saluée, car elle prenait en compte «les personnes qui se trouvent à la périphérie des régimes officiels de travail et des systèmes de protection sociale comme ayant besoin qu'on leur accorde plus d'attention» (Vosko, 2004, p. 22). La notion de travail décent, qui englobe et dépasse toutes les formes de relations professionnelles propres au monde du travail formel, veut être la clé ouvrant l'accès à la réduction de la pauvreté et à la promotion d'un développement équitable, durable et sans exclusive¹⁴. Une réflexion sur ces divers éléments peut nous aider à mieux comprendre les dynamiques complexes qui sous-tendent la lutte contre les inégalités dans le monde du travail.

L'approche traditionnelle: l'égalité de traitement

Un simple regard sur la visualisation des inégalités à l'échelle mondiale fait apparaître le caractère étonnamment limité de la notion juridique classique d'élimination de la discrimination dans l'emploi et la profession – c'est-à-dire

⁹ Il existe aussi de plus en plus de littérature sur le concept de la discrimination dans le droit international du travail. Voir, par exemple, Hepple (2001) et «Numéro spécial: l'égalité au travail», *Revue internationale du Travail*, vol. 142 (2003), n° 4.

¹⁰ Conventions n° 100 et n° 111 entrées en vigueur le 23 mai 1953 et le 15 juin 1960, respectivement. Leur texte intégral est disponible à l'adresse <www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:12000:4103167827620808> [consulté le 2 mars 2012].

¹¹ Voir aussi BIT (2010) et Blackett (2011a).

¹² Sur l'Agenda pour le travail décent de l'OIT, voir <www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang--fr/index.htm> [consulté le 21 février 2012]; voir aussi BIT (1999) et Vosko (2002).

¹³ Le concept du «dialogue social» fait référence aux procédés de consultation, de négociation et de gouvernance démocratique impliquant les travailleurs, les employeurs et les gouvernements.

¹⁴ Voir l'Agenda pour le travail décent de l'OIT: <www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang--fr/index.htm> [consulté le 21 février 2012].

le premier cercle concentrique. Dans son acception initiale, cette notion n'offrait en effet de voie de recours qu'à une petite frange de la population active, à savoir les personnes qui travaillaient dans des secteurs économiques privilégiés et étaient enserrées dans le réseau des relations d'emploi formelles. Les protections légales qui, au fil du temps, ont été mises en place contre la discrimination répondaient à la nécessité d'assurer l'égalité d'accès aux emplois et professions salariés du marché du travail formel à toutes les personnes issues de groupes traditionnellement en butte à l'exclusion, aux préjugés et aux stéréotypes réducteurs. Les législations et les politiques antidiscriminatoires ont interdit toute inégalité de traitement fondée sur la race, le sexe, l'ascendance nationale ou l'origine ethnique et la religion, mais cette protection a eu pour prix la soumission aux normes dominantes. Ces législations et ces pratiques se sont récemment étendues et couvrent désormais le handicap, l'orientation sexuelle et l'âge dans de nombreux secteurs¹⁵.

Dans le domaine de la lutte contre la discrimination au travail, le modèle fondé sur l'égalité de traitement présente deux limites importantes. La première réside dans le fait que ce modèle tend à ne venir en aide qu'à une minorité de personnes issues de groupes traditionnellement défavorisés – soit celles qui sont susceptibles de se conformer aux normes dominantes et de rallier l'ordre institutionnel établi. Pendant de nombreuses années, les théoriciennes féministes ont fait observer qu'une telle conception de l'égalité entre les sexes n'ouvre l'accès aux emplois et aux métiers traditionnellement masculins qu'aux seules femmes capables de se comporter, et d'être, comme des hommes; dès lors, demandent-elles, quel peut bien être le sens réel de l'égalité pour les nombreuses catégories de femmes dont l'existence est tout entière placée sous la domination des stéréotypes sexistes? (voir, par exemple, MacKinnon, 1987). En d'autres termes, si certaines femmes privilégiées peuvent plus facilement accéder à des emplois de médecin, d'avocat, de juge ou de cadre, la législation contre la discrimination risque fort de laisser sans réponse les attentes des femmes qui travaillent dans des secteurs d'emplois à prédominance féminine. Le caractère «assimilationniste» du modèle fondé sur l'égalité de traitement a également été dénoncé par certains spécialistes des questions de race, qui ont notamment fait observer que les personnes qui font l'objet de discriminations multiples et entrecroisées ont bien plus de mal à répondre aux exigences du modèle de l'égalité de traitement, fondé sur la primauté du «même»¹⁶. La deuxième limite du modèle traditionnel tient à ce qu'il est axé exclusivement sur le marché formel du travail. Par le fait même, il est incapable d'apporter le moindre élément de réponse

¹⁵ Voir, par exemple, l'Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. (1990); Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 3; CE, Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (Journal officiel des Communautés européennes, 2000, L303, p. 16). Voir aussi la Convention relative aux droits des personnes handicapées des Nations Unies, adoptée en décembre 2006.

¹⁶ L'accent qui est mis sur les membres du groupe le plus privilégié marginalise ceux qui sont accablés de multiples façons, et obscurcit les revendications qui ne peuvent pas être comprises, étant donné qu'elles proviennent de sources de discrimination hétérogènes (Crenshaw, 1989, p. 140). Pour une discussion récente sur la discrimination entrecroisée/multiple, voir Sheppard (2011).

aux discriminations qui sévissent dans l'économie informelle, soit le lieu où se trouvent les travailleurs les plus vulnérables et les plus marginalisés (voir Harri-White, 2003; Sankaran, 2011). Notre visualisation mondiale des inégalités dans le monde du travail – inégalités systémiques, persistantes, et qui ne cessent de s'aggraver – montre à l'évidence que la législation antidiscrimination traditionnelle ne permet de traiter qu'un aspect minime du problème.

Jusqu'à quel point le modèle de l'égalité de traitement dans l'emploi formel se reflète-t-il dans le droit international du travail? Certains estiment que les premières «incursions» de l'OIT dans le domaine de l'égalité reposaient sur une vision traditionnelle et purement formelle de l'égalité, ainsi que sur une conception de la législation antidiscrimination résolument axée sur l'emploi formel (voir Vosko, 2004, pp. 18-23). La convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, se voulait une réponse aux inégalités de traitement et aux exclusions dont étaient victimes certains groupes. Elle définit expressément la protection qu'il convient de mettre en place contre la discrimination «fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale» (article 1.1.a))¹⁷. Selon la conception qui a prévalu initialement, éliminer la discrimination dans l'emploi et la profession consistait, grosso modo, à assurer à tous un traitement similaire, compte tenu des capacités et des mérites de chacun, et mettre un terme à l'exclusion ou aux différences de traitement dictées par des stéréotypes et des préjugés à l'encontre de certains groupes. La convention n° 111 a cependant été amenée à admettre certaines exceptions au modèle de l'égalité de traitement. Elle a d'abord jugé légitimes les dérogations découlant des «qualifications exigées pour l'emploi» (auxquelles on se réfère maintenant en tant qu'exigences professionnelles *bona fide*)¹⁸. Elle a ensuite sanctionné le recours à des «mesures spéciales», pour répondre aux besoins des personnes «à l'égard desquelles une protection ou une assistance spéciale est, d'une façon générale, reconnue nécessaire pour des raisons telles que le sexe, l'âge, l'invalidité, les charges de famille ou le niveau social ou culturel»¹⁹. Ces mesures spéciales, en promouvant expressément certains traitements préférentiels, ont eu pour effet de soumettre encore davantage la législation contre la discrimination au modèle fondé sur la valorisation du «même». Loin d'être perçues comme une composante à part entière de l'égalité, ces mesures ont été considérées comme autant de dérogations légitimes au principe d'égalité. Pour prendre un exemple qui illustre bien ce type d'approche, lorsque le handicap ne figurait pas sur la liste des motifs de discrimination appelant une protection, on introduisait l'invalidité dans cette liste pour justifier la mise en place de mesures spéciales. Celles-ci, du moins lors

¹⁷ Noter l'absence de handicap et d'orientation sexuelle dans l'énumération.

