

OSCAR ERMIDA URIARTE

Professeur de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale
Faculté de droit, Université de la République (Uruguay)

Thèmes de recherche : Droit comparé du travail, droit syndical, relations collectives au travail. Parmi ses publications :

- ~ La dimensión social del Mercosur, 1e ed., 2004, Fundación de Cultura Universitaria in Montevideo, Uruguay, Cuadernos de Fundación., 5, 86 p.
- ~ « La política laboral de los gobiernos progresistas » in Nueva Sociedad, Buenos Aires, septembre-octobre 2007, p. 211.

PROTECTION, ÉGALITÉ, DIGNITÉ, LIBERTÉ ET NON-DISCRIMINATION LE CONTENU DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION À LA LUMIÈRE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT DU TRAVAIL



ABSTRACT

The initial inequality characterizing the employment relationship is in fact a fertile ground for the emergence of discrimination that social law should prohibit. The establishment of a theory based on non-discrimination at work induces questionings about its importance in light of the values and principles labour law made in whole.

KEY WORDS : Discrimination, protection, equality, dignity, liberty.

RÉSUMÉ

L'inégalité initiale caractérisant la relation de travail constitue, de fait, un terrain fertile à l'émergence de comportements discriminatoires que le droit social se doit d'interdire. L'établissement d'une théorie de base sur le principe de non-discrimination au travail appelle de prime abord une série d'interrogations quant à l'importance de la question à la lumière des valeurs et des méta principes du droit du travail pris dans leur ensemble.

MOTS CLÉS : Discrimination, protection, égalité, dignité, liberté.

L'objectif initial de cette étude était de formuler une brève théorie de base de la discrimination dans l'emploi. Pour autant, cette tâche à peine commencée, nous avons réalisé qu'il nous fallait, auparavant, replacer le principe de non-discrimination dans la dogmatique générale du droit du travail. Premièrement, afin de mettre en évidence l'importance de la question sur l'ensemble des valeurs et des principes du droit du travail. Deuxièmement, parce que la non-discrimination doit être clairement distinguée du genre auquel elle appartient – l'égalité. Troisièmement, parce que dans le même temps le principe de non-discrimination s'entrelace très fortement, d'une part avec le principe de base du droit du travail – celui de protection – et d'autre part, avec des valeurs ou méta-principes du Droit relatif aux droits de l'homme tels que la dignité et la liberté. Et enfin, quatrièmement, afin qu'ainsi l'égalité et la non-discrimination soient insérées dans le système des droits de l'homme au travail.

Dans tous les cas, il existe un point de départ ; la relation de travail est un rapport de force inégal dans lequel il existe un fort et un faible. C'est donc un terrain fertile pour la discrimination. Ne discrimine pas celui qui le veut mais celui qui le peut, et l'employeur est celui qui détient ce pouvoir. Il est donc naturel que le droit du travail interdise la discrimination, qui attaque ou contredit les principes fondamentaux comme l'égalité, la protection des plus faibles et la dignité de la personne humaine. Ainsi, la non-discrimination est sans aucun doute l'un des principes essentiels du droit du travail.

Dans la première partie de cet essai, nous analysons les valeurs et les principes qui forment la base du droit du travail, tels que l'égalité, la sécurité, la dignité et la liberté, dans lesquelles s'insère la non-discrimination ;

ce qui, de ce fait, nous permettra d'examiner les principes fondamentaux du droit du travail dans leur ensemble (I). Dans la seconde partie et une fois définie sa place dans la dogmatique du Droit du travail, nous examinerons le contenu du principe de non-discrimination au travail (II).

I – Valeurs et principes fondamentaux

Parmi les valeurs et les principes fondateurs du droit du travail, doivent être soulignés ceux d'égalité (A), de protection (B), de dignité (C) et de liberté au travail (D).

A – L'Égalité

Il est parfois soutenu que le principe d'égalité n'est pas propre au droit du travail ou qu'il ne s'agit pas d'un des principes de notre discipline¹. Cependant, il semble qu'en réalité, l'égalité soit la valeur initiale qui donne fondement à tout le droit du travail et à tous ses principes.

L'égalité qui guide le droit du travail – d'où la confusion – n'est pas celle formelle et abstraite du libéralisme, selon laquelle « tous sont égaux devant la loi » (loi aveugle qui ne fait aucune distinction entre riches et pauvres, entre puissants et faibles, entre nantis et démunis), mais l'égalité réelle ou matérielle qui tente de corriger ces différences. Il est traditionnel de distinguer l'égalité formelle ou abstraite du droit civil, de l'égalité matérielle et réelle du droit social, de la même manière que se distingue *la igualdad ante la ley* (égalité devant la loi ou égalité en droit) de *la igualdad a través de la ley* (littéralement « égalité à travers la loi », soit l'égalité matérielle).

¹ A. Plá Rodríguez, *Los principios del Derecho del trabajo*, 3^e ed., Buenos Aires, 1998, p. 409 et s.

Le droit du travail n'est pas un ordre juridique égal pour tous, mais un ordre inégalitaire ou compensatoire. En effet, l'égalité du droit social est différente de celle du droit privé classique, qui « innocemment »² part de l'hypothèse selon laquelle tous sont égaux. En effet, le droit civil traditionnel, suppose cette égalité, et s'abstient donc. Le droit du travail, par contre, constate une inégalité et tente de la corriger.

