

ÉGALITÉ, INÉGALITÉS, DISCRIMINATIONS

ESSAI DE DIALOGUE INTERDISCIPLINAIRE DES SAVOIRS JURIDIQUES ET QUANTITATIFS

p. 6 AVANT-PROPOS de Jérôme Porta et Christophe Bergouignan

p. 12 Debbie Collier

De l'Apartheid à l'action positive : un aperçu de la loi sur l'égalité au travail en Afrique du Sud

p. 24 Supriya Routh

Une Constitution à deux vitesses. Les travailleurs et l'égalité devant la loi en Inde

p. 36 Fábio Rodrigues Gomes et Roberto Fragale Filho

Le principe d'égalité dans le droit du travail brésilien. Brèves considérations propédeutiques sur l'article 461 de la CLT

p. 48 Laurène Joly

L'égalité à l'aune du handicap

p. 60 Benoît Riandey, Catherine Quantin, Anne-Marie Benoît et Olivier Cohen

Proposition d'un dispositif sécurisé de suivi statistique de la diversité dans les entreprises signataires de la Charte de la diversité

p. 68 Laure Mogueu, Tatiana Eremenko, Xavier Thierry et Rose Prigent

Les familles monoparentales immigrées : des familles doublement pénalisées ?

p. 84 Richard Marcoux

Le travail des enfants au Mali : tentative de mesure et inégalités de genre

p. 90 Dominique Meurs

Mesurer les discriminations : les approches des économistes

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

THÉMATIQUE : OBLIGATIONS IMPLICITES DE L'EMPLOYEUR ET CRÉATION PRÉTORIENNE :
DES EXEMPLES CONTRASTÉS EN DROIT COMPARÉ

p. 99 Allison Fiorentino

Elena Sychenko (Fédération de Russie)

Nanga Silue (Côte d'Ivoire)

Juan Pablo Mugnolo et Diego Ledesma Iturbide (Argentine)

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

p. 128 Afrique du Sud

p. 130 Algérie

p. 132 Argentine

p. 134 Australie

p. 136 Autriche

p. 138 Brésil

p. 140 Chili

p. 142 Colombie

p. 144 Espagne

p. 146 États-Unis

p. 148 Fédération de Russie

p. 150 France - DT

p. 152 France - DSS

p. 154 Grèce

p. 156 Italie

p. 158 Lituanie

p. 160 ONU

p. 162 Pays Bas

p. 164 République du Congo
(Congo-Brazzaville)

p. 166 Roumanie

p. 168 Royaume-Uni

p. 170 Serbie

p. 172 Slovénie

p. 174 Turquie

p. 176 Union Européenne - DPS

p. 178 Uruguay

DOSSIER THÉMATIQUE

ÉGALITÉ, INÉGALITÉS, DISCRIMINATIONS
ESSAI DE DIALOGUE INTERDISCIPLINAIRE
DES SAVOIRS JURIDIQUES ET QUANTITATIFS



DEBBIE COLLIER

Professeur associé, Institute of Development and Labour Law, Université de Cape Town, Afrique du Sud.


Thèmes de recherche : Employment law, Aspects of workplace discrimination and equality law. Parmi ses publications :

~ Massie and Collier with Crotty, Executive Salaries in South Africa: Who should have a say on pay?, 2014, Jacana Media Pty Ltd.

~ Fergus and Collier "Race and Gender Equality at Work: The Role of the Judiciary in Promoting Workplace Transformation", 2014, South African Journal on Human Rights, pp. 484 – 507.

DE L'APARTHEID À L'ACTION POSITIVE : UN APERÇU DE LA LOI SUR L'ÉGALITÉ AU TRAVAIL EN AFRIQUE DU SUD

ABSTRACT



Apartheid in South Africa privileged white people and discriminated against black people. The classification of race determined where a person could live, the quality of one's education and the extent to which a person could participate in the South African economy. Apartheid ended in 1994 and today the Constitution prohibits discrimination on numerous grounds, included race, gender, sex, sexual orientation, disability, culture and religion. Further, the Constitution embraces a substantive notion of equality and it permits the use of affirmative action to advance persons that have been disadvantaged by unfair discrimination.

KEY WORDS : Discrimination, Unfair discrimination, Affirmative action, Apartheid, South Africa.

RÉSUMÉ

Le régime de l'Apartheid mis en place en Afrique du Sud avantageait les Sud-Africains blancs aux dépens des Sud-Africains noirs. L'appartenance raciale déterminait l'endroit où chaque personne pouvait vivre, l'éducation qu'elle recevait, et sa participation à l'économie sud-africaine. L'Apartheid a été aboli en 1994 et aujourd'hui la Constitution Sud-Africaine interdit la discrimination sur la base de nombreux motifs, tels que la race, le genre, le sexe, l'orientation sexuelle, le handicap, la culture et la religion. Par ailleurs, la Constitution adopte une notion substantielle de l'égalité et permet la mise en oeuvre de mesures d'action positive afin de favoriser les personnes qui ont été défavorisées par une discrimination injuste.

MOTS CLÉS : Discrimination, Discrimination injuste, Action positive, Apartheid, Afrique du Sud.

Bien que l'appartenance raciale ne soit en aucun cas le seul terrain sur lequel la discrimination est vécue en Afrique du Sud, la discrimination systémique à l'encontre de la population noire à l'époque de la domination coloniale et du gouvernement de l'Apartheid fournit le contexte général dans lequel le droit à l'égalité en Afrique du Sud doit être compris et interprété.

L'Afrique du Sud, comme tous les pays ayant un passé colonial, est marquée par une longue tradition de discrimination raciale. Bien que les liens coloniaux aient été coupés en 1961, lors de l'établissement de la République d'Afrique du Sud, jusqu'à la première élection non-raciale de 1994, la discrimination raciale était fermement ancrée dans le droit et la pratique. La société sud-africaine était clairement divisée selon des critères raciaux dans la pratique et dans la loi.

La politique de l'Apartheid (qui signifie « isolement ») qui a pris forme après l'arrivée au pouvoir du Parti National en 1948 et qui est restée en vigueur jusqu'en 1994, a permis l'adoption en Afrique du Sud d'une législation qui favorisait et avantagait les Sud-Africains blancs aux dépens des Sud-Africains noirs¹. Le but de l'Apartheid était de séparer la population blanche et la population noire dans tous les domaines de la vie et d'établir la domination des blancs et une hiérarchie du pouvoir basée uniquement sur la race². L'appartenance raciale de chaque personne était enregistrée³ et la race déterminait l'endroit où chaque personne

pouvait vivre⁴, l'éducation qu'elle recevait⁵, qui elle pouvait épouser⁶, sa liberté de mouvement⁷, et dans quelle mesure elle était autorisée à participer à l'économie sud-africaine. Les lois de l'Apartheid assuraient un accès préférentiel sur le marché du travail pour les personnes de race blanche et limitaient le droit à l'emploi pour la population noire⁸. Un système d'exploitation des travailleurs immigrés s'est développé en conséquence, et ses effets sont encore visibles aujourd'hui, comme en atteste le massacre de Marikana, au cours duquel 24 salariés en grève d'une mine de platine ont été tués en août 2012⁹.