¹⁸ Article 1.2 de la convention n° 111.

¹⁹ Article 5 de la convention n° 111. Pour une analyse du dilemme entre des normes du travail protectrices et l'égalité, voir Politakis (2001) qui explique comment les restrictions du travail de nuit relatives au sexe confèrent encore des protections essentielles dans certains contextes, bien qu'elles soient largement considérées comme inconsistantes avec les dispositions concernant l'égalité des sexes.

d'une phase initiale, ont donc eu pour effet de consolider la légitimité – une légitimité qui n'était jamais remise en question – des normes dominantes. En tant que dérogation à la règle de l'égalité de traitement, la notion de traitement spécial n'a fait que renforcer les préjugés et les stéréotypes concernant l'inégalité «naturelle» des membres des groupes pour lesquels il fallait instaurer des traitements préférentiels²⁰.

Les premiers travaux de l'OIT sur les droits à l'égalité et l'égalité des droits ont porté en grande partie sur l'égalité de rémunération des hommes et des femmes. La convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951, prévoit une protection très complexe et consacre le principe «à travail égal, salaire égal». Dans les années qui ont suivi son adoption, cette convention, au même titre que la convention n° 111 concernant la discrimination, et en dépit de la richesse et de la précision de ses formulations, a toutefois été interprétée à la lumière du modèle plus formel et procédural de l'égalité de traitement qui inspirait la législation contre la discrimination; ce qui signifie que l'on a voulu y voir avant tout l'instrument prescrivant d'accorder une rémunération égale pour un travail égal (Flanagan, 1987, pp. 11-12). Il a fallu attendre les années 1970 pour qu'une interprétation plus large de l'instrument suscite une interrogation sur les inégalités salariales qui touchaient toute une frange de la population active soumise aux cloisonnements de la ségrégation, et axe la réflexion, caractéristique de notre modernité, sur l'épineuse et complexe question de l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale ou comparable²¹.

La discrimination indirecte: remise en cause des normes dominantes

Le premier élargissement significatif du champ d'application de la loi antidiscrimination s'est opéré en réaction aux limites inhérentes au modèle de l'égalité de traitement. Pour reprendre notre visualisation, l'élargissement du diamètre de notre premier cercle a permis à la législation contre la discrimination de circonscrire une portion beaucoup plus large du phénomène socio-économique de l'inégalité. La notion de discrimination indirecte est apparue au début des années 1970, dans diverses juridictions (voir Blumrosen, 1972, pp. 66-75; Shepard, 2010, pp. 19-23). Alors que l'on tentait jusque-là de remédier à des cas circonscrits d'inégalité d'accès à un ordre établi qui restait lui-même soustrait à toute critique, on commença à remettre en question la neutralité et l'équité

²⁰ Dans ses commentaires sur la convention n° 111, Vosko écrit que cette convention «permettait à des politiques faisant la promotion de l'égalité formelle et à des mesures de protection, qui reviennent souvent à renforcer la subordination des femmes plutôt qu'à garantir l'égalité matérielle, de coexister (2004, p. 19). Dans le même ordre d'idées, Hepple suggère que la convention n° 111 incorpore une notion de justice procédurale qui ne garantis pas de résultat quel qu'il soit (2001, p. 6). Il continue, toutefois, en suggérant qu'elle contienne aussi des éléments d'une vision matérielle de l'égalité (discuté plus loin).

²¹ Pour une discussion sur l'évolution qui répond à la ségrégation professionnelle par sexe et à la différence salariale dans les années 1980, voir Hakim (2004, chapitre 6).

apparentes des pratiques, normes et règles en vigueur dans le monde du travail. Il devenait en effet de plus en plus manifeste que, en matière d'emploi, des règles et des politiques apparemment neutres, mais aux effets différenciés, pouvaient parfaitement donner lieu à une discrimination non intentionnelle.

Ce tournant théorique a ouvert à la législation contre la discrimination deux nouveaux champs d'application. Il a tout d'abord permis aux particuliers de revendiquer le droit à l'intégration, même s'ils s'écartaient de la norme dominante. En d'autres termes, l'intégration n'a plus eu comme préalable la capacité à se couler dans le moule de cette norme dominante. Si des politiques et des pratiques apparemment neutres pouvaient se révéler préjudiciables aux groupes traditionnellement touchés par l'exclusion, il convenait alors soit de modifier ces politiques et ces pratiques, soit de tenter d'atténuer le caractère disparate de leurs effets en tenant dûment compte de la spécificité des groupes en question. On s'est ensuite aperçu que pour instaurer l'égalité dans le monde du travail il fallait impérativement garantir un traitement plus équitable aux salariés du marché secondaire du travail.

Sur le plan des mesures correctrices, la discrimination indirecte se prêtait à deux types d'intervention. On pouvait tout d'abord réviser ou supprimer la règle, la pratique ou la mesure dont on constatait qu'elle était source d'inégalités. Choisir cette voie, c'était exposer les normes institutionnelles à être contestées par la législation antidiscrimination et remplacées par des pratiques plus intégratrices. Lorsqu'en revanche la règle, la mesure ou la pratique en question s'avérait indispensable à l'exercice effectif des attributions de l'emploi considéré, l'enjeu était alors de tenter de répondre aux besoins des groupes lésés en instaurant en leur faveur un traitement différencié. C'est ainsi que la notion de discrimination indirecte a donné naissance à l'obligation d'apporter à la loi, à la règle ou à la pratique visée les correctifs nécessaires – et cette obligation, à mesure qu'elle se généralise, tend à revêtir un caractère de plus en plus contraignant (voir, par exemple, Day et Brodsky, 1996; Sheppard, 2001). Dans bien des cas, l'introduction de ces correctifs est devenue un moyen extrêmement efficace d'assurer l'intégration des handicapés, des femmes ou des personnes issues de minorités religieuses. Pour autant, de tels ajustements ne sont pas considérés comme des dérogations au principe de non-discrimination, ni comme autant de traitements spéciaux, mais bel et bien comme les composantes à part entière d'une pleine et entière égalité.

Si l'on examine maintenant l'évolution de la législation contre la discrimination dans le domaine international, on constate que la convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, qui, à première vue, visait essentiellement à assurer l'égalité de traitement dans les structures institutionnelles de l'emploi et de la profession et attribuait au traitement spécial un caractère d'exception, était en fait porteuse d'une conception bien plus large. La définition qu'elle donne de la discrimination commence effectivement par une formulation classique en matière d'égalité de traitement («toute distinction, exclusion ou préférence»), mais c'est pour reconnaître, immédiatement après, que c'est à partir des *effets* imputables à cette distinction, à cette exclusion ou

à cette préférence que l'on peut établir l'existence de la discrimination²². Selon certains, c'est ce type de définition «ouverte» qui aurait concouru à promouvoir la conception large de la discrimination, englobant discrimination directe et discrimination indirecte, qui prévaut désormais dans le droit international du travail (voir Hepple, 2001; Nielsen, 1994, pp. 844-845).

