REVUE

2013/1

DE DROIT COMPARÉ
DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

# ARTICLE UNIQUE

## NANGA SILUE

Maître-assistant à l'UFR des Sciences, juridique administrative et de gestion, Université Alassane OUATTARA (Côte d'Ivoire).
Thèmes de recherche : Droit social, droit commercial, droits fondamentaux, droit comparé.
Parmi ses publications :
~ L'égalité entre l'homme et la femme en Afrique noire francophone. Essai sur la condition juridique de la femme en droit social ivoirien, EUE, 2011, 637 pages.
~ Le principe de précaution et la responsabilité civile. Essai d'articulation à partir de l'arrêt n°62 BIS/Civ. 5/A de la Cour d'appel d'Abidjan rendu le 29 juillet 2008, Revue ivoirienne de droit, n°44/2013.


# L'APPORT DU DROIT FRANÇAIS AU DROIT IVOIRIEN DE LA NON-DISCRIMINATION DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL


## ABSTRACT

The non-discrimination is a kind of rheumatism that drags the contemporary era. For a long time, the Ivorian approach of the non-discrimination was to transpose the French rules. This approach has no longer the wind in its sails. What is today as a reflection is less the rules' methodological transplantation that the requirements proposed by the French law.



*KEY WORDS : Non-discrimination, fundamental law, universality, reception, comparative law.*



## RÉSUMÉ

La non-discrimination constitue une sorte de rhumatisme que traine l'époque contemporaine. Pendant longtemps, l'approche ivoirienne de la non-discrimination a consisté à transposer les règles françaises. Cette approche n'a plus le vent en poupe. Ce qui vaut aujourd'hui comme réflexion, c'est moins la transplantation des règles que les exigences méthodologiques que propose le droit français.



*MOTS CLÉS : Non-discrimination, droit fondamental, universalité, réception, droit comparé .*

L'un des sujets d'actualité qui intéresse au plus haut point les systèmes juridiques démocratiques indifféremment de leurs « familles juridiques »[1] d'appartenance, est celui touchant à la non-discrimination[2]. La raison de la fortune de cette thématique est connue : la discrimination, phénomène qu'entend éradiquer les règles de non-discrimination porte atteinte à ce qui est de plus essentiel chez l'Homme, son unité, son humanité. Cette fonction des règles de non-discrimination se suffit à elle seule pour justifier la présente étude. Par ailleurs, d'autres arguments peuvent également expliquer le bien fondé de cette étude. Ils tiennent à son objet et aux sources de droit mobilisés.

Concernant l'objet de l'étude, c'est d'abord la controverse qui entoure la notion de non-discrimination qui retient l'attention. Qu'est-ce que la non-discrimination ? Certes, usant d'une formule qui en emprunte à la tautologie, les règles de non-discrimination ont vocation à lutter contre la discrimination. Mais là s'arrête les certitudes. Qu'est-ce que la discrimination ? Le législateur ivoirien n'a pas répondu à cette question et l'analyse donne à voir qu'il y a autant de définitions que d'auteurs qui s'intéressent à cette notion. Nul mieux que le Professeur E. Verny ne donne une idée de la complexité de la discrimination qui peut être à la fois une chose et son contraire. Selon cet auteur, « *il serait envisageable de concevoir la discrimination de la façon la plus large possible comme toute distinction, acceptable ou condamnable* »[3]. Au sens étymologique, la discrimination est « *l'action de distinguer, de séparer deux ou plusieurs éléments d'après les critères distinctifs* » ou encore «*l'action de distinguer une personne, une catégorie de personnes, ou un groupe humain en vue d'un traitement différent d'après des critères variables* »[4]. Pourtant, cette définition est éloignée de l'assertion moderne dans laquelle la discrimination est une notion connotée négativement. De nos jours, discriminer c'est traiter moins bien, en prenant en compte des critères prohibés par la loi[5]. Comment alors dissocier les distinctions prohibées qualifiées de discrimination et les simples différenciations autorisées ou justifiées ?

C'est, ensuite, la confusion de la non-discrimination avec certaines notions voisines, telle que l'égalité, qui ne peut laisser indifférente. Concept tout aussi redoutable que la non-discrimination[6], l'égalité, recouvre au moins trois sens. Ce sont : l'égalité devant la loi[7], l'égalité dans la loi[8] et l'égalité par la loi[9]. Dans certains travaux scientifiques, il n'est pas rare de voir exposer des règles d'égalité là où étaient annoncées celles relatives à la non-discrimination[10].