Il n'est donc pas surprenant qu'en 1993, la Constitution provisoire en Afrique du Sud ait déclaré la nécessité d'établir un nouvel ordre en Afrique du Sud, afin de s'assurer « qu'il y ait une égalité entre les hommes et les femmes

¹ Le *Population Registration Act 30* de 1950 identifiait quatre groupes raciaux qui étaient les Blancs, les personnes de couleur, les Bantous (africains noirs) et les autres. Aujourd'hui, l'*Employment Equity Act 55* de 1998 définit les « personnes noires » comme « un terme générique englobant les Africains, les personnes de couleur et les Indiens ».

² Pour une explication générale de l'exploitation et de la discrimination en Afrique du Sud, voir S. Terreblanche, *A History of Inequality in South Africa 1952 – 2002* (2002), University of Natal Press et KMM Review Publishing Company (Pty) Ltd, et sur la politique de l'Apartheid plus spécifiquement, voir N. L. Clark et W. H. Worger, *South Africa: The rise and fall of Apartheid*, 2^{nde} Ed (2011), Pearson Education Limited.

³ Selon les termes du *Population Registration Act*.

⁴ Le *Group Areas Act 41* de 1950 séparait physiquement les groupes raciaux en déterminant les zones résidentielles dans lesquelles les groupes raciaux pouvaient résider. Cela a entraîné le déplacement forcé de groupes raciaux non-blancs qui résidaient jusqu'alors dans des zones désignées par la loi comme des zones résidentielles blanches.

⁵ Le *Bantu Education Act 47* de 1953 qui assurait que les Africains noirs recevraient un enseignement d'une qualité inférieure.

⁶ Le *Prohibition of Mixed Marriages Act 55* de 1949 interdisait les mariages entre des personnes non-blanches et blanches.

⁷ Le *Native Laws Amendment Act 54* de 1952 et le *Natives (Abolition of Passes and Co-ordination of Documents) Act 67* de 1952 qui forçaient la population noire à toujours être munie de papiers d'identité et qui exigeait que les personnes noires présentent un permis attestant de leur emploi afin de pouvoir demeurer dans les zones urbaines « blanches ».

⁸ On trouve aussi des dispositions discriminatoires limitant encore plus la participation de la population noire sur le marché du travail dans l'*Industrial Conciliation Act 28* de 1956, l'*Apprenticeship Act 37* de 1944, le *Bantu Building Workers Act 27* de 1951 et le *Workmen's Wages Protection Act 40* de 1956.

⁹ Voir F. Wilson « Historical Roots of Inequality in South Africa », *Economic History of Developing Regions* Vol. 26 (1) 2011 et P. Alexander « Marikana, turning point in South African history », *Review of African Political Economy* (2013) Vol. 40, No. 138, 605-619, bien que, comme le souligne Alexander, la migration du travail a remplacé le système des travailleurs migrants.

et les personnes de toutes les races »¹⁰. Si l'appartenance raciale semble être le motif le plus visible et le plus flagrant de discrimination, la mentalité patriarcale qui était l'un des fondements du colonialisme et de l'Apartheid a entraîné de multiples formes d'oppression pour d'autres motifs tels que le genre et le sexe, l'orientation sexuelle, le handicap, la culture et la religion et c'est dans ce contexte que la loi sur l'égalité doit être comprise. Le droit à l'égalité a été prévu dans la section 8 de la Constitution provisoire et affirmé dans la section 9 de la Constitution sud-africaine de 1996¹¹.

I - Le droit constitutionnel à l'égalité substantielle

La section 9 de la Constitution établit que :

1 - Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont le droit à une protection et à des avantages égaux en vertu de la loi.

2 - L'égalité comprend la pleine et égale jouissance de tous les droits et libertés. Pour promouvoir l'égalité, des mesures législatives ou d'un autre type, conçues pour protéger ou soutenir des personnes ou des catégories de personnes défavorisées par une discrimination injuste, peuvent être adoptées.

3 - L'État ne peut pas pratiquer une discrimination injuste, directe ou indirecte, contre quiconque, pour un ou plusieurs des motifs suivants : la race, le genre et le sexe, la grossesse, le statut marital, l'origine ethnique ou sociale, la couleur, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap, la religion, les convictions, les croyances, la culture, la langue et la naissance.

4 - Nul ne peut pratiquer une discrimination injuste, directe ou indirecte contre quiconque pour un ou plusieurs des motifs indiqués dans le paragraphe (3). La législation nationale doit être promulguée afin d'interdire la discrimination injuste.

5 - La discrimination pour un ou plusieurs des motifs indiqués dans le paragraphe (3) est injuste sauf s'il est établi que la discrimination est juste.

Selon l'approche traditionnelle, les Constitutions ont une application verticale et à ce titre, elles engagent l'État et interdisent à l'État d'empiéter sur les droits des individus et des institutions. Cependant, la Constitution sud-africaine a également une application horizontale et, non seulement il est interdit à l'État de porter atteinte aux droits des individus, mais il est également interdit aux individus et aux institutions d'empiéter sur ces droits¹². Une obligation constitutionnelle est donc imposée à chacun de ne pas opérer une discrimination illégitime contre quiconque pour quelque motif que ce soit, y compris les nombreux motifs dont la liste est donnée dans la section 9(3).

Les sections 9(2) et 9(4) de la Constitution sont particulièrement importantes en ce qui concerne la discrimination et l'égalité dans le travail. La section 9(2) autorise l'adoption d'une législation imposant des mesures correctives, telles qu'une action positive sur le milieu du travail, pour remédier aux inégalités, et la section 9(4) exige l'adoption de législations ayant pour objet d'empêcher ou d'interdire les discriminations injustes, notamment dans le travail. Au fondement du paragraphe 9(4), deux lois ont ainsi été promulguées :

- *Le Employment Equity Act 55* (loi sur l'équité en matière d'emploi 55) de 1998 (*EEA*) et,

- *Le Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4* (loi sur la promotion de l'égalité et la prévention de la discrimination 4) de 2000 (*PEPUDA*).

L'*EEA* reconnaît qu'«en raison de l'Apartheid et d'autres lois et pratiques discriminatoires, il existe des disparités en matière d'emploi, d'activité et de revenus au sein du marché du travail national »¹³. Son but est de parvenir à l'égalité dans le milieu du travail de deux manières. Tout d'abord, la loi interdit la discrimination injuste à l'encontre des salariés. Il est exigé de chaque employeur qu'il prenne des mesures pour éliminer la discrimination injuste au sein de toute politique ou pratique relative à l'emploi. Ensuite, l'*EEA* exige de certains employeurs qu'ils appliquent des mesures d'action positive. Les dispositions de l'*EEA* et les décisions de justice interprétant cette loi sont précisées dans la section qui suit.

Dans les grandes lignes, l'objet du *PEPUDA* est d'in-

¹⁰ Préambule de l'*Interim Constitution of the Republic of South Africa Act 200* de 1993.

¹¹ *Constitution of the Republic of South Africa Act 108* de 1996.

¹² Pierre de Vos et Warren Freedman (Eds), *South African Constitutional Law in Context*, (2014) Oxford University Press.