Dans *L'heure de l'égalité au travail*, premier rapport global du BIT sur l'élimination de la discrimination dans l'emploi et la profession, la Déclaration de 1998 est jugée porteuse d'une conception de la non-discrimination exigeant que celle-ci soit consacrée par une égalité réelle, c'est-à-dire mesurable en termes de résultats concrets, et non par l'égalité purement formelle ou procédurale sur laquelle se fonde la notion d'égalité de traitement ou d'égalité des chances (voir BIT, 2003; Tomei, 2003). Partant du constat que les femmes, les minorités ethniques, les travailleurs migrants et les personnes âgées sont surreprésentées sur les marchés secondaires du travail, ce rapport met en lumière l'impact inquiétant de la discrimination *indirecte* sur les groupes vulnérables – qui se traduit, par exemple, par une moindre protection sociale ou par une différence de traitement entre les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à plein temps (BIT, 2003, paragr. 57-60). Le deuxième rapport global publié en 2007, intitulé *L'égalité au travail: relever les défis*, donne également de la discrimination une définition large, qui englobe la discrimination indirecte, et souligne la nécessité d'améliorer les méthodes de collecte de données et de mettre au point des stratégies pour suivre les avancées réalisées – ou constater l'absence de tout progrès – dans la lutte contre les inégalités (BIT, 2007, pp. 9 et 11-13). Plus récemment, la conception de l'égalité qui prévaut dans le troisième rapport global embrasse également les deux formes – directe et indirecte – de discrimination (BIT, 2011).

La discrimination systémique: discrimination positive et transformation des institutions

La reconnaissance par la loi de l'existence d'une discrimination indirecte, ou susceptible d'avoir des effets distincts selon les groupes considérés, a eu pour effet d'étendre le champ d'application de la législation contre la discrimination jusqu'au niveau des systèmes ou des institutions. Si certaines politiques, pratiques et règles ponctuelles peuvent se révéler préjudiciables et aboutir à une discrimination indirecte, elles ne font souvent que mettre au jour des schémas d'intégration ou d'exclusion profondément enracinés dans le monde du travail. Replacée dans ce contexte, la discrimination ne constitue pas un phénomène aberrant ou exceptionnel, mais un problème structurel ou systémique omniprésent. Bien qu'en général, associée à la discrimination indirecte, la discrimination systémique se manifeste aussi lorsque la discrimination directe – y compris l'exclusion et le traitement injuste de certains groupes – se généralise

²² L'article 1.1.a) mentionne que le terme «discrimination» comprend: «toute autre distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession» (ma priorité).

comme faisant partie intégrante de la culture de certains milieux de travail et des normes institutionnelles. Là encore, la reconnaissance d'une discrimination systémique ou structurelle a pour effet d'élargir la portée de la législation contre la discrimination et de lui donner pour objets non plus des problèmes d'exclusion isolés et ponctuels, mais des problèmes plus généraux, indissociables du fonctionnement même des institutions. Le deuxième rapport global du BIT sur l'égalité fait quant à lui état d'une «discrimination structurelle», définie comme «inhérente à des modèles sociaux, structures institutionnelles et constructions juridiques qui reflètent et reproduisent des pratiques et résultats discriminatoires» (BIT, 2007, p. 9).

Comme c'est le cas dans de nombreux autres domaines du droit, la législation contre la discrimination a pour tâche complexe de régir à la fois les individus et les institutions. Alors que dans le cadre de la conception traditionnelle, qui se fonde sur la primauté du «même» pour promouvoir une liberté purement formelle, la discrimination est considérée comme un phénomène aberrant, anti-social, relevant du racisme ou du chauvinisme, et passible d'une action en justice, la discrimination systémique nécessite en revanche de nouvelles stratégies en matière de réglementation. Pour reprendre l'expression utilisée par la juge Rosalie Abella dans le rapport *Egalité en matière d'emploi* qu'elle a soumis à la Commission royale du Canada, «La discrimination systémique rend nécessaire l'adoption de mesures systémiques» (Abella, 1984, p. 10). Il ne faut donc plus se contenter de viser à réformer le comportement de l'individu, mais examiner de quelle manière il est possible d'utiliser les normes et les critères juridiques pour transformer les systèmes et les institutions. Dans les importants travaux consacrés à ce qu'elle appelle la «discrimination dans l'emploi de deuxième génération», Susan Sturm souligne également la nécessité d'analyser les aspects structurels de l'inégalité au travail et de mettre au point des mesures correctives novatrices (Sturm, 2001 et 2006; voir aussi Albiston, 2009). La mise en œuvre de mesures préférentielles, l'adoption de politiques volontaristes et les politiques en matière de marchés publics sont susceptibles à cet égard de se substituer aux interventions réglementaires des pouvoirs publics et de contribuer activement à promouvoir le principe d'équité dans le domaine de l'emploi. De telles initiatives ne s'appuient pas sur une réglementation purement réactive, intervenant systématiquement après coup, mais se situent résolument en amont, dans une perspective de prévention; elles ont en outre pour effet de responsabiliser également les acteurs non étatiques, tant pour la détection des inégalités que pour la définition des mesures correctives à prendre (voir Sheppard, 2010, pp. 29-30).

En ce qui concerne l'action positive, les mesures préférentielles, les politiques volontaristes et les initiatives visant à promouvoir l'égalité dans le domaine de l'emploi, il importe que les employeurs – dans le cadre d'une collaboration plus ou moins soutenue avec les syndicats ou les représentants des salariés – puissent évaluer les facteurs et les politiques susceptibles d'exercer des effets discriminatoires dans leur entreprise, et qu'ils mettent au point des stratégies, assorties d'objectifs et de délais précis, pour assurer leur élimination. L'intérêt et la portée de ces programmes sont diversement définis et font l'objet de nom-

breuses interprétations. Certains désignent, étroitement, sous le terme d'action positive les diverses initiatives qui visent à assurer davantage d'équité dans le monde du travail en accordant un traitement préférentiel à certains groupes (voir Tomei, 2005, qui cite Faundez, 1994). Une telle définition permet de comprendre que nombre de programmes de ce type tendent essentiellement à accélérer l'accès des groupes sous-représentés à un ordre établi qui reste soustrait à toute critique. Par le truchement de politiques de recrutement et de promotion permettant aux individus issus de groupes traditionnellement sous-représentés de bénéficier d'un traitement préférentiel, les employeurs s'attachent à modifier la configuration des échelons supérieurs des hiérarchies de l'emploi, tout en se gardant bien de remettre en cause ces hiérarchies en tant que telles. Cette volonté de privilégier la mobilité «vers le haut» permet de mieux comprendre la traditionnelle réticence des syndicats vis-à-vis de la discrimination positive. Celle-ci, dans la mesure où elle est considérée comme davantage susceptible d'aiguiser le désir d'accéder aux privilèges de la classe dirigeante que de promouvoir la solidarité de la classe ouvrière, semble en effet aller directement à l'encontre des objectifs historiques du mouvement ouvrier.

La notion de la discrimination positive n'a cessé toutefois de s'élargir, au point de recouvrir désormais l'ensemble des initiatives visant à identifier et à éliminer la discrimination systémique. Les programmes relevant d'une telle conception comportent actuellement trois axes:

- le recensement et la refonte des règles et des pratiques, neutres en apparence, mais dont l'effet d'exclusion est nettement plus marqué sur les personnes issues de groupes traditionnellement défavorisés;
- la mise au point d'initiatives à visée préventive, tendant à ne privilégier aucun groupe en particulier;
- l'adoption de mesures préférentielles, dont la finalité est de pallier rapidement les effets de discriminations anciennes et persistantes.