Ainsi, l'égalité du droit du travail – et du droit social en général – c'est l'égalité matérielle, compensatoire ou de « *igualación* »³. Tout le droit du travail est une consécration ou une application du principe d'inégalité compensatoire ou d'égalisation. Plus encore, ce type d'égalité est la grande innovation du droit du travail ; l'égalité comme objectif ou but et non pas seulement comme hypothèse ou point de départ⁴.

Et c'est la raison pour laquelle le droit du travail est un droit protecteur.

B – Le principe de protection

Le droit du travail protège les travailleurs en vue de réduire l'inégalité caractéristique de la relation de travail ou pour éviter les pires effets de cette inégalité. Ainsi, l'inégalité est le fondement ultime de la protection ; à défaut, la protection ne serait pas justifiée.

D'une part, il semble clair que la protection est le principe fondamental ou central du droit du travail, c'est d'ailleurs sa raison d'être. Tant et si bien qu'il est possible d'affirmer que les autres principes du droit du travail (tels que la primauté de la réalité, l'inaliénabilité et la continuité) découlent ou peuvent être déduits du principe de protection des travailleurs⁵.

² A. L. Barbagelata, *La democracia*, Montevideo 1983, p. 39.

³ Le terme *igualación* sera plus avant traduit par « égalisation ». Cf. J. Rosenbaum, « Los problemas actuales de la justicia del trabajo en América latina », *Derecho Laboral* T. XXXVI n° 169, Montevideo, 1993, p. 120.

⁴ G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, México, 1951, p. 152, cité par H.-H. Barbagelata, *El particularismo del Derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*, Montevideo, 2009, p. 20.

⁵ M. Ackerman (dir.), D. Tosca (coord.), *Tratado de Derecho del trabajo*, Buenos Aires, 2005, T. I, p. 314, note 33.

D'autre part, et de manière analogue, on peut aussi soutenir que la protection est déduite du principe d'égalisation. Elle protège le travailleur afin de corriger l'inégalité dans laquelle il se trouve. Au fond, la tutelle est un instrument d'inégalité compensatrice.

La protection du faible est l'instrument de la *igualación*. Elle protège pour corriger ou amoindrir l'inégalité. La protection est la voie d'égalisation ou de réduction de l'inégalité verticale entre employeur et employé, entre le haut et le bas.

Pour cette raison, en agissant comme un correctif de la réalité, le droit du travail est plus exposé que d'autres à sa non-application et a besoin de mécanismes garantissant son efficacité, comme l'inspection du travail, une justice et une procédure spécialisées, y compris l'autogestion collective et, éventuellement, un droit pénal du travail.

C – La dignité de la personne humaine

L'égalité est donc le fondement du principe protecteur et par conséquent de l'ensemble du droit du travail. Toutefois, ce n'est pas seulement l'égalité mais également la dignité – autre grande valeur ou *méta principe* des droits de l'homme – qui place le droit du travail dans le tronc même du système des droits fondamentaux. En effet, tous les droits de l'homme sont fondés sur les valeurs d'égalité et de dignité, tandis que la protection du travail tente – entre autres objectifs – de préserver la dignité du travailleur.

La dignité est un concept ancien issu de la philosophie grecque antique et en particulier des stoiciens, en passant par le christianisme et Kant, pour aboutir au Préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de l'ONU (1948), selon lequel « la dignité est inhérente à tous les membres de la famille humaine ».

Il s'agit, selon la Cour constitutionnelle espagnole, de l'estime que mérite toute personne du simple fait qu'il existe ; c'est le respect dû à tout être humain et son droit de vivre dignement. Il comprend donc le droit à des conditions minimales d'existence qui doivent être

garanties par l'État et par l'ordre économique⁶. Dans le monde du travail, le droit à une vie digne repose sur le fait d'avoir un emploi décent ou digne⁷.

Mais, en outre, la dignité est aujourd'hui une valeur très proche de celle d'égalité⁸. Aujourd'hui, il n'y a pas de dignité sans égalité. En effet, si nous sommes tous égaux, chacun doit pouvoir jouir des droits fondamentaux à la dignité. Ainsi, actuellement, l'égalité fait partie de la dignité, se situe dans l'essence même de la dignité ; l'égalité est une condition de la dignité. L'inégalité non justifiée porte donc atteinte à la dignité. La dignité est, par conséquent, incompatible avec l'inégalité injustifiée.

La protection des travailleurs est ainsi basée sur la *igualación* et la dignité⁹ et la discrimination viole à la fois l'égalité et la dignité. Le droit du travail, qui protège tous les travailleurs, protège donc davantage les plus exposés, en général objets de discrimination, les plus faibles parmi les faibles. C'est ainsi que l'on aboutit au principe de la non-discrimination, fondé sur l'égalité, la dignité et la protection.

Mais, avant l'analyse à proprement parlé de ce principe de non-discrimination, il est nécessaire d'ouvrir une parenthèse sur la troisième valeur propre aux droits de l'homme auquel répond également le droit du travail, à savoir la liberté.

D – La Liberté

La protection propre au droit du travail est fondée sur l'égalité et la dignité, comme nous l'avons vu, mais également sur la liberté. Bien que la reconnaissance et le

positionnement de la liberté comme l'un des *méta principes* fondamentaux du système des droits de l'homme ne soient pas discutables, il existe, en revanche, une grande polémique quant à son contenu essentiel¹⁰.