¹³ Préambule de l'*Employment Equity Act 55* de 1998.

terdire la discrimination injuste, les discours haineux et le harcèlement dans la société. Cette loi engage l'État et tous les individus et s'applique dans tous les cas où il existe une discrimination injuste, lorsque l'EEA n'est pas applicable. En effet, si l'EEA est la principale loi traitant de la discrimination sur le lieu de travail, et si la plupart des cas de discrimination sur le lieu de travail sont résolus en appliquant les dispositions de l'EEA, le PEPUDA s'applique néanmoins à certains litiges pour lesquels l'EEA n'est pas applicable. Par exemple, le PEPUDA a ainsi permis à un entrepreneur indépendant qui subissait une discrimination sur la base de son orientation sexuelle¹⁴, ou encore à un candidat pour un poste de magistrat qui subissait une discrimination en raison de son handicap¹⁵ d'agir en justice pour discrimination injuste. Ces deux personnes n'étaient en effet pas protégées, en tant que salariés par les dispositions de l'EEA, applicables seulement aux relations de travail subordonné.

Si dans les affaires de discrimination dans le travail, le principal fondement est souvent recherché dans les dispositions de l'EEA, celles-ci doivent être interprétées conformément à la Constitution¹⁶. Aussi, dans de nombreux cas de discrimination au travail, il est fait référence au droit constitutionnel à l'égalité et l'on se fonde sur les principes qui ont été établis par la Cour constitutionnelle pour résoudre les affaires de discrimination au travail. À cet égard, il convient de mettre en évidence deux aspects importants de l'approche adoptée par la Cour constitutionnelle sur l'égalité et la discrimination injuste, à savoir la notion d'égalité substantielle et la nécessité de mesures correctives (A) et le rôle de la dignité dans l'établissement de la discrimination injuste (B).

A – L'égalité substantielle et la nécessité de mesures correctives (telles que l'action positive)

La discrimination raciale a été institutionnalisée en Afrique du Sud par les pratiques, les politiques et les lois adoptées par les dirigeants à l'époque coloniale dans le cadre du système répressif de l'Apartheid. C'est en gardant à l'esprit ce contexte que notre clause sur l'égalité doit être interprétée. Comme l'explique la Cour constitutionnelle :

« La politique de l'Apartheid, dans le droit et dans les faits, appliquait une discrimination systématique contre la population noire dans tous les aspects de la vie sociale. On empêchait la population noire d'accéder à la propriété ou même de résider dans des zones classées comme des zones « blanches », ce qui représentait près de 90% du territoire de l'Afrique du Sud, les postes à responsabilité et l'accès aux écoles et aux universités réputées leur étaient refusés, les services publics, y compris les transports en commun, les parcs publics, les bibliothèques et un grand nombre de magasins étaient également fermés à la population noire. Des services inférieurs et séparés leur étaient fournis à la place. Les cicatrices profondes de ce programme épouvantable sont encore visibles dans notre société. C'est à la lumière de ce passé historique et de l'héritage durable qu'il a laissé, que la clause sur l'égalité doit être interprétée¹⁷ ».

Ce racisme systémique a eu un impact significatif sur le développement économique et social de la population noire et il est généralement admis que l'égalité de traitement et la simple élimination des lois et des pratiques discriminatoires ne suffiront pas à faire avancer l'égalité et la justice sociale en Afrique du Sud. La Cour constitutionnelle a donc déclaré qu'une approche formelle de l'égalité, dans laquelle toutes les personnes sont traitées également, n'est pas appropriée pour surmonter les effets de la discrimination passée et qu'en réalité, une telle approche pourrait perpétuer la subordination de groupes défavorisés ou vulnérables. Une approche substantielle ou asymétrique de l'égalité est adoptée pour corriger les effets de la discrimination et des préjugés à l'encontre de la population noire mais également à l'encontre d'autres groupes vulnérables tels que les femmes, les personnes handicapées, les homo-

¹⁴ *Strydom v Nederduitse Gereformeerde Gemeente Moreleta Park* (2009) 30 ILJ868 [EqC].

¹⁵ *Singh v Minister of Justice and Constitutional Development and Others* 2013(3) SA 66 [EqC].

¹⁶ S 3(a) de l'EEA. En outre, selon la section 3(d) la loi doit être interprétée en conformité avec les obligations de l'Afrique du Sud vis-à-vis du droit international, qui comprennent l'obligation de se conformer à la Convention n°111 de l'organisation internationale du travail (OIT) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession.

¹⁷ *Brink v Kitshoff* NO 1996 [4] SA 197 [CC], [1996] ZACC 9 au paragraphe [40].

sexuels, les personnes bisexuelles, transsexuelles et intersexuelles. Le but recherché est l'égalité concrète (*Equality of outcome*) et le contenu du droit à l'égalité substantielle dépendra dans chaque cas du contexte donné. Comme l'a expliqué la Cour constitutionnelle :

« Cette notion de fond de l'égalité reconnaît que, outre les différences de race, de classe et de sexe dans notre société, il existe d'autres niveaux et d'autres formes de différenciation sociale et de différence de traitement, qui persistent encore. La Constitution nous enjoint de les démanteler et d'empêcher la création de nouvelles manières de désavantager certains. C'est donc aux tribunaux qu'il incombe, à propos de chaque action en justice relative à l'égalité, de vérifier, la position des plaignants dans la société, leur histoire et leur vulnérabilité, l'origine, la nature et le but de la pratique discriminatoire et si elle améliore ou aggrave le désavantage du groupe dans le contexte de la vie réelle, afin de déterminer si elle est juste ou injuste, à la lumière des valeurs de notre Constitution. Dans l'évaluation du caractère juste ou injuste, une approche souple mais adaptée à la situation d'espèce est indispensable, en raison de l'évolution des formes de la discrimination et de la réponse stéréotypée dans notre société démocratique en évolution. L'enquête sur la discrimination injuste nécessite plusieurs étapes. Celles-ci sont énoncées par cette Cour dans *Harksen v Lane NO and Others*¹⁸.

Bien que l'évaluation de la discrimination injuste soit établie dans *Harksen v Lane NO* (examiné ci-après), un test supplémentaire a été conçu, par la Cour constitutionnelle, dans le contexte de la notion d'égalité substantielle, en vue d'établir si une action positive (*restitutionary measure*) est constitutionnelle en vertu de la section 9(2). Le test a été formulé dans *Minister of Finance and another v Van Heerden*¹⁹ lorsque la Cour a dû établir la légalité d'un régime de prestations qui offrait des prestations de retraites préférentielles aux membres du Parlement qui avaient auparavant subi une discrimination pour des motifs raciaux et auxquels il était interdit de faire partie jusqu'en 1994.

La Cour constitutionnelle a considéré que « pour déterminer si une mesure entre dans le champ d'application de la section 9(2) l'investigation doit reposer sur trois cri-

tères. Le premier consiste à savoir si la mesure vise des personnes ou des catégories de personnes qui ont été désavantagées par une discrimination injuste ; le second, si la mesure est conçue pour protéger ou promouvoir ces personnes ou catégories de personnes ; et le troisième, si la mesure favorise la réalisation de l'égalité²⁰.