Cette définition plus large peut servir de point d'ancrage à une démarche consistant à mettre la discrimination positive ou les programmes de promotion de l'égalité dans l'emploi au service d'une véritable transformation des structures et des institutions²³. La mise en place de traitements préférentiels, qui est l'une des composantes de la discrimination positive, permet d'accélérer cette transformation: elle empêche l'isolement, permet la constitution d'une «masse critique» de travailleurs traditionnellement exclus et les rend aptes à intervenir activement dans cette modification des normes et des pratiques institutionnelles. En outre, les initiatives de promotion de l'égalité sur le lieu de travail, au lieu de favoriser l'intégration dans un monde du travail de part en part régi par des politiques et des normes qui privilégient les groupes traditionnellement dominants, peuvent inciter à réexaminer et à réformer les politiques et les pratiques de travail traditionnelles. Au lieu, par exemple, de partir du principe que le

²³ Pour une discussion sur les divers paradigmes de l'égalité dans l'emploi, voir Sheppard (2006).

travailleur idéal est celui qui est libre de toute responsabilité familiale, on peut instaurer dans le monde du travail une norme qui reconnaisse pleinement ces obligations familiales et organise le fonctionnement de l'entreprise en conséquence. Dans la mesure où elle est rattachée à la dimension relationnelle de la discrimination, l'inégalité ne réside plus tant dans les individus ou les groupes étiquetés comme «différents» par la norme dominante que dans les pratiques et les choix sociaux qui, littéralement, construisent l'exclusion et les désavantages (Minow, 1990). Une telle conception de la discrimination positive présente des affinités beaucoup plus étroites avec la vocation et la mission des syndicats. De fait, dans les secteurs de l'économie où les syndicats sont présents, la négociation collective et la représentation syndicale sont de plus en plus fréquemment considérées comme de précieux rouages du changement amorcé en vue d'instaurer un monde du travail où chacun pourra occuper dignement sa place²⁴.

Quelle que soit la définition retenue, la discrimination positive ne peut être efficace que si les pouvoirs publics sont effectivement en mesure d'exercer un contrôle et de faire appliquer les lois. En matière d'action positive, les initiatives tendent à se concentrer dans les grandes entreprises publiques ou privées, et sont d'autant plus efficaces et transparentes que les syndicats sont présents dans les entreprises en question²⁵. Une telle réserve limite sensiblement la portée des initiatives en question, dont il est manifeste qu'elles restent sans effet sur les inégalités subies par ceux qui sont affectés aux activités les plus marginalisées et les plus précaires. Les politiques en matière de marchés publics, bien que fréquemment limitées, elles aussi, à des entreprises de grande taille entretenant des relations d'affaires étroites avec les pouvoirs publics et bénéficiant de subventions, peuvent également, dans certains cas, s'appliquer aux entreprises plus petites (McCrudden, 1998).

Il est intéressant de relever que le droit international du travail ne propose aucune définition précise de la discrimination positive ni de l'égalité dans l'emploi, notions qui ne sont pas utilisées dans les conventions internationales. Ces dernières, nous l'avons déjà signalé, font état de «mesures spéciales» et de «mesures temporaires spéciales». La convention de l'OIT (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, par exemple, prévoit dans son article 5 de «définir comme non discriminatoires toutes autres mesures spéciales destinées à tenir compte des besoins particuliers de personnes à l'égard desquelles une protection ou une assistance spéciale est, d'une façon générale, reconnue nécessaire pour des raisons telles que le sexe, l'âge, l'invalidité, les charges de famille ou le niveau social ou culturel». Il vaut la peine de signaler que les motifs qui justifient l'introduction de ces mesures spéciales ne coïncident pas avec les motifs de discrimination énoncés à l'article 1 de l'instrument, à savoir «la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale

²⁴ Pour une discussion plus étoffée sur les liens entre la négociation collective et l'égalité, voir Blackett et Sheppard (2003).

²⁵ Pour une étude comparative de l'égalité dans l'emploi et les initiatives d'action positive, voir Agócs (2002).

ou l'origine sociale». Bien que la convention utilise des formulations souples, ouvertes à l'interprétation, il apparaît que les mesures spéciales initialement prévues à l'article 5 ont été considérées comme des mesures de protection qu'il fallait aménager pour compenser des différences d'ordre biologique, physiologique ou culturel. Fondées sur la reconnaissance de différences permanentes entre les groupes, ces mesures relevaient donc d'une perspective à long terme et n'avaient pas pour finalité de compenser à brève échéance les effets d'une discrimination inscrite dans l'histoire. Toutefois, elles vont inspirer la réflexion de ceux qui commencent à se rendre compte que, pour remédier à des phénomènes d'exclusion et des désavantages historiquement déterminés, il fallait impérativement engager une action positive et volontariste.

On trouve des orientations plus précises dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), ainsi que dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD), qui toutes deux préconisent expressément l'adoption de «mesures spéciales» et «de mesures temporaires spéciales»²⁶. La mise en œuvre de mesures spéciales traduit la volonté d'assurer une égalité réelle, ce qui passe par la mise en place de traitements différenciés en fonction de la diversité des besoins, ceux-ci étant envisagés dans une perspective à long terme; les mesures temporaires spéciales peuvent quant à elles être établies dans le cadre d'initiatives volontaristes²⁷. Elles reposent sur le principe selon lequel il faut intervenir activement et préventivement en faveur de certains groupes pour parvenir à instaurer une égalité réelle. Dans un rapport soumis en 2002 à la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, une distinction est établie entre les mesures volontaristes inspirées par un souci d'équité et celles qui sont fondées sur la volonté expresse d'assurer un traitement préférentiel à certains groupes²⁸. Bien que cette distinction atteste clairement la nécessité d'élargir la définition de la discrimination positive, le Rapporteur spécial a toutefois pris soin de faire remarquer qu'il est impératif que ces traitements préférentiels n'aillent pas à l'encontre des principes de la non-discrimination, et insisté sur le fait qu'ils ne doivent être accordés que lorsque les individus concernés peuvent se prévaloir d'un niveau de qualifications identique et de qualités égales.

Le droit international reste de ce fait porteur d'une ambiguïté non résolue, qui a trait à la juste portée qu'il convient d'attribuer à l'action positive, ainsi qu'aux motifs qui justifient le recours à ce mode d'intervention. Certains

²⁶ Voir CEDAW, article 4; et CERD, article 1.4.

²⁷ Voir, Nations Unies: *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, trentième session (12-30 janvier 2004), annexe I: recommandation générale n° 25 concernant le paragraphe 1 de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes relative aux mesures temporaires spéciales*, Assemblée générale, cinquante-neuvième session, A/59/38, New York, 2004, p. 87, paragr. 15-16.

²⁸ Voir Commission des droits de l'homme, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme: *Prévention de la discrimination. La notion d'action positive et son application pratique*, rapport final présenté par M. Marc Bossuyt, Rapporteur spécial, en application de la résolution 1998/5 de la Sous-Commission, Conseil économique et social, E/CN.4/Sub.2/2002/21, 17 juin 2002, Genève, 2002, paragr. 72-80.

la considèrent comme un prolongement de la notion d'égalité des chances et de non-discrimination (Hodges-Aeberhard, 1999, p. 269). Dans une intervention stimulante sur l'action positive dans le droit international, la juge Ruth Bader Ginsburg fonde sa prise de parti en faveur de l'action positive sur les énoncés fondamentaux de la Déclaration universelle des droits de l'homme (Bader Ginsburg et Jones Merritt, 1999, pp. 282-284). Pour beaucoup, cependant, l'action positive reste une dérogation à l'égalité, et non la réalisation concrète de cette dernière; ce sont les mêmes qui font d'ailleurs fréquemment observer que les programmes de traitement préférentiels risquent de constituer une réelle menace pour les droits des travailleurs issus de groupes plus privilégiés (Bacchi, 2004, p. 146). Il est intéressant d'observer que plus la discrimination positive s'inscrit dans le cadre d'un projet global de transformation visant à réformer les normes et les pratiques créatrices d'exclusion, moins il lui est nécessaire de passer par le relais des traitements préférentiels. On peut dire également qu'en se radicalisant elle prête moins à controverse.