En simplifiant ce panorama, on peut distinguer d'une part, une notion de liberté entendue comme absence de coercition (liberté négative), conception propre du paléo libéralisme, défendu à outrance par Hayek¹¹. D'autre part, a été développée une conception de la liberté comme autodétermination ou capacité concrète d'agir¹² (liberté positive, matérielle, substantielle ou effective). Ainsi, celle qui est utilisée depuis les stoiciens¹³ par Capitant¹⁴, Nicolliello¹⁵, Jiménez de Aréchaga¹⁶, Aníbal L. Barbagelata¹⁷ et Burgoa¹⁸, parmi beaucoup d'autres, est la conception en vertu de laquelle la liberté n'est pas simplement l'absence de coercition, mais également la reconnaissance d'une sphère de pouvoir¹⁹.

En quoi ces développements peuvent-ils concerner le droit du travail ? La relation de travail étant, par essence, une relation de pouvoir qui limite sévèrement la liberté du travailleur²⁰, ces développements relatifs à la conception de la notion de liberté prennent tout leur sens ici.

¹⁰ Cf. A. L. Barbagelata, *Derechos fundamentales*, 2^e ed., Montevideo, 2002, p. 9.

¹¹ F. von HAYEK, *Los fundamentos de la libertad*, trad. esp., Madrid, 1992, pp. 32-33 et p. 40 note 21.

¹² Cf. C. E. Ruzyk, *Institutos fundamentais do Direito civil e liberdade[s]. Repensando a dimensao funcional do contrato, da propriedade e da familia*, Curitiba, 2011, p. 16.

¹³ Cf. J. Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía abreviado*, Barcelona, 1962, p. 219.

¹⁴ Cf. H. Capitant, *Vocabulario jurídico*, trad. esp., Buenos Aires, 1975, p. 345.

¹⁵ N. Nicolliello, *Diccionario jurídico*, Montevideo, 1995, p. 108.

¹⁶ E. Jiménez De Aréchaga, *Introducción al derecho*, Montevideo, 2007, p. 142.

¹⁷ A. L. Barbagelata, *op.cit.* p. 10.

¹⁸ I. Burgoa, *Las garantías individuales*, 22^e ed., México, 1989, p. 304 et pp. 309-310.

¹⁹ Cf. C. E. Ruzyk, *op.cit.* pp. 47-48.

²⁰ Cf. M. Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. esp., Buenos Aires, 2005, pp. 128-130 et pp. 137-139 ; voir également M. Foucault, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, trad. esp., Buenos Aires, 2008, pp. 76-77 et pp. 81-82 ; et enfin, M. Foucault, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, trad. esp., Servicio de Documentación en Ciencias Sociales, Fiche 281, p. 80.

⁶ E. Furtado, *Preconceito no trabalho e a discriminacao por idade*, Sao Paulo, 2004, p. 164 et p. 120.

⁷ « *Vida digna es trabajo decente* », disait une affiche dans l'auditoire Marcelino Camacho de Comisiones Obreras (CCOO) vue à Madrid en janvier 2010.

⁸ J. J. G. Canotilho, *Direito constitucional*, 6^e ed., Coimbra, 1993, pp. 363 et J. Miranda, *Manual de Direito constitucional*, 3^e ed., Coimbra, 2000, T. 4, p. 183, tous deux cités par F. Alves Lima, « *Asedio sexual e o meio ambiente de trabalho* », *Revista da AMATRA XV*, Campinas, 2010.

⁹ Une formulation similaire avait déjà été présentée dans O. Ermida Uriarte, « *Ética y Derecho del trabajo* », in *Veinte estudios laborales en memoria de Ricardo Mantero Alvarez*, Grupo de los Miércoles, Montevideo, 2004, pp. 36-37.

Selon Ackerman, chaque fois que l'on « travaille par nécessité (...), la liberté de celui qui travaille est sévèrement limitée », « quand il y a nécessité – et surtout nécessité d'acquiescer des moyens de subsistance – la possibilité de choisir ou de dire non est réduite, le champ de liberté est alors très faible ». « Le travail par nécessité, subordonné ou pour le compte d'autrui, c'est-à-dire soumis au pouvoir d'un employeur, suppose pour la personne qui travaille, une perte progressive et inévitable de liberté »²¹.

Cette perte de liberté est clairement reconnue dans le droit du travail positif uruguayen, qui définit le temps de travail effectif comme celui « pendant lequel un ouvrier ou un employé cesse de disposer librement de sa volonté »²².

Ainsi, et selon ces deux grandes conceptions de la liberté synthétisées auparavant, le droit du travail a pour but d'une part de garantir aux travailleurs un certain degré de liberté négative (en le libérant de la contrainte de l'employeur ou en limitant la portée ou l'intensité de celle-ci), et d'autre part de lui garantir, en outre, un certain degré de liberté positive, de capacité d'autodétermination, de pouvoir ou de contre-pouvoir.