[1] A. Wald, « Doit-on repenser les familles juridiques » ?, *Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, SLC, 2005, p. 187.

[2] En témoigne l'activité juridictionnelle de certaines grandes juridictions : CEDH (CEDH, 5ème sect., 22 mars 2012, n°23338/09 : *Kautzor c/Allemagne* 19327 ; CEDH, Gde ch., 22 mars 2012, n°30078/06 : *Konstantin Markin c/Russie* 19328). CEDH, 30 septembre 2004, *Koua Poirrez c/France, Dalloz* 2004, p. 375 ; condamnation de la France pour discrimination en raison de la nationalité ; l'arrêt n°ECW/CCJ/JUD/06/08du 27 octobre 2008 rendu par la Cour de Justice de la Communauté Economique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO).

[3] E. Verny, « Avant-propos », *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, 2008, p. 50.

[4] Dictionnaire de l'Académie française. Voir ce mot.

[5] D. Lochak, « Réflexion sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, p. 778. E. Verny, « Avant-propos », *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, précité.

[6] E. Vogel-Polski, « Liberté, égalité, fraternité et droit social : l'impossible et nécessaire traduction », *Liberté égalité et fraternité, Actualité en droit social*, Comptrasec, 1990, p. 254 : « le droit social a comme seconde caractéristique d'être un droit des inégalités »..

[7] Consacrée à l'article 2 de la Constitution ivoirienne, cette égalité crée un droit de tous les citoyens à l'égalité en droit. Il s'agit d'une égalité essentielle sans considération de la personne : « *la personne humaine est sacrée. Tous les hommes naissent libres et égaux devant la loi. Ils jouissent de droit inaliénables* (...) ».

[8] Véritable injonction donnée au législateur de ne pas créer d'inégalités, cette approche recherche l'égalité dans la règle de droit, dans les mesures de droit matériel. C'est l'égalité de traitement.

[9] C'est l'approche correctrice qui requiert de rechercher l'égalité par la différenciation : « à situations différentes, règle différente ».

[10] P-G. Pougoué, « Idéaux de la révolution française et droit du travail en Afrique noire francophone », *Liberté égalité et fraternité, Actualité en droit social*, Comptrasec, Université de Bordeaux I, 1990, p. 221. Selon cet auteur, « l'égalité absolue n'existe pas. Mais, elle est poursuivie à travers les règles de non-discrimination ». Sur

Or, comme le rappelle le Professeur E. Verny, « *toute rupture de l'égalité n'est pas une discrimination car seule est ainsi qualifiée une distinction opérée selon certains critères spécialement visés par la loi* »[11]. La discrimination est exclusivement une affaire de motifs. À ces confusions récurrentes, il s'ajoute la querelle des vocables[12].

La juxtaposition des syntagmes « droit français » et « droit ivoirien » dans l'intitulé du sujet doit également être expliquée. Pourquoi le droit français ? À travers cette référence, l'étude envisage de s'essayer à la comparaison juridique. Mais de quel type de comparaison est-il question ? L'interrogation n'est pas incongrue dans la mesure où plusieurs approches se côtoient[13].

Une première approche de la comparaison sera écartée. C'est celle qui met l'accent sur une vision strictement utilitariste du droit comparé, en érigeant « l'argument de droit comparé » en argument d'autorité : « cela se passe ailleurs, c'est donc bon pour nous »[14]. Une seconde approche de la comparaison ne sera également d'aucune utilité. Nourrie aux sources d'un culturalisme radical[15], cette école de comparaison juridique estime que toute rencontre entre différents droits n'est que pure illusion. L'internationalisation des relations de travail sous l'action de l'OIT et les initiatives annoncées dans le cadre de l'OHADA[16] n'autorisent pas l'adhésion à cette approche de la comparaison.

Dans l'étude envisagée, seules deux approches de la comparaison seront convoquées. La première utilise le droit étranger comme un miroir. En confrontant le droit ivoirien au droit français de la non-discrimination, l'idée est de voir comment ce droit pourrait permettre de mieux découvrir le droit ivoirien, de le comprendre et, partant, de l'améliorer. La seconde approche de la comparaison juridique utilisée est celle qui, au nom des droits fondamentaux[17], invite à transcender les particularités des droits nationaux[18].