Les trois parties du test pour l'établissement de la constitutionnalité des mesures de restitution peuvent se résumer de la façon suivante : tout d'abord, les bénéficiaires doivent appartenir à un groupe ayant été victime d'une discrimination ; en second lieu, les mesures doivent permettre raisonnablement d'atteindre le résultat souhaité et ne pas être arbitraires ou imprévisibles du fait de leur conception ; et troisièmement, dans leur application, ces mesures ne doivent pas constituer un abus de pouvoir ou imposer un préjudice important et injuste à ceux qui sont exclus par ces mesures.

Les limites constitutionnelles s'imposant pour la mise en œuvre des mesures de restitution et la notion d'égalité substantielle sont importantes pour la compréhension et l'application du cadre légal des mesures d'action positive dans le monde du travail exigées par l'EEA. Ces dispositions et leur interprétation dans les affaires de droit du travail sont discutées plus en détail ci-après. Avant cela, la section qui suit examine le « test » mis au point par la Cour constitutionnelle pour établir la discrimination injuste, comme indiqué dans *Harksen v Lane NO and Others*²¹ et la place prépondérante de la dignité à cet égard.

B – Le « test » pour l'établissement de la discrimination injuste

Il y a trois aspects dans la formulation de la clause sur l'égalité en Afrique du Sud et, plus généralement, de la Charte des droits, qui précise les modalités de mise en œuvre du test nécessaire à l'établissement de la discrimination injuste. Le premier est que, contrairement au choix fait par d'autres juridictions et dans les instruments du droit international, le mot discrimination s'accompagne du qualificatif « injuste » ce qui implique que la discrimination peut être juste. Ceci a donné lieu à de nombreux débats

¹⁸ *Minister of Finance v Van Heerden 2004* (6) SA 121 (CC), [2004] ZACC 3 au paragraphe [27].

¹⁹ 2004 (6) SA 121 (CC).

²⁰ Paragraphe [37]. Cette approche a été confirmée par la suite par la Cour constitutionnelle dans l'affaire *South African Police Service v Solidarity obo Barnard 2014* (6) SA 123 (CC).

²¹ *Harksen v Lane NO 1998* (1) SA 300 (CC).

et discussions et ce constat sous-tend la motivation dans *Harksen v Lane NO*.

Le second aspect de la Constitution qui informe la loi sur l'égalité et la discrimination est le concept – objet de critiques et de disputes – de dignité, un concept contesté. La dignité humaine est reconnue par la Constitution comme une valeur sur laquelle l'Afrique du Sud est fondée²², et la Constitution dispose en outre que « la dignité est inhérente à chacun et que chacun a droit au respect et à la protection de cette dignité »²³. Il y a une association étroite entre l'égalité et la dignité. À cet égard, la dignité est considérée comme essentielle pour comprendre l'égalité : une conduite qui équivaut à une discrimination est une conduite qui porte atteinte à la dignité de la personne qui subit cette discrimination. La Cour constitutionnelle explique l'importance de la dignité comme suit :

« Le respect de la dignité de tous les êtres humains est particulièrement important en Afrique du Sud. En effet, l'Apartheid était la négation d'une humanité commune. La population noire se voyait refuser le respect et la dignité et de ce fait, la dignité de tous les Sud-Africains s'en voyait diminuée. La nouvelle Constitution rejette ce passé et affirme la valeur égale de tous les Sud-Africains. La reconnaissance et la protection de la dignité humaine sont donc la pierre de touche du nouvel ordre politique et un élément fondamental de la nouvelle Constitution »²⁴.

Le troisième point à noter est que la Constitution sud-africaine comprend une clause limitative générale qui s'applique à tous les droits dans la Charte des droits et détermine dans quelle mesure ces droits énoncés dans la Charte peuvent être limités, y compris le droit à l'égalité. À cet égard, la section 36 (limitation des droits) stipule que les droits énoncés dans la Charte des droits ne peuvent être limités qu'en termes de loi d'application générale et seulement dans la mesure où la limitation est raisonnable et justifiable dans une société ouverte et démocratique tenant compte de facteurs pertinents tels que (1) la nature du droit en question, (2) l'importance de l'objectif de la limitation, (3) la nature et l'étendue de la limitation, (4) la relation entre la limitation et son objectif et (5) les moyens moins restrictifs de remplir cet objectif.

²² Section 1 de la Constitution.

²³ Section 10 de la Constitution.

²⁴ *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (CC), [1995] ZACC 3 au paragraphe [329].

Ces trois aspects de la Charte des droits – l'utilisation du terme « injuste » dans la section 9, l'importance de la dignité et la clause limitative – informent les trois « étapes de l'investigation » mis en œuvre dans *Harksen v Lane NO* et qui peuvent être résumées comme suit²⁵ :

Étape 1 : les questions consistent à savoir (1) s'il y a une différenciation de fait, et dans ce cas, si la différenciation est reliée rationnellement à un but légitime, ce qui implique que la différenciation doit être un moyen approprié et efficace de remplir un objectif légitime. Cependant, si la différenciation est reliée rationnellement à un but légitime, elle peut cependant constituer une discrimination injuste selon les termes de la deuxième étape du test.

Étape 2 : le test fait une distinction entre la différenciation sur des motifs précisés ou non précisés. Si la différenciation repose sur un motif précisé, alors la discrimination aussi bien que l'injustice sont présumées ; cependant, si la différenciation repose sur un motif non précisé, elle ne constituera une discrimination que si le motif non précisé est fondé sur des caractéristiques qui sont susceptibles de porter atteinte à la dignité humaine ou d'affecter défavorablement des personnes d'une manière aussi grave. Ceci exige un examen de l'impact de la discrimination sur le plaignant – elle doit porter atteinte à la dignité humaine ou être d'une gravité comparable – et les facteurs qui seront étudiés comprennent (a) la position du plaignant dans la société et toutes précédentes discriminations subies par le plaignant, ainsi que (b) le but de la conduite discriminatoire et le fait de savoir si elle est destinée à constituer une mesure de réparation en elle-même, ainsi que (c) tout autre facteur²⁶.

Étape 3 : l'investigation examine les facteurs énoncés dans la clause limitative (section 36) qui prévoit que la Cour procède à une analyse de la proportionnalité. Il y a cependant un certain chevauchement entre les considérations des étapes 1 et 2 et l'approche proportionnelle, ce qui réduit probablement la portée d'une analyse valable supplémentaire en vertu de la section 36.

²⁵ Voir paragraphe [50] in *Harksen v Lane NO* mais noter que pour *Harksen v Lane NO* la décision a été prise à l'époque de la Constitution provisoire (et il est donc fait référence à la section 8 et à la section 33). Cependant, il n'y a pas une différence fondamentale entre les clauses applicables de la Constitution provisoire et définitive.

²⁶ Au paragraphe [52].

Il convient toutefois de rappeler que l'on demande aux candidats à l'embauche ou aux salariés d'agir en justice en cas de discrimination injuste en se fondant sur l'EEA et non sur la constitution, qui n'a ici vocation qu'à servir de référence pour l'interprétation²⁷. La Cour constitutionnelle et ses décisions sont cependant importantes pour deux raisons. En premier lieu, les questions décidées dans les tribunaux du travail et les cours d'appel du travail au fondement de l'EEA peuvent être attaquées en appel devant la Cour constitutionnelle et, en second lieu, lorsque l'on applique les dispositions de l'EEA, les organes compétents pour le règlement des conflits du travail, à savoir la Commission de conciliation, de médiation et d'arbitrage (CCMA), les tribunaux du travail et les Cours d'appel du travail, sont liés par les décisions de la Cour constitutionnelle et c'est ainsi dans ce contexte constitutionnel plus général que les dispositions de l'EEA sont interprétées.