Dans le débat sur la discrimination positive, la nécessité de transformer les institutions semble constituer le pendant d'un constat de plus en plus récurrent: dans le monde du travail, gouvernance démocratique et renforcement de l'égalité vont de pair. Bob Hepple affirme que la démarginalisation est cruciale pour la qualité de la réglementation, ce qui implique selon lui de tenir compte, pour l'élaboration de celle-ci, de l'expérience et du point de vue de ceux qu'elle concerne le plus directement (Hepple, 2001, p. 17)²⁹. Il est toutefois bien difficile de mettre en place des dispositifs démocratiques aptes à transformer les relations professionnelles dans les secteurs d'activités les plus marqués par la précarité. Et, dans la mesure où les inégalités identifiées sur le lieu de travail constituent le prolongement de schémas inégalitaires enracinés dans la vie communautaire, même une transformation décisive des institutions du monde du travail s'avérera impuissante à apporter une réponse totalement satisfaisante à la question des inégalités au travail.

Au-delà du milieu de travail: prise en compte des dimensions structurelles de l'inégalité

Bien que, dans son acception élargie, la notion de discrimination dans l'emploi englobe aujourd'hui les inégalités institutionnalisées et systémiques – ce qui constitue à l'évidence une avancée dont il y a lieu de se féliciter –, la conception qui prévaut en la matière continue d'accorder une place prépondérante au monde du travail organisé, lieu de manifestation évident des discriminations. En matière de réglementation contre la discrimination systémique, notamment en matière d'emploi et d'égalité salariale, les initiatives les plus novatrices ne sont généralement mises en œuvre, et n'ont de véritable incidence, que dans

²⁹ De manière significative, la convention n° 111 de l'OIT, article 3, prévoit le développement de méthodes ciblées pour éliminer la discrimination en obtenant «la collaboration des organisations d'employeurs et de travailleurs et d'autres organismes appropriés».

les grandes entreprises publiques et privées. Il faut savoir par ailleurs qu'elles gagnent sensiblement en efficacité dans les milieux de travail syndiqués, soit ceux où la transparence, le principe de responsabilisation et l'indépendance des travailleurs sont davantage susceptibles d'être protégés. D'une manière générale, les stratégies axées sur le seul lieu de travail sont d'une efficacité limitée lorsque les inégalités subies par les travailleurs relèvent de structures inégalitaires inhérentes au marché du travail. La réglementation du travail tendant à être largement dictée par les priorités de l'employeur, il est difficile de tenter de remédier à des inégalités structurelles globales qui échappent au contrôle de tel ou tel employeur et sont indépendantes de tel ou tel milieu de travail. La réglementation des marchés du travail et la configuration globale de l'économie sont du ressort de la puissance publique, qui fixe les normes du travail et la politique économique. Il est possible de se prévaloir des normes constitutionnelles et internationales qui prévoient une protection contre la discrimination pour contester les politiques réglementaires dont il est avéré qu'elles exercent des effets discriminatoires sur des groupes traditionnellement défavorisés; il incombe au premier chef à l'Etat de remédier aux dysfonctionnements inégalitaires des marchés dénoncés à l'occasion de ces conflits juridiques. La législation contre la discrimination n'a désormais plus pour seul enjeu d'assujettir les employeurs publics ou privés à une réglementation; sa véritable finalité est désormais de créer les conditions d'une réelle égalité sociale en intervenant sur les facteurs socio-économiques, sur les rouages de la vie collective, ainsi que sur le fonctionnement du marché du travail.

Dans le cadre de cet examen des dimensions structurelles de l'inégalité au travail, de nombreux chercheurs et défenseurs des droits des travailleurs ont par ailleurs insisté sur le fait qu'une définition élargie du travail se doit de prendre en compte les activités accomplies dans le cadre de l'économie informelle, ainsi que toutes les tâches non rémunérées exécutées dans le cadre familial ou communautaire. Barbara Harriss-White (2003, p. 500) rappelle que «Les lois interdisant la discrimination sur le lieu de travail ne s'appliquent qu'à une toute petite minorité de travailleurs», dans la mesure où une importante part de l'économie – l'économie informelle – est soustraite à toute réglementation. En ce qui concerne le travail non rémunéré, Sandra Fredman (2000, p. 184) souligne la nécessité de réexaminer la distinction public-privé, afin de pouvoir évaluer l'interaction entre le travail rémunéré et les activités familiales (voir aussi Sheppard, 2005). Kerry Rittich fait quant à lui observer que le maintien sous sa forme traditionnelle de la frontière, qui a été établie entre travail rémunéré et travail non rémunéré, risque de donner naissance à une nouvelle classe de travailleurs dépendants et paupérisés, qui comptera dans ses rangs une importante proportion de femmes (Rittich, 2002, p. 135).

Vosko (2004) a critiqué l'approche limitée souvent adoptée dans le droit international du travail, qui met l'accent sur la relation de travail officielle en excluant l'économie informelle et les marchés du travail précaires. A son avis, tant la convention n° 111 concernant la discrimination que la Déclaration de 1998, qui constitue une reprise et un prolongement de la première, reposent sur une

conception classique de l'emploi et excluent de ce fait les problèmes d'égalité auxquels sont confrontés les travailleurs les plus vulnérables et les plus marginalisés. En revanche, elle note que l'Agenda du travail décent de l'OIT, projet beaucoup plus ambitieux, propose un nouveau modèle qui porte le germe d'une solution aux questions fondamentales de l'égalité au travail. Alors que la Déclaration n'a qu'une portée somme toute assez restreinte, l'Agenda du travail décent se propose «d'améliorer les conditions de travail de toutes les personnes salariées et non salariées, qui travaillent dans le secteur formel et informel, en étendant le champ d'application des mesures de protection des travailleurs et des mesures de protection sociale» (Vosko, 2004, p. 22; pour un champ d'étude plus large sur l'Agenda du travail décent, voir aussi Hepple, 2001, p. 11, qui cite Sen, 2000).

Si la critique dirigée par Vosko contre le caractère restrictif des termes utilisés dans la Déclaration – dont l'objectif est «l'élimination de la discrimination dans l'emploi et la profession» – est très convaincante, il n'en demeure pas moins que les premières interprétations de ce droit du travail fondamental ont été formulées dans une perspective très vaste. Emblématique de l'approche globale qui a été adoptée pour la rédaction du rapport global du BIT (2003), *L'heure de l'égalité au travail*, le titre du rapport est lui-même révélateur de l'approche ouverte adoptée vis-à-vis du problème de l'inégalité; quant au rapport lui-même, il rappelle que «La discrimination entre travailleurs est incompatible avec l'idéal de justice sociale qui anime l'OIT. Son élimination est indispensable pour que chacun, homme ou femme, puisse accéder à un travail décent» (BIT, 2003, p. 1, paragr. 4). Il s'appuie sur une conception très large de la non-discrimination, fait observer que l'égalité sociale au sens large passe impérativement par l'égalité dans le monde du travail, et indique que le lieu de travail est «un lieu stratégique pour affranchir la société de la discrimination» (*ibid.*, p. 3, paragr. 11). Il précise en outre que l'élimination de la discrimination constitue l'épine dorsale de l'initiative relative au travail décent, et il est indispensable que «tous ceux qui travaillent ou cherchent à travailler pour gagner leur vie, qu'ils soient employeurs, salariés ou travailleurs indépendants, dans le secteur formel comme dans le secteur informel, doivent bénéficier de chances égales» (*ibid.*, p. 1, paragr. 4). C'est la raison pour laquelle l'égalité au travail est considérée comme «partie intégrante de toute stratégie viable de réduction de la pauvreté et de développement économique durable» (*ibid.*). L'OIT, en développant une approche globale et ouverte de l'égalité au travail, est le témoin et le porte-parole des aspirations de ceux qui souhaitent voir converger la législation antidiscrimination, l'éradication de la pauvreté et le développement économique durable³⁰. Le deuxième rapport global du BIT sur l'élimination de la discrimination s'appuie lui aussi sur une conception très ouverte de l'égalité, et attire l'attention sur le sort tragique des catégories de travailleurs les plus vul-