En effet, toute la structure du droit du travail vise à assurer – au sein et en dehors de la relation de travail – un minimum de liberté pour les êtres humains au travail. Dans et au cours de la relation de travail, les droits non spécifiques de la citoyenneté dans l'entreprise ou les droits fondamentaux du travailleur, visent à limiter la subordination ou la dépendance à laquelle la relation de travail le soumet ; dans la même optique, interviennent les normes spécifiques du travail qui limitent ou conditionnent l'exercice du pouvoir de l'employeur. Parallèlement, ces dispositions tendent à générer un temps libre de toute subordination ou dépendance en

limitant la durée du temps de travail, en assurant des congés, ...²³ En restreignant la liberté de l'employeur, le droit du travail garantit donc un espace de liberté pour le travailleur.

Inutile de dire que ce plan de sauvetage de la liberté des travailleurs recherché par le droit du travail est étroitement lié à la dignité (la liberté est évidemment essentielle à la dignité) et à l'égalité (la préservation d'un espace de liberté pour les travailleurs est aussi un mécanisme de répartition et donc de protection). Dans le même temps, tout cela renforce l'appartenance du droit du travail – ou la protection des travailleurs – au système des droits de l'homme.

Conformément à ce qui précède, il est à souligner que la protection des travailleurs, propre au droit du travail, trouve son fondement dans la nécessité d'atteindre l'égalité et de préserver la dignité et la liberté. En tant que tel, l'égalité étant au centre de la structure dogmatique du droit du travail, il s'avère inévitable d'interdire la discrimination, qui agresse par là même l'égalité, la dignité et la liberté des travailleurs, en rendant vaine la prétention de protection, en particulier celle des travailleurs les plus exposés ou vulnérables. Voici donc la situation de la non-discrimination dans la dogmatique du droit du travail. C'est dans ce contexte scientifique que nous pourrions tester une ébauche de théorie de la discrimination dans l'emploi.

²¹ M. Ackerman (dir.), D. Tosca (coord.), *Tratado de Derecho del trabajo*, op. cit. pp. 16-19 et p. 25.

²² Article 6 du décret du 29 octobre, 1957. De même, D. Arena expliquait les raisons de son vote en faveur de la loi n° 5350 du 17 novembre 1915 en affirmant que « tout homme qui travaille pour un autre, est pendant tout le temps qu'il travaille soumis à un autre ; acceptant dès lors d'aliéner sa volonté et sa liberté ». Cf. le journal « El Día », Montevideo 22 octobre 1915, cité par C. Machado, *Historia de los orientales*, 4^e ed., Montevideo 1985, T. III, p. 37.

²³ Cf. D. López, « Libertad y seguridad en el trabajo », *Revista Laboral Chilena*, juillet 2009, pp. 53-59.

II – Le principe de non-discrimination au travail

A – L'égalité et la non-discrimination

L'égalité et la non-discrimination ne sont pas semblables. Le principe d'égalité est le plus important et inclut le principe de non-discrimination. Celui-ci en est un dérivé, une précision, un effet ou un reflet de l'égalité²⁴. L'égalité est le genre et la non-discrimination une de ses espèces, voire un de ses instruments. Il s'agit d'une interdiction (ne pas discriminer) en vertu de l'objectif d'égalité. En effet, pour parvenir à l'égalité, il faut commencer par ne pas discriminer. La non-discrimination est le niveau minimum de l'égalité, un petit pas sur le chemin qui mène à l'égalité.

Par ailleurs, il existe une autre différence fondamentale. Dans le domaine spécifique du droit du travail, l'égalité opère verticalement (en réduisant la différence entre capital et travail), tandis que la non-discrimination fonctionne horizontalement, en prenant soin de ne pas nuire (encore plus) aux travailleurs les plus vulnérables ou exposés²⁵.

La non-discrimination tente d'empêcher l'existence de travailleurs de « classe A » et de travailleurs de « classe B », mais ne conteste pas le fait que l'employeur soit de « classe A » et les travailleurs de « classe B ». L'objectif de la non-discrimination n'est pas l'égalité entre capital et travail, mais l'élimination des différences injustifiées entre les travailleurs dans l'univers de ceux qui sont par essence inégaux, dans le monde des faibles. La non-discrimination agit uniquement dans la classe des travailleurs, entre secteurs, segments ou « sous-groupes » de travailleurs.

Le principe d'égalité opère, quant à lui, dans la *summa divisio* du droit du travail : celle qui existe entre capital et

travail, entre employeur et employé. Et, comme il a déjà été souligné précédemment, cette égalité matérielle est la grande particularité du droit du travail ; l'égalité conçue non pas comme axiome, ou point de départ, mais l'égalité comme but ou objectif²⁶.

B – La discrimination au travail

« La discrimination au travail est un phénomène quotidien et universel »²⁷ car la relation de travail, en tant que relation de pouvoir ou relation inégale, est un champ fertile, un bouillon de culture pour la discrimination. L'employé est toujours exposé à la discrimination – ou risque de subir un traitement pire que celui reçu par ses pairs – en raison même de l'inégalité de fait, de la subordination ou de la dépendance ; et plus il sera faible, plus il sera exposé.

La définition de la discrimination dans l'emploi est élaborée, généralement à partir de l'article 1 de la Convention n° 111 de l'OIT²⁸, comme toute distinction, exclusion ou préférence dépourvue de justification suffisante, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi.