Mais la comparaison avec le droit français ne sera pas une comparaison des termes. Quel en sera alors l'angle d'attaque ? Une clé de lecture peut résulter de l'analyse des règles de non-discrimination dans ces deux systèmes juridiques.

En Côte d'Ivoire, en dépit de l'importance avérée du sujet, un examen attentif des règles de non-discrimination démontre que la lutte contre les discriminations n'est pas une priorité. D'ailleurs, le Code du travail n'emploie pas le vocable discrimination. Le projet d'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit du travail[19], qui avait envisagé de pallier cette lacune, n'a finalement pas été adopté. Depuis l'an 2000, la Constitution ivoirienne emploie le terme de « discrimination »[20], mais ne le définit pas. Certes, le Code pénal ivoirien, depuis 2008[21], va au-delà de la seule évocation de cette notion dans sa ver-

l'existence de la confusion entre égalité et non-discrimination, voir, J. Porta, « Egalité, discrimination et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination » (1ère partie), *RDT*, 2011, p. 290 et s. ; M. Sweenney, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *RDT*, 2012, p. 87 et s.

11 E. Verny, « Avant-propos », *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, précité.

12 Ce sont par exemple : « discrimination directe », « discrimination indirecte », « discrimination positive », « discrimination apparente », « discrimination systémique », « discrimination génétique », « discrimination par association ».

13 Sur la diversité d'approche voir, M. Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, p. 31, Neuchâtel 1971.

14 M.-C. Ponthoreau, « Le droit comparé et la théorie juridique. Débats méthodologiques récents », *Le devenir du droit comparé en France*, PUAM, 2005, p. 66.

15 P. Legrand, *Le droit comparé*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », Paris 1999, 127p.

16 L'ambition affichée des pays membres du Traité OHADA est de procéder à la mise en place d'Acte uniforme portant sur le droit du travail. La succession de projets d'Actes uniformes relatifs au droit du travail en est la preuve.

17 Si l'on s'en tient à l'exemple ivoirien, la non-discrimination à valeur constitutionnelle. *Cf.* art. 17 de la Constitution ivoirienne : « *Toute personne a le droit de choisir librement sa profession ou son emploi ; l'accès aux emplois publics ou privés est égal pour tous. Est prohibée toute discrimination dans l'accès ou l'exercice des emplois, fondée sur le sexe, les opinions politiques, religieuses ou philosophiques* ».

18 Th. Pasquier, *L'économie du contrat de travail*, LGDJ, 2010.

19 Nous faisons allusion à l'article 6 du Projet d'acte uniforme OHADA, version du 2 octobre 2010 à Lomé.

20 Art. 17 de la loi n°2000-530 du 1er août 2000 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire, *JORCI*, n°30 du 3 août 2000, p. 529.

21 Loi n°2008-222 du 4 août 2008 modifiant et complétant les dispositions du Code pénal relatives à la répression du racisme, de la xénophobie, du tribalisme et des discriminations raciales et religieuses.

sion de 1981. Toutefois, l'idée qu'il en donne est restrictive, puisque limitée à la discrimination raciale et religieuse[22].

Pis, des actes réglementaires abondent dans le même sens. C'est le cas de l'arrêté n°1437 du 19 février 2004 portant modification de l'arrêté n° 4810 du 21 avril 1997 relatif à la réglementation du recrutement et des frais de visa du contrat de travail des personnes non ivoiriennes. Selon l'article 1er dudit arrêté, aucun étranger ne peut être embauché tant qu'il existera un ivoirien qualifié et intéressé par le poste recherché[23]. En outre, le recrutement d'un non ivoirien est conditionné par un plan d'ivoirisation du poste[24]. Or, tous ces actes sont contraires à l'article 4 du Code du travail qui interdit toute discrimination fondée sur l'ascendance nationale. Ils sont également contraires à l'article 91 du Traité de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) ratifié en 2003 qui prévoit l'abolition, entre ressortissants des États membres, de toute discrimination fondée sur la nationalité en ce qui concerne la recherche d'emploi.