³⁰ Le Département international pour le développement du Royaume-Uni (DFID), par exemple, maintient que la mise en œuvre des normes du travail est essentielle pour réduire la pauvreté dans son ensemble, et contribue, par conséquent, au développement social, politique et économique (voir DFID, 2004).

néables, comme les travailleurs migrants et les travailleurs domestiques (voir BIT, 2007, pp. 33-36). Pour revenir à notre visualisation, nous constatons que l'approche de l'OIT vient en quelque sorte consacrer la nécessité de faire sortir la législation contre la discrimination du cadre strict du travail structuré et d'en prolonger l'action jusqu'au cœur des collectivités, des familles et des secteurs informels de l'économie. Toutefois, faire de la réforme de la législation du travail, du dialogue social et du changement de paradigme une réalité effective en dehors du lieu de travail traditionnel n'en demeure pas moins une tâche extrêmement ardue. Le troisième rapport global du BIT reprend également cette conception ouverte de l'égalité et cite dans sa conclusion la Déclaration de Philadelphie, qui affirme que «tous les êtres humains, quelle que soit leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales» (BIT, 2011, p. 76, paragr. 281)³¹.

Relier le local et le global: la dynamique internationale de la discrimination

Il est important que la législation contre la discrimination fasse entrer dans son champ d'application la discrimination systémique, les inégalités structurelles, l'économie informelle et le travail familial. Cet élargissement de perspective, outre qu'il nous permet de prendre une distance salutaire vis-à-vis du modèle «assimilationniste» évoqué plus haut – modèle fondé sur le lieu de travail classique, dont nous avons constaté les limites –, a en outre pour mérite de replacer le travail dans la réalité du contexte social et sociologique, à l'échelon local comme au niveau national. Il nous reste cependant une étape supplémentaire à parcourir, pour nous affranchir cette fois des limites de l'Etat-nation. Entreprendre l'examen des inégalités dans une perspective internationale nous permet, en effet, de comprendre de quelle manière les schémas inégalitaires propres aux marchés du travail locaux se rattachent aux inégalités structurelles de l'économie mondiale (voir Blackett, 2007). Il est par ailleurs indispensable de procéder à un examen à plus vaste échelle si l'on veut pouvoir élaborer une conception plus globale de la justice sociale et économique (voir Sen, 1999). La mondialisation a semble-t-il eu pour effet d'ancrer encore plus profondément les inégalités socio-économiques et de donner une nouvelle configuration aux inégalités du monde du travail. Selon Sylvia Walby, si les économies fondées sur la connaissance privilégient ceux qui ont reçu l'éducation la plus poussée, les nouvelles formes de travail promues par la mondialisation sous le signe de la flexibilité peuvent être très précaires et mal rémunérées (Walby, 2000, p. 814; voir aussi

³¹ Ce principe de la Déclaration de Philadelphie de 1944 est aussi rappelé dans le préambule de la convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958. Voir section II a) de la Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du Travail (Déclaration de Philadelphie), adoptée le 10 mai 1944 et annexée à la Constitution de l'OIT, disponible à l'adresse <www.ilo.org/ilolex/french/iloconst.htm> [consulté le 8 mars 2012].

Hepple, 2005, p. 3). Cette évolution retentit en effet profondément sur les inégalités sociales du monde du travail, inégalités qui ne se situent plus désormais seulement entre les classes, mais aussi entre classes, entre hommes et femmes, et entre ethnies (Walby, 2000, p. 814). De nombreux universitaires, évoquant dans leurs écrits la féminisation du travail dans l'économie mondiale, ont bien compris qu'il est indispensable d'interroger et de contester les modèles théoriques dominants qui sous-tendent la dynamique du marché du travail mondial si l'on veut être en mesure de remédier aux inégalités structurelles et de répondre aux besoins des femmes (voir Ben-Israel et Foubert, 2004, p. 95; Cornish, Faraday et Verma, 2006; Rittich, 2002; Vosko, 2004; Cholewinski, 2006). Situant leur analyse dans le nouveau contexte mondial, Ruth Ben-Israel et Petra Foubert font observer que la notion traditionnelle de marché du travail dual risque fort d'être frappée d'obsolescence face aux nouvelles formes de discrimination qui caractérisent aujourd'hui une partie importante du marché du travail (Ben-Israel et Foubert, 2004, p. 354). Elles expliquent en effet qu'au marché du travail primaire – celui des travailleurs à plein temps qui jouissent d'un large éventail de droits – et au marché du travail secondaire – celui des travailleurs précaires, atypiques, marginalisés, et dont l'éventail de droits est singulièrement restreint – s'ajoute désormais un troisième segment, qui regroupe les chômeurs de très longue durée, qui, exclus du marché du travail, se retrouvent de facto exclus de la société (*ibid.*).

La prise en compte des dimensions structurelles des inégalités au travail, tant à l'intérieur des frontières d'un pays qu'à l'échelon international, soulève quelques questions fondamentales et met notamment en lumière le fait que l'élimination de la discrimination passe par l'adoption de politiques publiques en matière de marché du travail et de réglementation économique, par une mise en œuvre du droit du travail à l'échelon international, et par la mise en place de mesures visant à garantir la régularité des pratiques commerciales. Dans ses ouvrages théoriques de premier plan, Saskia Sassen rappelle à juste titre que le mondial s'enracine dans le national, qui agit sur lui comme une sorte de filtre (Sassen, 2003, p. 28; voir aussi Sassen-Koob, 1984; Craig et Lynk, 2006). Faute d'Etat mondial, et en l'absence de réglementations internationales, le citoyen peut passer par des relais de nature politique pour demander aux responsables de rendre compte de leur action et exiger la mise en place de dispositifs démocratiques aptes à tempérer les effets de la mondialisation. Si l'on sort du cadre strict de l'Etat-nation pour examiner les inégalités du monde du travail à l'échelle mondiale, on est amené à s'interroger sur les moyens à adopter pour assurer la mise en œuvre effective du droit international du travail (Hepple, 2005; Langille, 2005b)³². Nombreux sont ceux qui jugent nécessaire à cet égard l'instauration d'une gouvernance transnationale – laquelle fait l'objet, sous l'appellation de «démocratie cosmopolite», d'une éloquente description de la part de David

³² Que les pays s'abstiennent de ratifier de nouvelles conventions du travail nuit à la crédibilité et à la légitimité, alors qu'un manque d'information et de données concernant l'observance nuit à l'efficacité. Voir National Research Council of the National Academies (2004).

Held (Held, 1995, pp. 190-201; voir aussi Weiss, 2011). Selon lui, seule la mise en place de mécanismes mondiaux de gouvernance sera à même d'assurer la responsabilisation d'instances de pouvoir qui restent pour l'heure soustraites au contrôle démocratique (*loc. cit.*). L'adoption de cette perspective internationale soulève en outre de brûlantes interrogations quant aux responsabilités des institutions internationales et à leur capacité de promouvoir la justice sociale et une gouvernance transnationale efficace (Sen, 1999).