À partir de ce concept, la doctrine a identifié certains caractères, à savoir :

- a) Il peut s'agir d'un acte ou d'une omission, fait ou non fait ;
- b) Cela suppose une différence, une exclusion ou même une préférence injustifiée ;
- c) Cette différence doit être dépourvue de justificatif, de motif juste et fondé ;
- d) Elle doit causer des dommages ou un préjudice au travailleur recevant un traitement spécial.

L'intention du sujet discriminant n'étant pas significative, seule l'existence du dommage suffit. Compte tenu du bien juridique protégé, sont bannis de l'ordre juridique non seulement les comportements

²⁴ F. Alves Lima, *Mecanismos antidiscriminatorios nas relacoes de trabalho*, Sao Paulo, 2006, p. 78 et J. Neves, *La igualdad y sus efectos: el derecho a no ser discriminado*, cité par E. Goldstein, *La discriminación racial, por origen nacional y etnia en las relaciones laborales*, Montevideo, 2009, p. 83.

²⁵ H. Barretto, « *El derecho a la igualdad y la no discriminación en el Derecho del trabajo. Una revisión crítica* », *Revista de Derecho Social-Latinoamérica*, n° 4-5, Buenos Aires, 2008, pp. 52-55.

²⁶ *Supra*, I. A.

²⁷ A. Godínez, « La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación », *Revista Real Card*, n° 2, Guatemala, 2010, p. 101.

²⁸ Convention concernant la discrimination (emploi et profession) adoptée en 1958.

intentionnellement discriminatoires, mais également tous ceux qui, de fait, ont un effet discriminatoire. Ce qui importe ce n'est pas l'intention, mais le dommage²⁹.

Il existe de nombreuses classifications des différents types de discrimination au travail³⁰, c'est pourquoi nous ne citerons que quelques-unes des plus importantes aux fins de cette étude.

On distingue, d'une part, entre la discrimination directe et celle indirecte, selon que les dommages ou effets se produisent directement ou immédiatement sur les travailleurs victimes de discrimination ou qu'ils soient indirectes (par « télescopage » ou « ricochet »). On peut citer des exemples typiques de discrimination directe comme le licenciement pour activités syndicales ou le refus de travailleurs syndiqués lors du processus de recrutement, d'avancement ou de promotion. La discrimination indirecte trouve un exemple dans l'inclusion dans le processus de recrutement ou de promotion, de conditions apparemment neutres, mais qui ne sont remplies que par certains candidats et pas par d'autres.

D'autre part, une classification reposant sur la discrimination par affinité ou proximité, existe ; laquelle peut survenir dans, au moins, deux hypothèses. C'est le cas, en premier lieu, lorsque le préjudice n'atteint pas directement le travailleur, mais son environnement familial (conjoint, enfants, proches parents) ; le préjudice est alors subi par une personne proche et non par le travailleur dont sa situation professionnelle reste intacte. C'est également le cas, en second lieu, lorsque la raison ou la cause d'une différence de traitement réside en la personne du conjoint, d'un parent ou d'un ami de l'employé ; ainsi du licenciement d'un travailleur en raison du choix politique ou syndical d'un parent.

Par ailleurs, il existe une distinction entre la discrimination verticale et horizontale. Dans la première, l'employeur ou le personnel de direction inflige une discrimination à un ou plusieurs travailleurs. Dans la seconde, ce sont les travailleurs eux-mêmes qui exercent

une discrimination à l'encontre d'un ou de plusieurs de leurs pairs.

Il existe également une différence selon que la discrimination consiste en un acte ou en une omission. Bien que généralement l'acte discriminatoire suppose un fait, la discrimination peut également résulter d'un manque d'action. Par exemple, un poste vacant n'est pas pourvu compte tenu de certaines caractéristiques des principaux candidats (sexe, race, couleur, syndicalisation, etc.) ne justifiant pas son report.

Dans une autre perspective, il est fait référence au harcèlement collectif ou « straining ». Contrairement au harcèlement moral qui est individuel, le « straining » est un harcèlement collectif qui exige une audience et un certain degré de collaboration implicite. Il s'inscrit dans le cadre de certaines politiques du personnel qui, de la même manière qu'elles créent un « tableau d'honneur » pour les meilleurs employés du mois ou de l'année, discréditent publiquement ceux qui ont échoué à atteindre les objectifs ou le niveau de productivité attendu. On pourrait qualifier cela d'« *escrache* » patronale³¹.

Le « straining » produit des dommages moraux collectifs ou un préjudice injuste dans la sphère morale d'une communauté. Mais cette affirmation soulève une autre question plus significative : pourrait-on soutenir que, dans le fond, toute discrimination est collective ? En fin de compte, la discrimination – même portée sur une personne en particulier – peut toujours finir par affecter l'ensemble du groupe (les femmes, les noirs, les étrangers, les syndicalistes, etc.).

Finalement, jusqu'à présent, nous avons traité de la

²⁹ C. Nuñez, *Interculturalidad y Derecho del trabajo*, Valencia, 2009, p. 69. Cf. également E. Goldstein, *op. cit.* pp. 115 et 274 et F. Alves Lima, *Mecanismos antidiscriminatorios...*, *op. cit.* pp. 313-314.

³⁰ Cf. E. Goldstein, *op. cit.*, p. 112 et s.