Comme indiqué précédemment, le but de l'EEA est de parvenir à l'égalité dans le monde du travail, par deux moyens, d'abord en interdisant la discrimination injuste à l'encontre des salariés, et ensuite en exigeant de certains employeurs qu'ils appliquent des mesures d'action positive conformément à l'EEA. Il convient également de noter que plusieurs codes de bonnes pratiques ont été publiés en vertu des dispositions de l'EEA et fournissent aux employeurs une assistance dans l'application de ces dispositions²⁸.

²⁷ *Minister of Health and another v New Clicks South Africa (Pty) Ltd and others (Treatment Action Campaign and another as amici curiae)* 2006 (2) SA 311 (CC). Le tribunal du travail a cependant été prêt à accorder un dédommagement constitutionnel pour le préjudice causé par le harcèlement sexuel au travail dans des circonstances où l'EEA n'était pas applicable : voir *Piliso v Old Mutual Life Assurance Co (SA) Ltd & others* (2007) 28 ILJ897 (LC).

²⁸ Les codes de bonnes pratiques existants comprennent : Le code des bonnes pratiques pour la préparation, l'application et le suivi des plans d'équité dans l'emploi, le code de bonnes pratiques pour l'emploi de personnes handicapées, le code révisé des bonnes pratiques sur la gestion du harcèlement sexuel dans le travail, le code de bonnes pratiques sur l'intégration de l'équité de l'emploi dans les politiques et pratiques en matière de ressources humaines, et le code de bonnes pratiques sur les VIH et le SIDA et le monde du travail.

II – L'interdiction de la discrimination injuste dans le monde du travail

A – Chapitre II de l'*Employment Equity Act*

Le chapitre II de l'EEA est intitulé « interdiction de la discrimination injuste » et ce chapitre comprend un certain nombre de dispositions sur lesquelles un demandeur d'emploi²⁹ ou un salarié peut s'appuyer en cas de discrimination dans le monde du travail.

La section 5 de l'EEA exige que tout employeur élimine la discrimination injuste dans toute politique ou pratique relative à l'emploi. Les politiques et pratiques suivantes sont indiquées comme des exemples dans la clause des définitions³⁰ :

- Procédures de recrutement, annonces et critères de sélection,
- Nominations et processus de nomination,
- Classification et évaluation des postes,
- Rémunération, avantages et conditions de travail et d'emploi,
- Attribution des tâches,
- Environnement de travail et installations,
- Formation et développement,
- Systèmes d'évaluation des performances,
- Promotion,
- Transfert,
- Rétrogradation,
- Mesures disciplinaires autres que le licenciement et
- Licenciement

La disposition clé dans le chapitre II est la section 6 intitulée « interdiction de la discrimination injuste » et elle précise :

1 - Nul ne peut exercer une discrimination injuste, directe ou indirecte, contre un salarié, dans aucune politique ou pratique d'emploi, pour un ou plusieurs motifs compre-

²⁹ La section 9 de l'EEA étend la protection contre la discrimination injuste dans toute politique ou pratique d'emploi aux candidats aussi bien qu'aux salariés. En outre, les candidats sont englobés dans la protection contre les tests médicaux, les tests psychologiques et autres évaluations similaires, qui sont interdits à moins que certaines conditions ne soient remplies.

³⁰ Section 1 de l'EEA.

nant l'appartenance raciale, le genre, le sexe, la grossesse, le statut marital, les responsabilités familiales, l'origine ethnique ou sociale, la couleur, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap, la religion, le statut VIH, les convictions, les croyances, les opinions politiques, la culture, la langue, la naissance ou tout autre motif arbitraire.

2 - N'est pas une discrimination injuste :

- prendre des mesures d'action affirmative compatibles avec l'objet de la présente loi ou
- distinguer, exclure ou préférer toute personne sur la base de l'une des exigences spécifiques à un poste.

3 - Le harcèlement d'un salarié est une forme de discrimination injuste et il est interdit pour l'un ou plusieurs des motifs de discrimination injuste indiqués dans le paragraphe (1) ci-dessus.

4 - Une différence dans les termes et conditions d'emploi des différents salariés d'un même employeur effectuant le même travail ou un travail largement similaire ou un travail d'égale valeur et reposant directement ou indirectement sur un ou plusieurs des motifs de discrimination injuste indiqués dans le paragraphe (1) ci-dessus, constitue une discrimination injuste.

5 - Le ministre [du Travail] ... peut prescrire la méthodologie permettant d'évaluer le travail d'égale valeur évoqué dans le paragraphe (4) ci-dessus³¹.

L'EEA prévoit que dans le cas d'un litige concernant le chapitre II, ce litige doit être soumis par écrit à la Commission de conciliation, de médiation et d'arbitrage (la CCMA) dans les six mois suivant l'action ou l'omission supposée constituer une discrimination injuste³². La CCMA est un organe indépendant de résolution des litiges fondé par la loi sur les relations de travail (*Labour Relations Act*) 66 de 1995 (la LRA) pour résoudre les litiges dans le travail soumis à la CCMA, initialement grâce à la conciliation³³. Si un différend subsiste après la conciliation, la CCMA peut

régler le différend par voie d'arbitrage, à condition que le litige relève des cas nécessitant un arbitrage en vertu de la LRA ou de l'EEA³⁴ si l'une des parties le demande, ou si le litige relève de la compétence du tribunal du travail et si les parties ont consenti à un arbitrage³⁵.

B – Prouver la discrimination injuste

La section 6 de l'EEA interdit la discrimination directe et indirecte dans toute politique ou pratique sur le lieu de travail. La décision dans l'affaire *Leonard Dingler Employee Representative Council v Leonard Dingler (Pty) Ltd & others*³⁶ confirme que le motif ou l'intention d'avoir une attitude discriminatoire n'est pas indispensable dans la détermination de la discrimination, qu'il s'agisse de discrimination directe ou indirecte, bien que l'absence d'intention puisse informer la nature de la réparation accordée par le tribunal.

Le concept de discrimination indirecte a été mobilisé par le tribunal du travail dans l'affaire *Leonard Dingler*. Dans cette décision, le tribunal a examiné la pratique d'un employeur refusant aux salariés rémunérés à l'heure (qui étaient des salariés noirs) l'adhésion à un organisme de prévoyance, dont les salariés rémunérés au mois et à la semaine (qui étaient principalement des salariés blancs) étaient adhérents. L'employeur soutenait que la différenciation entre les salariés rémunérés à l'heure et ceux rémunérés au mois et à la semaine ne reposait pas sur un motif prohibé. Le tribunal, faisant référence au concept d'effets différents (*disparate impact*) examiné dans l'affaire bien connue de *Griggs v Duke Power Co*³⁷, a jugé que « la discrimination raciale indirecte est caractérisée lorsque des critères, conditions ou politiques appliqués, bien qu'apparemment neutres, ont des conséquences défavorables pour un nombre disproportionné de personnes appartenant à un même groupe racial dans des circonstances où ces diffé-

³¹ À cet égard les réglementations 2014 sur l'équité de l'emploi ont été classées en août 2014 pour fournir les critères et la méthodologie permettant d'évaluer un travail de valeur égale. En outre, un code de bonnes pratiques sur l'égalité de salaire / rémunération pour un travail de valeur égale a été compilé le 1^{er} juin 2015. L'objectif de ce code est de guider les employeurs et les salariés sur la manière d'appliquer le principe de l'égalité de salaire.