Le fait que l'élimination de la discrimination a été consacrée par la Déclaration de l'OIT de 1998 comme l'un des quatre principes fondamentaux et le lancement du vaste programme de l'OIT relatif au travail décent sont deux facteurs qui ont amené à s'intéresser de plus près aux droits relatifs à l'égalité inscrits dans le droit international du travail. La constitution de ce dernier passe en grande partie par l'étude comparative de l'efficacité des stratégies locales et nationales pour l'élimination de la discrimination, ainsi que par un examen des relations qui s'établissent entre les divers facteurs d'inégalité, dans certains pays et régions du monde. Un tel examen amène inévitablement à aborder plusieurs problématiques revêtant un caractère international – situation du travail dans le monde, évolution du commerce international, problématique des migrations de main-d'œuvre, fuite des capitaux, évolutions socio-économiques internationales. La récente crise financière n'a fait à cet égard que confirmer l'intérêt qu'il y a à replacer les événements dans un contexte mondial. Dans son troisième rapport global sur l'égalité, le BIT rappelle qu'il importe que tous les gouvernements, surtout dans cette période d'instabilité économique, continuent de faire de la lutte contre la discrimination l'un de leurs objectifs prioritaires, et qu'ils ne sacrifient pas les objectifs à long terme en matière d'égalité à des visées à courte vue axées sur le seul profit économique (BIT, 2011, pp. 5-9).

Conclusion: la mise en cohérence du droit international du travail

Notre visualisation fait apparaître des cercles concentriques englobant une conception de plus en plus large des inégalités au travail ainsi que les limites, à chaque fois, des diverses conceptions de la discrimination. Si les modèles dont nous disposons pour appréhender le phénomène de l'inégalité au travail ne cessent de s'enrichir, il reste important de comprendre que les inégalités socio-économiques révèlent en fait des disparités entre groupes fondées sur le sexe, la race, l'origine nationale ou ethnique, le handicap, l'origine sociale, les convictions politiques, la religion, l'orientation sexuelle, et que ces disparités se manifestent dans les deux secteurs – formel et informel – de l'économie. Parallèlement, en tentant de corriger les inégalités subies par les groupes sociaux les plus désavantagés et les plus marginalisés, nous contribuons nécessairement à l'instauration d'une plus grande égalité dans le monde du travail³³. Adelle

³³ Pour une discussion en tant que stratégie pour prendre en compte les discriminations qui se croisent et se recoupent, voir Sheppard (2011, p. 29).

Blackett indique que, dans le monde du travail, la citoyenneté se reconfigure au carrefour du droit du travail et du droit relatif aux droits de l'homme (Blackett, 2011b, p. 434; voir aussi Fraser, 2009, chapitre 6). L'intégration des inégalités systémiques et structurelles dans le champ opératoire de la notion de discrimination assure, en effet, une convergence entre la législation contre la discrimination et d'autres domaines du droit international; elle soutient ainsi les efforts déployés pour affranchir les travailleurs et instaurer des conditions de vie et de travail plus équitables dans une économie qui ne cesse de se mondialiser.

Références

- Abella, Rosalie Silberman. 1984: *Egalité en matière d'emploi. Rapport d'une commission royale* (Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services Canada).
- Agócs, Carol (directrice de publication). 2002: *Workplace equality: International perspectives on legislation, policy and practice* (La Haye, Kluwer Law International).
- Albiston, Catherine. 2009: «Institutional inequality», *Wisconsin Law Review*, vol. 2009, n° 5, pp. 1093-1167.
- Alston, Philip. 2005: «Facing up to the complexities of the ILO's core labour standards agenda», *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 3, pp. 467-480.
- . 2004: «'Core labour standards' and the transformation of the international labour rights regime», *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, pp. 457-521.
- ; Heenan, James. 2004: «Shrinking the international labor code: An unintended consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work?», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, n° 2-3, pp. 221-264.
- Arbour, Louise. 2005: *Freedom from want: From charity to entitlement*, Conférence LaFontaine-Baldwin au Capitole, Québec City, 4 mars, disponible à l'adresse <www.icc-icc.ca/en/lbs/docs/LouiseArbour2005EN.pdf> [consulté le 21 février 2012].
- Bacchi, Carol. 2004: «Policy and discourse: Challenging the construction of affirmative action as preferential treatment», *Journal of European Public Policy*, vol. 11, n° 1, pp. 128-146.
- Bader Ginsburg, Ruth; Jones Merritt, Deborah. 1999: «Affirmative action: An international human rights dialogue» (Conférence de Benjamin N. Cardozo), *The Record*, vol. 54, n° 3, pp. 279-310.
- Ben-Israel, Ruth; Foubert, Petra. 2004: «Equality and prohibition of discrimination in employment», dans l'ouvrage publié sous la direction de Roger Blanpain: *Comparative labour law and industrial relations in industrialized market economies*, huitième édition (La Haye, Kluwer Law International), pp. 321-358.
- BIT. 2011: *L'égalité au travail: un objectif qui reste à atteindre. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, Conférence internationale du Travail, 100^e session, rapport I (B), Genève.
- . 2010: *Travail décent pour les travailleurs domestiques*, Conférence internationale du Travail, 99^e session, rapport IV(1), Genève.
- . 2007: *L'égalité au travail: relever les défis. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, Conférence internationale du Travail, 96^e session, rapport I (B), Genève.
- . 2003: *L'heure de l'égalité au travail. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, Conférence internationale du Travail, 91^e session, rapport I (B), Genève.
- . 1999: *Travail décent*, rapport du directeur général à la 87^e session de la Conférence internationale du Travail, Genève.
- Blackett, Adelle (rédactrice invitée). 2011a: Numéro spécial «Réguler le travail décent pour les travailleuses domestiques», *Revue femmes et droits*, vol. 23, n° 1, pp. 47-96.
- . 2011b: «Emancipation in the idea of labour law», dans l'ouvrage de Davidov et Langille, pp. 420-436.

- . 2007: «Situating reflections on international labor law, capabilities, and decent work: The Case of Centre Maraîcher Eugène Guinois», *Revue québécoise de droit international*, hors-série, pp. 223-244.
- ; Sheppard, Colleen. 2003: «Négociation collective et égalité au travail», *Revue internationale du Travail*, vol. 142, n° 4, pp. 453-496.
- Blumrosen, Alfred W. 1972: «Strangers in paradise: *Griggs v. Duke Power Co.* and the concept of employment discrimination», *Michigan Law Review*, vol. 71, n° 1, pp. 59-110.
- Cholewinski, Ryszard. 2006: «International labour law and the protection of migrant workers: Revitalizing the agenda in the era of globalization», dans l'ouvrage de Craig et Lynk, pp. 409-444.
- Cornish, Mary; Faraday, Fay; Verma, Veena. 2006: «Securing gender justice: The challenges facing international labour law», dans l'ouvrage de Craig et Lynk, pp. 377-408.
- Craig, John D. R.; Lynk, S. Michael (directeurs de publication). 2006: *Globalization and the future of labour law* (Cambridge, Cambridge University Press).
- Crenshaw, Kimberlé. 1989: «Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics», *University of Chicago Legal Forum*, pp. 139-167.
- Davidov, Guy; Langille, Brian. 2011: *The idea of labour law* (Oxford, Oxford University Press).
- Day, Shelagh; Brodsky, Gwen. 1996: «The duty to accommodate: Who will benefit?», *Canadian Bar Review*, vol. 75, n° 3, pp. 433-473.
- Dennis, Michael J.; Stewart, David P. 2004: «Justiciability of economic, social, and cultural rights: Should there be an international complaints mechanism to adjudicate the rights to food, housing, and health?», *American Journal of International Law*, vol. 98, n° 3, pp. 462-515.
- DFID. 2004: *Labour standards and poverty reduction*, consultation Paper (Londres).
- Faundez, J. 1994: *Affirmative action: International perspectives* (Genève, BIT).
- Flanagan, Thomas. 1987: «Equal pay for work of equal value: An historical note», *Revue d'études canadiennes*, vol. 22, n° 3, pp. 5-19.
- Fraser, Nancy. 2009: *Scales of justice: Reimagining political space in a globalizing world* (New York, Columbia University Press).
- Fredman, Sandra. 2008: *Human rights transformed: Positive rights and positive duties* (Oxford, Oxford University Press).
- . 2005: «Providing equality: Substantive equality and the positive duty to provide», *South African Journal on Human Rights*, vol. 21, n° 2, pp. 163-190.
- . 2000: «Discrimination law in the EU: Labour market regulation or fundamental rights?», dans l'ouvrage publié sous la direction de Hugh Collins, Paul Davies et Roger Rideout: *Legal regulation of the employment relation* (La Haye, Kluwer Law International), pp. 183-201.
- Fudge, Judy; Owens, Rosemary (directrices de publication). 2006: *Precarious work, women and the new economy: The challenge to legal norms* (Oxford, Hart Publishing).
- Ghai, Dharam. 2003: «Travail décent: concept et indicateurs», *Revue internationale du Travail*, vol. 142, n° 2, pp. 121-157.
- Hakim, Catherine. 2004: *Key issues in women's work: Female diversity and the polarisation of women's employment*, deuxième édition (Londres, GlassHouse).
- Harriss-White, Barbara. 2003: «Observations sur l'inégalité professionnelle dans l'économie informelle», *Revue internationale du Travail*, vol. 142, n° 4, pp. 497-508.
- Held, David. 1995: *Democracy and the global order: From the modern State to cosmopolitan governance* (Stanford, Stanford University Press).
- Hepple, Bob. 2005: *Labour laws and global trade* (Oxford, Hart Publishing).
- . 2001: «Égalité et renforcement du pouvoir d'action pour un travail décent», *Revue internationale du Travail*, vol. 140, n° 1, pp. 7-22.
- Hodges-Aeberhard, Jane. 1999: «L'action positive dans l'emploi: la jurisprudence récente face à une notion complexe», *Revue internationale du Travail*, vol. 138, n° 3, pp. 269-298.
- Jackman, Martha. 1999: «From national standards to justiciable rights: Enforcing international social and economic guarantees through *Charter of Rights* review», *Journal of Law and Social Policy*, vol. 14, pp. 69-90.