Parallèlement, le juge ne fait pas mieux. Non seulement, il a eu à appliquer certains de ces arrêtés dont la légalité est contestable[25], mais également, à notre connaissance, une seule décision de justice a fait usage du vocable « discrimination »[26]. Comment interpréter cette absence du vocable « discrimination » dans les décisions de justice ? Faut-il comprendre par là que les phénomènes auxquels il renvoie sont absents de l'entreprise ivoirienne ?

Une réponse négative s'impose. Le juge ivoirien connaît régulièrement des affaires dans lesquelles les motifs de discrimination constituent le cœur des litiges[27]. Or, dans la quasi-totalité des cas, les décisions discriminatoires sont sanctionnées par le droit commun de l'abus de droit[28]. Cette sanction de la discrimination fait dire que le législateur ivoirien ne tire pas les conséquences de la fondamentalité du droit antidiscriminatoire. D'où deux niveaux de difficultés que rencontrerait le droit ivoirien.

Le premier est d'ordre conceptuel. Il s'intéresse à la détection des situations qui se réclament de la discrimination. Le second niveau tient à la sanction encourue. Sur ces deux points, celui de la détection (I) et de la sanction (II) de la discrimination à propos desquels l'analyse du droit ivoirien ne relève pas de solution assurée, le droit français, inspiré par le

[22] Art. 199 du Code pénal ivoirien (Loi n°2008-222 du 4 août 2008 modifiant et complétant les dispositions du Code pénal relatives à la répression du racisme, de la xénophobie, du tribalisme et des discriminations raciales et religieuses).

[23] Art. 1er de l'arrêté n° 4810 du 21 avril 1997 relatif à la réglementation du recrutement et des frais de visa du contrat de travail des personnels non ivoiriens :« *Toute vacance de poste du travail doit faire l'objet de publication pendant deux (2) mois auprès des organismes de placement agréés par l'Etat, par tout moyen approprié. L'avis de publication de la vacance du poste doit être adressé à l'AGEPE. Si, au terme de cette période de deux mois, le poste n'est pas pourvu par un Ivoirien, l'employeur est autorisé à recruter tout candidat d'une autre nationalité répondant au profil requis dans le strict respect des dispositions du présent arrêté* ».

[24] Art. 3 : « *Toute demande de visa de contrat au profit d'un travailleur non Ivoirien doit être accompagnée d'un plan d'ivoirisation du poste approuvé par le ministre en charge de l'Emploi. La demande de visa de contrat de travail est irrecevable si elle n'est pas assortie d'un plan d'ivoirisation. La durée maximale du plan d'ivoirisation est fixée à 2 ans, quel que soit le poste de travail concerné* ».

[25] C.S., 12 avril 1988, TPOM n° 726 du 2 décembre 1989, p. 441, « *le contrat de travail d'un travailleur non ivoirien et les modifications à ce contrat doivent être soumis au visa de l'office de la main-d'œuvre. Cette formalité est d'ordre public* ».

[26] CSCJ, Form. soc., arrêt n°37 du 20 janvier 2000, *Le Juris-social,* 2002, n°13, p. 21.

[27] Il en est ainsi dans toutes les affaires dans lesquelles la décision de l'employeur a été fondée sur les critères consacrés, soit par l'article 4 du Code du travail, soit par une convention internationale ratifiée par la Côte d'Ivoire, notamment, CSCJ, Form. Soc., arrêt n°50 du 28 janvier 2005, *Le Juris-social*, 2006, n°62, p. 38 : licenciement fondé sur la qualité de délégué syndical ; CSCJ, Form. soc., Arrêt n°138 du 29 octobre 1991 (licenciement d'une femme fondé sur son état de grossesse), Abidjan 2 mai 1975, *RID*-1-2-1977, p. 118 : décision concernant un salarié étranger licencié pour ivoirisation du poste ; Abidjan, 30 juin 1978, TPOM n° 492 du 2 août 1979, p. 235 ; Abidjan, arrêt n°13 du 17 janvier 1969, *RID*, 1970, p. 49 (licenciement d'une femme enceinte cinq mois avant la date d'accouchement) ; Tribunal du travail d'Abidjan 18 mars 1966, TPOM n° 240 du 2 septembre 1968, p. 5313 (il s'agissait dans ces deux dernières décisions de salariés étrangers licenciés pour africanisation des emplois).