³² Section 10 de l'EEA.

³³ Section 112 de la LRA.

³⁴ Selon les termes de la section 10(6) de l'EEA, si le litige subsiste après conciliation, l'une ou l'autre des parties concernées par le différend peut le soumettre au tribunal du travail pour arbitrage et un salarié peut soumettre le différend à la CCMA pour arbitrage en cas d'allégation de discrimination injuste pour cause de harcèlement sexuel, ou si l'employé a un salaire inférieur à un certain seuil, ou si toutes les parties consentent à l'arbitrage du litige.

³⁵ Section 115 de la LRA.

³⁶ [1998] 19 ILJ285 (LC).

³⁷ 401 US 424 (1971).

rences d'impact ne sont pas justifiables »³⁸. Dans l'affaire *Leonard Dingle*, le tribunal a jugé que « la restriction de l'accès à l'organisme de prévoyance pour les salariés rémunérés au mois avait une incidence inégale sur les salariés noirs de l'entreprise »³⁹ et l'entreprise a été obligée de réparer les conséquences de cette discrimination.

En ce qui concerne la charge de la preuve dans un litige pour discrimination, la section 11 de l'*EEA* dispose que :

1 - Si une discrimination injuste est alléguée pour un motif indiqué dans la section 6(1), l'employeur contre lequel l'allégation a été portée doit prouver, du fait des règles ordinaires de répartition de la charge de la preuve, que ladite discrimination :

- n'a pas eu lieu contrairement aux allégations, ou
- est rationnelle et n'est pas injuste, ou est autrement justifiable.

2 - Si une discrimination injuste est alléguée pour un motif arbitraire, le plaignant doit prouver, sur la prépondérance des probabilités, que :

- le comportement faisant l'objet de la plainte n'est pas rationnel,
- le comportement faisant l'objet de la plainte constitue une discrimination, et
- cette discrimination est injuste.

Les éléments de l'*EEA* qui déterminent si la discrimination est injuste reflètent à bien des égards les deux critères énoncés dans les affaires *Van Heerden* et *Harksen v Lane NO*. Plus spécifiquement, ces diverses étapes peuvent, en fonction des faits de l'espèce, impliquer que l'on s'intéresse particulièrement à un ou plusieurs des éléments dans les étapes suivantes, afin de déterminer si une action ou omission spécifique constitue une discrimination injuste :

1 - Si la discrimination alléguée repose sur l'un des motifs énumérés dans la liste, le salarié doit « alléguer » la discrimination injuste et le motif sur lequel était fondée cette discrimination. La charge de la preuve pour le salarié se limite à celle des faits qui démontrent un traitement différent et défavorable entre plusieurs individus ou des groupes⁴⁰ en

raison d'un motif prohibé tel que la race, le sexe ou la grossesse, par exemple. Sur ce point, la Cour d'appel du travail (*Labour Appeal Court - LAC*) dans une affaire impliquant une discrimination à l'embauche d'un salarié en raison de ses activités syndicales fournit certaines précisions. Bien que reposant sur une plainte pour licenciement automatiquement injuste en vertu de la *LRA*, les principes énoncés dans l'affaire *Kroukam v SA Airlink (Pty) Ltd*⁴¹ sont instructifs. La Cour d'appel du travail dans l'affaire *Kroukam* indique que le salarié doit produire des preuves « suffisantes qui laissent supposer de manière crédible » l'existence d'une action ou d'une omission injuste, et exige que l'on vérifie si le motif allégué de discrimination, la grossesse par exemple, est la cause « dominante » ou la plus probable de la discrimination⁴². La Cour d'appel du travail est allée jusqu'à suggérer qu'il aurait suffi que les motifs prohibés aient « joué un rôle important dans la décision »⁴³.

2 - Une fois que la discrimination injuste est alléguée pour un motif figurant sur la liste légale, la question est ensuite de savoir si l'employeur peut produire des preuves que : soit la discrimination n'a pas eu lieu contrairement aux allégations, soit la discrimination est rationnelle et n'est pas injuste, soit la discrimination est justifiée par un autre motif.

Par exemple, si le salarié déclare qu'une différence de rémunération entre des salariés ou des groupes de salariés est fondée sur la race, en violation du principe de salaire égal pour travail de valeur égale, l'employeur peut apporter des preuves que les postes comparés sont en réalité objectivement différents en termes de complexité, de responsabilité et de supervision des subordonnés et que la différence est fondée sur ces différences objectives et non sur des motifs raciaux⁴⁴.

La différence de traitement fondée sur un motif figurant sur la liste peut être rationnelle et juste si elle est liée à une exigence inhérente au poste en question ou à l'application

rait été traité plus favorablement. Voir à cet égard *Mutale v Lorcom Twenty Two CC* (2009) 30 *ILJ* 634 (LC) qui impliquait une politique de recrutement et de rémunération selon laquelle on offrait plus à un candidat blanc qu'à un candidat noir pour le même poste.

⁴¹ [2005] 26 *ILJ* 2153 (LAC).

⁴² Aux paragraphes [28] – [29].

⁴³ Au paragraphe [102].

⁴⁴ Voir par exemple *Louw v Golden Arrow Bus Services (Pty) Ltd* (2001) 22 *ILJ* 2628 (LAC).

³⁸ A la p. 292.

³⁹ A la p. 293.

⁴⁰ Il semblerait qu'il ne soit pas toujours nécessaire qu'un comparateur physique littéral soit identifié et que cela suffise si les faits démontrent que « en dehors » d'un motif interdit, un employé au-

d'un plan d'action positive. Un certain nombre de principes ont émergé pour servir de guide aux tribunaux afin de déterminer si un critère est inhérent à un poste. Les exigences en ce sens sont plutôt strictes et étroites que permissives⁴⁵, par exemple, une « interdiction systématique » interdisant aux personnes souffrant de diabète d'être employées comme pompiers est discriminatoire⁴⁶, et lorsqu'un code vestimentaire n'a pas d'effet sur les performances et lorsqu'il est contraire aux pratiques religieuses et culturelles du salarié⁴⁷, l'employeur est tenu d'apporter les adaptations raisonnables⁴⁸ par rapport aux convictions du salarié. Il a en outre été jugé que « l'aptitude à voler », et non l'âge, est une exigence inhérente au poste de pilote⁴⁹, et que l'orientation sexuelle (l'hétérosexualité) n'est pas une exigence inhérente au poste de professeur de musique à l'église⁵⁰, même si cela peut être le cas pour l'un de ses guides spirituels. Les exigences inhérentes à un poste fondées sur le sexe, le genre⁵¹

⁴⁵ Voir en général, à cet égard, Alan Rycroft « Inherent requirements of the job » (2015) 36 *ILJ* 900.