³¹ En Uruguay ainsi qu'en Argentine, le terme « *escrache* » désigne une action syndicale entreprise au cours d'un conflit collectif consistant à attaquer directement l'image de l'entreprise ou de l'employeur. Ces actions peuvent revêtir des formes très variées : il peut s'agir de piquets de grève devant le domicile de l'employeur ou devant le siège social de l'entreprise, de diffusion de publicité (à la radio, la télévision ou dans la presse écrite)... visant à discréditer publiquement l'entreprise ou l'employeur. Jusqu'à très récemment, ces « *escrachés* » étaient uniquement pratiqués par les syndicats et les travailleurs. Depuis quelques années, on observe la récupération de ces pratiques par certaines entreprises ou employeurs eux-mêmes, incitant à la création d'une seconde expression « *escrache patronale* ».

discrimination pratiquée par l'employeur ou les travailleurs eux-mêmes. Cependant, il existe également une discrimination normative. Les lois ou décrets peuvent également contenir des dispositions discriminatoires (ce qui arrive souvent), de même que les conventions collectives. Ces règles ne sont évidemment pas valides, au même titre que toutes celles qui violent les droits fondamentaux.

Par contre, lorsqu'une disposition constitutionnelle est discriminatoire, la situation s'avère dès lors plus compliquée. Il en existe au moins deux cas dans la Constitution uruguayenne elle-même, qui s'expliquent par la vétusté des normes³². Il s'agit tout d'abord du deuxième paragraphe de l'article 53 de la Constitution qui donne la préférence aux citoyens quant à « la possibilité de gagner leur vie par le développement de l'activité économique ». Il s'agit ensuite du deuxième paragraphe de l'article 54 en vertu duquel « le travail des femmes et des moins de dix-huit ans sera spécialement réglementé et limité ». Il est clair que selon les conceptions actuelles de l'égalité et de la discrimination, la comparaison vieille et traditionnelle du travail des femmes à celui des mineurs est irrecevable ; de même qu'aujourd'hui la limitation du travail des femmes est inacceptable. À notre avis, ces deux dispositions sont déplacées étant donnée la réglementation internationale des droits de l'homme, qui revêt un caractère de *ius cogens*, opération facilitée par le jeu des articles 72 et 332, qui déclarent implicitement reconnus par la Constitution, tous les droits de l'homme, bien que n'étant pas expressément énoncés dans le texte.

C – Causes non justifiées de traitements différents

En fait, étant donné l'état actuel de l'évolution du traitement dogmatique de la discrimination dans l'emploi, aucune énumération de causes ou motifs ne serait nécessaire dans la mesure où selon le principe toute différence non justifiée est discriminatoire.

Cependant, historiquement, ont été expressément

édictees les causes non justifiées et discriminatoires dont beaucoup ont été consolidées dans des textes juridiques significatifs, comme entre autres, la Convention n° 111 et plusieurs constitutions. À l'heure actuelle, ces énumérations ne peuvent en aucun cas être considérées comme exhaustives, mais sont purement indicatives. Par ailleurs, une fois l'un des motifs expressément interdits vérifié, la différence constatée est nécessairement reconnue comme discriminatoire. Pour sa part, la Convention n° 111 inclut la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale et l'origine sociale. La Constitution brésilienne ajoute l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la déficience physique et l'âge. La loi uruguayenne n° 17.940 se réfère à l'activité syndicale. Très souvent sont mentionnés, dans ce type de listes, l'état de santé général, la contamination par le virus de l'immunodéficience, etc.

Pour autant, il est nécessaire de rappeler et de souligner que, en général, il y aura discrimination à chaque fois qu'un traitement différent sera dépourvu de justification suffisante. Chaque motif sans justification est discriminatoire, qu'il fasse partie ou non d'une liste plus ou moins célèbre. Toute différence injustifiée est discriminatoire.

D – Moment, occasion ou opportunité de l'acte discriminatoire

La discrimination peut survenir à tout moment et, plus précisément, elle peut intervenir avant, pendant ou après la relation de travail³³.

La discrimination précontractuelle opère, généralement dans le processus de sélection. Les annonces ou publicités demandant des informations personnelles sont souvent discriminatoires. De même, le sont les « tests psychotechniques » visant à déterminer les tendances ou inclinations du postulant ; lesquelles sont prises en considération pour ne pas l'embaucher³⁴. Et, il en est évidemment de même des célèbres et diverses « *listas sucias* » (listes malhonnêtes). Il peut être intéressant de noter qu'en France la loi du 31 mars 2006

³² La partie dogmatique de la Constitution uruguayenne n'a quasiment pas été modernisée depuis 1934. Les réformes survenues depuis lors n'ont porté que sur les aspects politiques et économiques et non pas sur les droits.

³³ Cf. E. Goldstein, *op. cit.* pp. 121-122.

³⁴ F. Britos, « Pruebas psicolaborales y manipulación en el mundo del trabajo », *Revista Derecho Laboral*, T. LIV N° 240, Montevideo, 2011.

sur l'égalité des chances, introduit dans le Code du travail l'anonymat des *curriculum vitae*³⁵. Quant au reste, à titre dogmatique et général, a été développé le principe d'un « droit de mentir » du postulant³⁶.

La discrimination au cours de la relation de travail est généralement axée sur les conditions de travail ou sur la décision d'y mettre un terme. Il peut s'agir du salaire et de toute autre condition de travail, promotions ou avancements, transferts, application de mesures disciplinaires et évidemment du licenciement.