- Kabeer, Naila. 2000: «Social exclusion, poverty and discrimination: Towards an analytical framework», *IDS Bulletin*, vol. 31, n° 4, pp. 83-97, disponible à l'adresse <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1759-5436.2000.mp31004009.x/pdf>> [consulté le 21 février 2012].
- Langille, Brian A. 2005a: «Core labour rights: The true story», *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 3, pp. 409-437.
- . 2005b: *What is international law for?* Institut international d'études sociales (Genève).
- MacKinnon, Catharine A. 1987: «Difference and dominance: On sex discrimination», *Feminism unmodified: Discourses on life and law* (Cambridge, Harvard University Press), pp. 32-45.
- Maupain, Francis. 2005: «Revitalization not retreat: The real potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers' Rights», *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 3, pp. 439-465.
- McCrudden, Christopher. 1998: «Social policy issues in public procurement: A legal overview», dans l'ouvrage publié sous la direction de Sue Arrowsmith et Arwel Davies: *Public procurement: Global revolution* (La Haye, Kluwer Law International), pp. 219-239.
- Minow, Martha. 1990: *Making all the difference: Inclusion, exclusion and American law* (Ithaca, Cornell University Press).
- National Research Council of the National Academies. 2004: *Monitoring international labor standards: Techniques and sources of information* (Washington, DC, National Academies Press).
- Nielsen, Henrik Karl. 1994: «The concept of discrimination in ILO Convention No. 111», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, n° 4, pp. 827-856.
- Politakis, George P. 2001: «Normes sur le travail de nuit des femmes: le dilemme protection-égalité», *Revue internationale du Travail*, vol. 140, n° 4, pp. 467-496.
- Rittich, Kerry. 2002: «Feminization and contingency: Regulating the stakes of work for women», dans l'ouvrage publié sous la direction de Joanne Conaghan, Richard Michael Fischl et Karl Klare: *Labour law in an era of globalization: Transformative practices and possibilities* (Oxford, Oxford University Press), pp. 117-136.
- Sankaran, Kamala. 2011: «Informal employment and the challenges for labour law», dans l'ouvrage de Davidov et Langille, pp. 223-233.
- Sassen, Saskia. 2003: «The participation of States and citizens in global governance», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, n° 1, pp. 5-28.
- Sassen-Koob, Saskia. 1984: «Notes on the incorporation of Third World women into wage-labor through immigration and off-shore production», *International Migration Review*, vol. 18, pp. 1144-1167.
- Sen, Amartya. 2000: «Travail et droits», *Revue internationale du Travail*, vol. 139, n° 2, pp. 129-139.
- . 1999: «Global justice: Beyond international equity», dans l'ouvrage publié sous la direction de Inge Kaul, Isabelle Grumberg et Marc A. Stern: *Global public goods: International cooperation in the 21st century* (New York, Oxford University Press), pp. 116-125.
- Sheppard, Colleen. 2011: *Multiple discrimination in the world of work*, Programme pour la promotion de la Déclaration sur les principes et droits fondamentaux au travail, Working Paper No. 66 (Genève, BIT).
- . 2010: *Inclusive equality: The relational dimensions of systemic discrimination in Canada* (Montréal, McGill-Queen's University Press).
- . 2006: «Challenging systemic racism in Canada», dans l'ouvrage publié sous la direction d'Elaine Kennedy-Dubourdieu: *Race and inequality: World perspectives on affirmative action* (Aldershot, Ashgate Press), pp. 43-62.
- . 2005: «Individual accommodation versus institutional transformation: Two paradigms for reconciling paid work and family responsibilities», dans La Charte des droits et libertés de la personne: *Pour qui et jusqu'où?* Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec (Cowansville, Québec, Editions Yvon Blais), pp. 379-404.
- . 2001: «Of forest fires and systemic discrimination: A review of *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*», *McGill Law Journal*, vol. 46, n° 2, pp. 533-559.
- Sturm, Susan. 2006: «The architecture of inclusion: Advancing workplace equity in higher education», *Harvard Journal of Law and Gender*, vol. 29, n° 2, pp. 247-334.

- . 2001: «Second generation employment discrimination: A structural approach», *Columbia Law Review*, vol. 101, n° 3, pp. 458-468.
- Tomei, Manuela. 2005: *Affirmative action for racial equality: Features, impact and challenges*, Programme pour la promotion de la Déclaration sur les principes et droits fondamentaux au travail, Working Paper No. 44 (Genève, BIT).
- . 2003: «Sur les notions de discrimination et d'égalité au travail», *Revue internationale du Travail*, vol. 142, n° 4, pp. 435-452.
- UNHCHR. 2006: *Principles and Guidelines for a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies*, document HR/PUB/06/12 (Genève).
- Vosko, Leah. 2010: *Managing the margins: Gender, citizenship, and the international regulation of precarious employment* (Oxford, Oxford University Press).
- . 2004: *Contester la norme – la condition féminine et la réglementation internationale du travail précaire*, document préparé pour la Commission du droit du Canada, Ottawa, juillet, disponible à l'adresse <<http://publications.gc.ca/site/fra/292631/publication.html>> [consulté le 21 mars 2012].
- . 2002: «'Decent work': The shifting role of the ILO and the struggle for global social justice», *Global Social Policy*, vol. 2, n° 1, pp. 19-46.
- Walby, Sylvia. 2000: «Analyzing social inequality in the twenty-first century: Globalization and modernity restructure inequality», *Contemporary Sociology*, vol. 29, n° 6, pp. 813-818.
- Weiss, Manfred. 2011: «Re-inventing labour law?», dans l'ouvrage de Davidov et Langille, pp. 43-56.