⁴⁶ *Independent Municipal & Allied Workers Union & another v City of Cape Town* (2005) 26 *ILJ* 1404 (LC). La position est qu'un employeur doit établir, par une évaluation individuelle, la santé d'un candidat ou salarié particulier et non imposer une interdiction générale sur la base de problèmes de santé. De façon similaire, c'est le cas des salariés séropositifs.

⁴⁷ Dans l'affaire *Department of Correctional Services & another v Police & Prisons Civil Rights Union & others* (2013) 34 *ILJ* 1375 (SCA) la Cour suprême d'appel a jugé que la politique exigeant les cheveux courts dans le service pour les hommes constituait une discrimination sexuelle contre les hommes et limitait sans nécessité les pratiques religieuses et culturelles des salariés.

⁴⁸ L'adaptation raisonnable est un concept important du droit à l'égalité en Afrique du Sud et joue un rôle quand il s'agit de déterminer si la discrimination est juste. Dans le contexte de l'adaptation raisonnable en fonction de la religion et de la culture voir *MEC for Education, KwaZulu-Natal & others v Pila* 2008 (1) SA 474 (CC) où l'on indique que l'adaptation exige des mesures positives et même des difficultés ou des frais supplémentaires pour permettre à tous de jouir également de leurs droits. [paragraphe [73]].

⁴⁹ *South African Airways (Pty) Ltd v Jansen van Vuuren & another* (2014) 35 *ILJ* 2774 (LAC).

⁵⁰ *Strydom v Nederduitse Gereformeerde Gemeente Moreleta Park* (2009) 30 *ILJ* 868 (EqC).

⁵¹ Dans l'affaire *Ehlers v Bohler Uddenholm Africa (Pty) Ltd* [2010] JOL 26216 (LC), on a demandé à une salariée de cacher le fait qu'elle était transsexuelle car elle avait été engagée en tant qu'homme dans un environnement principalement masculin. Le tribunal a conclu que « le fait qu'on lui ait demandé de cacher

ou la race⁵² seront également interprétées de façon stricte.

Un employeur peut également répondre à une allévation de discrimination injuste en démontrant que l'action ou l'omission prétendue discriminatoire est justifiée dans le cadre d'un « plan d'équité en matière d'emploi » ou de mesures d'action positive au sens de l'*EEA*. À cet égard, la décision récente de la Cour constitutionnelle dans l'affaire *South African Police Service v Solidarity obo Barnard*⁵³ confirme que l'approche en trois étapes adoptée dans l'affaire *Van Heerden* est la norme appropriée pour évaluer la légalité de telles mesures⁵⁴. Barnard était une femme blanche, officier de police, qui avait demandé à deux reprises une promotion et à qui l'on avait refusé le poste sur la base d'un plan d'équité en matière d'emploi montrant que les femmes blanches étaient déjà surreprésentées dans ce niveau de salaire particulier, par rapport aux statistiques nationales. Aucune nomination n'avait été faite à ce poste et le poste n'existe plus. La Cour constitutionnelle s'est intéressée au troisième aspect des critères de l'affaire *Van Heerden*, à savoir l'application de la mesure, puisque les parties le contestaient, et a jugé que la démarche de l'employeur était rationnelle et n'avait pas établi un obstacle absolu à la promotion de Barnard puisqu'elle a, par la suite, obtenu une autre promotion dans l'organisation. La plainte de Barnard pour discrimination injuste a donc été rejetée. Barnard aurait pu, cependant, avoir gain de cause si le fait de ne pas la promouvoir avait diminué l'efficacité des services de police⁵⁵, ou si l'employeur avait déjà atteint les objectifs de la politique qu'il appliquait⁵⁶.

Il convient également de noter que lorsque la conduite discriminatoire de l'employeur résulte des dispositions

qu'elle était transsexuelle était en soi une discrimination injuste » (Paragraphe [35]).

⁵² Par exemple, une politique selon laquelle seules les mères au foyer blanches sont autorisées à surveiller les enfants blancs ne sera pas justifiable sur la base des exigences inhérentes au poste. Voir à ce sujet *National Education Health & Allied Workers Union on behalf of Mofokeng & others v Charlotte Theron Children's Home* (2004) 25 *ILJ* 2195 (LAC).

⁵³ 2014(6) SA 123 (CC).

⁵⁴ À condition que les mesures de réparation adoptées soient conformes aux critères de Van Heerden, auquel cas l'analyse de *Harksen v Lane NO* n'aura pas besoin d'être réalisée.

⁵⁵ *Coetzer v Minister of Safety & Security* [2003] 2 BLLR 173 (LC).

⁵⁶ *University of South Africa v Reynardt* (2010) 31 *ILJ* 2368 (LAC).

d'une convention collective. L'origine conventionnelle de la discrimination ne protège pas, en elle-même, l'employeur contre une plainte pour discrimination injuste⁵⁷.

3 - Une troisième possibilité est que la discrimination alléguée ait un motif arbitraire⁵⁸, auquel cas le salarié supporte une charge de la preuve plus importante et doit établir, conformément à la répartition de la charge de la preuve, que le comportement n'est pas rationnel et constitue une discrimination injuste.

En Afrique du Sud, il y a une jurisprudence de plus en plus étoffée concernant les allégations de harcèlement, en général pour des motifs de genre, de sexe⁵⁹ ou de race⁶⁰. Pour aider les salariés victimes de discrimination, la section 60 de l'EEA dispose qu'un employeur est responsable des actions d'un salarié à condition que le comportement du salarié soit porté à l'attention de l'employeur. L'employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires pour éliminer la conduite alléguée et, en cas de non-respect de cette obligation, il sera jugé responsable de la discrimination⁶¹. L'employeur ne sera cependant pas tenu pour responsable s'il a fait tout ce qui était raisonnablement possible pour s'assurer que le salarié n'agirait pas en infraction avec les termes de l'EEA.

Il convient également de noter qu'un salarié qui a subi une discrimination injuste selon les termes de l'EEA peut recevoir des réparations simultanées en vertu de la loi sur

les relations de travail 66 de 1995 (LRA) à condition toutefois que les conditions déterminant la responsabilité en vertu du LRA soient remplies. Par exemple, dans l'affaire *Ntsabo*, la salariée qui avait subi un harcèlement sexuel et qui avait démissionné après que l'employeur ait omis de répondre à ses plaintes de façon appropriée a reçu une indemnisation en vertu du LRA pour licenciement implicite ainsi que des dommages-intérêts et une indemnisation en vertu de l'EEA pour frais médicaux concernant le soutien psychologique et pour les préjudices de l'humiliation et de l'atteinte à la dignité.

III - L'action positive dans le travail

A - Chapitre III de l'EEA

Le chapitre III de l'EEA exige que les employeurs⁶² mettent en œuvre des mesures d'action positive (*affirmative action*) pour des personnes ayant une compétence professionnelle reconnue⁶³ et appartenant à des groupes spécifiquement identifiés, afin d'assurer que ces groupes soient représentés équitablement à tous les niveaux hiérarchiques de l'entreprise. Ces groupes sont les citoyens sud-africains qui sont noirs, les femmes et les personnes handicapées⁶⁴. La population noire englobe les Africains, les personnes de couleur et les Chinois⁶⁵.