Le harcèlement mérite un paragraphe distinct. Sans doute, toute forme de harcèlement est illégale, mais est-il toujours discriminatoire ou seul un certain type de harcèlement le serait ? Une première réponse pourrait considérer le harcèlement comme discriminatoire lorsque le comportement indésirable est lié à l'origine raciale, la religion, les convictions, l'âge, l'orientation sexuelle de la victime ou à une autre condition habituellement considérée comme objet de discrimination ou encore quand le harcèlement aura pour but d'affecter sa dignité ou de créer une atmosphère d'intimidation, d'humiliation ou d'agression. Dans ce cas, le harcèlement est discriminatoire dans la mesure où il est motivé par une autre cause de discrimination. Une seconde réponse pourrait faire valoir, cependant, que tout harcèlement est toujours discriminatoire, dans la mesure où il profite d'une position de pouvoir excédant les limites de son exercice légitime.

En outre, il conviendrait peut-être de distinguer le harcèlement sexuel du harcèlement moral. En effet, dans une conception limitée de la nature discriminatoire du harcèlement, il est précisé que le harcèlement sexuel est toujours discriminatoire parce qu'il est, en même temps, une discrimination fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle. Dans ce type de harcèlement, le sexe ou l'orientation sexuelle est déterminant dans l'adoption d'un comportement illégitimement différent³⁷.

Enfin, la discrimination post-contractuelle se concentre très souvent sur les références que l'ancien employeur donnera de l'ancien employé à d'autres potentiels employeurs. De même, réapparaissent ici, les « *listas sucias* » qui, parfois, sont commercialisées, telles que celles des travailleurs qui ont déposé des réclamations administratives ou entamé des poursuites judiciaires. En Uruguay, la transmission de ces listes à l'assurance-chômage est relativement fréquente comme moyen de rétorsion et éventuellement comme pratique discriminatoire.

E - Discrimination et inégalité non discriminatoire : l'évaluation de l'acte ou de la conduite apparemment discriminatoire

Toute différence de traitement n'est pas discriminatoire. Ainsi, par exemple, la Convention n° 111 elle-même exclut les différences fondées sur les qualifications des travailleurs³⁸. C'est la raison pour laquelle, dans chaque cas concret de différence salariale ou d'autres conditions de travail, le doute peut toujours exister quant à la légitimité du traitement distinct.

Mais, quoiqu'il en soit, la règle de principe est que tout traitement différent doit être justifié par la nécessité, la pertinence et le fondement de la différence. En effet, le principe d'égalité exploite la présomption de la licéité de l'égalité de traitement, puisqu'en définitive, la norme antidiscriminatoire a pour but final de promouvoir l'égalité substantielle, dans le plein respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains. Par conséquent, l'égalité n'exige pas une justification particulière, contrairement à l'inégalité. Seul le traitement différencié requiert une justification formelle³⁹.

La doctrine et la jurisprudence comparées ont élaboré les conditions de validité d'un traitement différent : une condition inégale peut ne pas être discriminatoire si on démontre de manière claire et évidente la nécessité, la

³⁵ Cf. notamment F. Favennec-Héry, « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *Droit Social*, n° 1, Paris, janvier 2007, p. 61.

³⁶ O. Ermida Uriarte, *Ética y Derecho del trabajo*, op. cit., p. 28.

³⁷ J. F. Lousada Arochena, *El derecho de los trabajadoras a la protección frente al acoso sexual*, Granada, 1996, pp. 141-145.

³⁸ Cf. entre autres, E. Morgado Valenzuela, « Reflexiones iniciales acerca del principio de no discriminación », in *Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al prof. Américo Plá Rodríguez*, 2^e ed., Lima, 2009, p. 697.

³⁹ F. Alves Lima, *Teoria da discriminacao nas relacoes de trabalho*, Rio de Janeiro, 2011, § 8.2.

pertinence et la rationalité de la différenciation introduite⁴⁰. En d'autres termes, la différence de traitement doit être indispensable pour répondre à une nécessité objective, fondée et légitime de l'entreprise, ce qui signifie que la mesure en question doit être nécessaire, pertinente, convenable et adéquate. Toutefois, doit également être vérifiée l'absence d'autres moyens pour atteindre le même objectif.

La rationalité contribuerait à évaluer ces démonstrations pour légitimer – ou non – la différence de traitement, mais il est important de garder à l'esprit que, d'un côté, est en jeu un droit fondamental (la non-discrimination) et, de l'autre, de simples convenances ou nécessités de gestion.

Par ceci même s'imposent l'interprétation restreinte de la différence ainsi que la charge de la preuve de son caractère indispensable, deux règles de base dérivées du droit du travail antidiscriminatoire.

F – Réaction de l'ordre juridique contre la discrimination au travail

La non-discrimination étant un principe ou un droit fondamental, la réaction de l'ordre juridique à son encontre a été multiple et peut être schématisée autour du système de présomption et de preuve, d'interdiction, de nullité et de pénalisation de l'acte discriminatoire et de développement de la discrimination positive.

En termes de présomptions et de preuves, et selon ce qui a été avancé, sont présumées la légalité de l'acte égalitaire et l'illégalité du traitement différencié.

Il est donc nécessaire de prouver l'existence d'un motif valable de la différence. Habituellement, cet effet se présente comme un inversement de la charge de la preuve, mais elle est probablement la conséquence de la nullité de tout acte interdit et, en particulier, de tout acte en violation des droits fondamentaux. Le même principe s'applique à l'interprétation stricte nécessaire de l'origine de la distinction.

L'acte discriminatoire est frappé de nullité absolue. Précisément parce qu'elle viole les droits fondamentaux, la discrimination est interdite et l'acte qui la véhicule est nul, conformément à l'objectif d'élimination des inégalités injustifiées ou, comme l'affirme l'article 2 de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998, « l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession »⁴¹.

Il est évident que la nullité opère sans préjudice de la responsabilité patrimoniale, mais l'essentiel c'est la nullité de l'acte interdit et violateur de divers droits fondamentaux, plus encore, des fondements de tous les droits humains, comme c'est le cas pour l'égalité et la dignité.

L'interdiction de l'acte discriminatoire c'est aussi, bien sûr, la garantie d'indemnisation ou l'interdiction de « discrimination de rétorsion »⁴².

La nullité de la discrimination est par ailleurs souvent accompagnée de la pénalisation des conduites en question⁴³.

La *acción positiva*, aussi appelée discrimination positive ou inversée opère dans le domaine des politiques antidiscriminatoires et consiste à créer des mécanismes de dissuasion à la discrimination et de promotion de l'égalité en faveur des secteurs généralement défavorisés en la matière. Ainsi, alors que la nullité de l'acte discriminatoire vise à éliminer les inégalités injustifiées, l'action positive vise à promouvoir l'égalité.

En tout cas, la discrimination positive répond aux structures et techniques les plus typiques et traditionnelles de l'ensemble du droit du travail : elle tente, en effet, de créer des inégalités de signe contraire à celles constatées dans la réalité. C'est ce que le droit du travail a fait et fait dans tous les domaines. Par conséquent, il est possible de se demander si tout le droit social n'est pas une action positive ou, en d'autres termes,

⁴¹ A. Godiner, *op.cit.*, p. 102.

⁴² Cf. F. Favennec-Héry, *op. cit.*, p. 7.

⁴³ Cf. C. A. Ribeiro Brasileiro et D. Fonseca Espírito Santo, « Ensaio sobre o Estatuto da igualdade racial », *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região*, n° 6/2010, Sao Paulo, 2010.

⁴⁰ F. Alves Lima, *op. cit.* § 5.5.3 et C. Nuñez, *op.cit.* p. 98.

si la discrimination inversée n'est pas plus qu'une concentration des techniques protectrices et égalitaires du droit social dans des situations déterminées particulièrement exposées.

Conclusions

1) La non-discrimination est un élément important du droit du travail, tant et si bien que l'élimination de la discrimination est inscrite dans la liste minimaliste des principes et droits fondamentaux au travail de la Déclaration de l'OIT de 1998. Cependant, la non-discrimination s'inscrit dans le cadre plus large des principes encore plus grands, tels que la protection, l'égalité et la dignité.

2) Le droit du travail fait partie du système des droits de l'homme, non seulement parce que la majorité des droits des travailleurs sont expressément reconnus comme droits fondamentaux dans la Constitution et les normes internationales relatives aux droits (limitation des heures de travail, congés, droit au travail, droit à la sécurité sociale, droit de grève, de s'organiser, à la négociation collective, etc.), mais aussi parce que l'ensemble du droit du travail est un mécanisme de réalisation des principes et valeurs du système des droits de l'homme : la dignité, l'égalité et la liberté.

3) Le droit du travail est protecteur car il vise l'égalité matérielle ou la *igualación* ; percevant un décalage entre l'employeur et travailleur, il tente de le corriger en protégeant les plus faibles. Ainsi, la protection des travailleurs est un instrument d'égalisation ou de réduction des inégalités.

4) Aujourd'hui, dans un monde qui ne tolère plus l'idée que certaines personnes soient, à l'origine, supérieures à d'autres, l'égalité fait également partie de l'idée de dignité. Ainsi, la protection du droit du travail visant à réduire l'inégalité entre capital et travail, tend en même temps à préserver la dignité de la personne qui travaille.

5) L'interdiction de la discrimination est le niveau le plus bas de l'égalité. Le principe le plus important est celui d'égalité. Inversement, la non-discrimination est le niveau le plus bas de l'égalité. Pour assurer l'égalité, la

première étape – non suffisante, mais nécessaire – est de ne pas discriminer. En outre, la discrimination porte également atteinte à la dignité de la personne humaine.

7) Étant une relation de pouvoir, la relation de travail est un espace propice à la discrimination. Par conséquent, la discrimination au travail est un phénomène quotidien et universel.

8) L'élément essentiel – non pas le seul, mais le principal – pour déterminer à partir de quel moment une différence est discriminatoire, réside dans l'impossibilité de la justifier.

9) La discrimination dans l'emploi peut se produire avant, pendant ou après la relation de travail.

10) La différence de traitement est présumée illicite. Par conséquent, il est nécessaire de prouver l'existence de motifs justifiant la différence.

11) L'acte discriminatoire est nul. L'inégalité injustifiée doit être éliminée car elle viole non seulement divers droits fondamentaux, mais également les fondements de tous les droits de l'homme : l'égalité et la dignité.