Le chapitre III exige qu'un employeur consulte les salariés au sujet de l'égalité de l'emploi, qu'il rédige un « plan d'emploi équitable » et qu'il rende compte au directeur

⁵⁷ Voir *South African Airways (Pty) Ltd v GJJV & others* (2014) 8 BLLR (LAC).

⁵⁸ Le « motif arbitraire » a été introduit lors de la modification de l'EEA en 2013.

⁵⁹ Voir par exemple *Christian v Colliers Properties* [2005] 5 BLLR 479 (LC), *Dial Tech CC v Hudson & Another* (2007) 28 ILJ 1237 (LC), *Ntsabo v Real Security CC* [2004] 1 BLLR 58 (LC), *Makoti v Jesuit Refugee Service SA* (2012) 33 ILJ 1706 (LC), *Matsomai v Everite Building Products (Pty) Ltd* [2011] 2 BLLR 144 (LAC), et *Potgieter v National Commissioner of the SAPS & another* [2009] 2 BLLR 144 (LC).

⁶⁰ Voir par exemple *Biggar v City of Johannesburg, Emergency Management Services* [2011] 6 BLLR 577 (LC), *SATAWU obo Finca v Old Mutual Life Assurance Company (SA) Ltd & another* [2006] 8 BLLR 737 (LC), et *Crown Chickens (Pty) Ltd t/a Rocklands Poultry v Kapp & others* [2002] 6 BLLR 493 (LAC).

⁶¹ Voir par exemple l'affaire *Ntsabo* dans laquelle l'employeur n'a pas pris les mesures nécessaires après le harcèlement de la plaignante par un salarié.

⁶² Les « employeurs désignés » sont définis dans la section 1 de l'EEA et comprennent les organes de l'État et les employeurs privés ayant 50 employés ou plus ou un gros chiffre d'affaires.

⁶³ Une personne sera considérée comme ayant une compétence professionnelle reconnue grâce à un ou plusieurs des éléments suivants (a) les qualifications formelles, (b) l'apprentissage préalable, ou (c) la capacité d'acquérir, dans un délai raisonnable, la capacité de faire le travail. Section 20 de l'EEA.

⁶⁴ Les employeurs doivent raisonnablement accueillir les personnes handicapées sur le lieu de travail sauf si le fait de les accueillir représente des difficultés injustifiées parce que cela implique des difficultés ou des dépenses considérables ou significatives. Voir le code des bonnes pratiques sur les principaux aspects du handicap.

⁶⁵ Section 10 de l'EEA, les Chinois ont été ajoutés au groupe désigné par la Haute cour dans l'affaire *Chinese Association of South Africa & others v The Minister of Labour & others* Case No. 59251/2007 (non rapporté).

général du département du travail. Si un employeur ne se conforme pas à ces obligations, un salarié ou un syndicat peut saisir l'inspecteur du travail ou le directeur général afin qu'il soit exigé et obtenu un engagement écrit de l'employeur de s'y conformer⁶⁶, ou que soit émise une injonction⁶⁷. L'inspection du travail peut demander au tribunal du travail une ordonnance exécutoire à cet effet. Le directeur général a le pouvoir d'évaluer la conformité de l'employeur avec les dispositions de l'EEA et de demander au tribunal du travail de condamner l'employeur au paiement d'une amende en cas de non-conformité⁶⁸.

Une question s'est posée devant les tribunaux, concernant ces dispositions de l'EEA relatives à l'action positive : Un salarié ou un demandeur d'emploi a-t-il un droit individuel à bénéficier d'une action positive ? Existe-t-il un droit à l'action positive (*affirmative action*) en Afrique du Sud ?

Dans l'affaire *Harmse v City of Cape Town*⁶⁹, le tribunal du travail a conclu que l'action positive est clairement une défense contre une plainte pour discrimination injuste mais qu'elle peut également constituer la base d'un motif d'action. Le tribunal a maintenu que l'EEA prévoit un droit à l'action positive et que « l'étendue ou les limites exactes de ce droit sont un sujet qui sera développé en fonction des faits spécifiques à chaque cas »⁷⁰. Cependant, cette position a rapidement été annulée par le tribunal et confirmée en appel dans l'affaire *Dudley v City of Cape Town and another*⁷¹ où la Cour d'appel du travail a conclu que « la conduite d'un employeur désigné qui a omis (*sic*) de donner à un membre du groupe désigné ayant demandé un emploi de préférence aux candidats qui ne font pas partie de ce groupe désigné pour l'attribution d'un poste ne constitue pas en soi une discrimination injuste⁷² ». Le principe selon lequel il n'existe aucun droit à l'action positive a été confirmé dans le contexte des

licenciements dans l'affaire *Thekiso v IBM South Africa (Pty) Ltd*⁷³ où le tribunal du travail a conclu que l'EEA n'impose aucune obligation à un employeur d'engager des salariés noirs de préférence à des salariés blancs.

Conclusion

L'égalité dans le milieu du travail et la loi sur la discrimination sont des outils importants mais limités, dans la lutte pour surmonter le préjudice et le désavantage systémique vécus par la population noire et qui a été exacerbé par la loi et la politique de l'Apartheid, et le régime de réglementation, à cet égard, est bien développé en Afrique du Sud. La notion substantielle d'égalité exige que la loi soit particulièrement sensible et réceptive à la situation des communautés vulnérables et marginalisées, que ce soit sur la base du sexe, du genre, de l'appartenance raciale, du handicap, de l'orientation sexuelle, ou de tout autre motif ou combinaison de motifs.

Il existe de nombreux obstacles systémiques à l'obtention de l'égalité des résultats en Afrique du Sud et les possibilités sont vastes en matière de droit et de politique, pour améliorer l'accès à l'emploi et à l'expérience professionnelle pour les salariés vulnérables⁷⁴. Des statistiques récentes du rapport annuel de la commission pour l'égalité de l'emploi⁷⁵ montrent une augmentation progressive de la représentation de la population noire et féminine et suggèrent que l'on peut faire preuve d'un optimisme prudent à cet égard. Cependant, la parité des sexes et des races dans tous les aspects du marché du travail reste un objectif à long terme.

⁶⁶ Section 36 de l'EEA.

⁶⁷ Section 37 de l'EEA.

⁶⁸ Voir, par exemple, *Director-General, Department of Labour & another v Comair Ltd* (2009) 11 BLLR 1063 (LC), *Director-General of the Department of Labour v Jinghua Garments (Pty) Ltd* (2007) 28 ILJ 880 (LC), et *Director-General, Department of Labour v Win-Cool Industrial Enterprise (Pty) Ltd* (2007) 28 ILJ 1774 (LC).

⁶⁹ [2003] 6 BLLR (LC).

⁷⁰ Au paragraphe [49].

⁷¹ [2008] 29 ILJ 2685 (LAC).

⁷² Au paragraphe [54].

⁷³ [2007] 28 ILJ 177 (LC).

⁷⁴ Dans le contexte du droit du travail, voir Emma Fergus et Debbie Collier « Race and gender equality at work: the role of the judiciary in promoting workplace transformation », *South African Journal on Human Rights* Vol. 30 2014 (3) p. 484 – 507.

⁷⁵ Rapport annuel de la Commission pour l'égalité de l'emploi 2014-2015.