[28] Abidjan, 2ème ch. civ., 17 janvier 1969, arrêt n°13, *RID*, 1970, p. 49. Pour sanctionner un employeur qui avait licencié une femme enceinte, la Cour d'appel a jugé que : « *considérant qu'en licenciant la dame Bitty sous le fallacieux prétexte d'une compression de personnel, en réalité en raison de l'état de grossesse de cette employée et dans le but inavoué d'éluder des obligations légales protégeant la femme enceinte contre la rupture du contrat de travail, l'U.D.E.C. a commis un abus dans l'exercice de droit de congédiement, justifiant la demande de dommages-intérêts de la dame Bitty* ».

droit de l'Union européenne, propose des pistes de réflexions qui méritent d'être méditées.

## I - L'apport à la détection de la discrimination

La détection des situations discriminatoires suppose l'appropriation de la notion de discrimination. Longtemps rétifs à invoquer la discrimination devant le juge, les plaideurs français ont peu à peu développé une tendance à voir de la discrimination partout. L'analyse du droit français démontre que ce changement de cap a été possible, d'une part grâce au travail effectué au niveau du concept (A) et, d'autre part, à l'audace des tenants du prétoire (B).

### A - L'apport au concept

L'idée d'un apport au concept de la discrimination venant du droit français peut surprendre, le terme discrimination figurant déjà dans bon nombre de textes du droit positif[29]. Si au plan de la technique juridique pure, le raisonnement peut convaincre, en pratique, il ne l'est guère. Un concept ne dispose pas, du seul fait de son existence, d'un postulat d'efficacité. Il arrive parfois qu'en plus de la simple désignation du vocable que l'on ait besoin de le définir [30].

C'est exactement la situation que vit actuellement le droit ivoirien, à travers un paradoxe : d'une part, une acuité particulière des situations discriminatoires dans l'entreprise, et, d'autre part, une absence totale du contentieux de la discrimination. Ce paradoxe que connaît actuellement le droit ivoirien s'est déjà posé en droit français. À l'image du droit ivoirien aujourd'hui, le législateur français, en lieu et place de la discrimination, utilisait d'autres expressions telles que : « nul ne peut », « aucun employeur ne peut », « il est interdit de », comme le fait actuellement le droit ivoirien[31]. En pratique, ni les plaideurs, ni les juges ne pouvaient s'approprier le concept de discrimination. Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne[32], cette lacune a été comblée. Alors que dans une loi du 16 novembre 2001[33], le législateur français a consacré les concepts de discrimination directe et indirecte, dans une autre adoptée en 2008, il a définit les deux types de discrimination annoncés. Parallèlement à ce travail de définition, la liste des motifs de discrimination a été régulièrement actualisée[34]. Le débat qui a court actuellement en France concernant la légalisation ou non du mariage homosexuel en est la dernière touche[35].

De cette analyse, le droit français pourrait enrichir le droit ivoirien de la non-discrimination de trois manières. La première requiert que le vocable discrimination soit consacré là où il le faut, c'est à dire dans le Code du travail. La seconde manière de s'inspirer du droit français concerne la définition de la discrimination. Elle permettra à ce concept d'être directement opératoire. La troisième manière de s'inspirer du droit français vise l'actualisation de la liste des motifs de discrimination.

Toutefois, cet apport du droit français au droit ivoirien de la discrimination est insuffisant tant que le droit ivoirien ne songe pas à des mécanismes de mise en œuvre qui en garantissent sa concrétisation. C'est à ce niveau que l'enrichissement à attendre du droit français se déplace des normes vers un certain savoir faire que les acteurs judiciaires ont démontré avec un certain talent.

[29] Constitution (article 17) ; Code pénal (articles 199, 200 et 201), Convention n°111 de l'OIT (article 2) ; Convention de l'ONU sur l'interdiction de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes.

[30] Il peut s'agir de définitions dans la loi ou légales que le doyen Cornu (« Les définitions dans la loi » in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 259 et suiv.) éclate en définitions réelles et terminologiques ; de même, il peut être question de définition prétorienne (C. Wolmak, *La définition prétorienne. Étude en droit du travail,* Dalloz, 2007).

[31] *Cf.* articles 4, 23.3 et 61.7 du Code du travail ivoirien.

[32] Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOUE*, n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16.

[33] Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *JORF* n°267 du 17 novembre 2001, p. 18311.

[34] En effet, c'est par la loi du 1er juillet 1972 (*JORF* du 2 juillet 1972) que la discrimination a été pénalisée. Mais cette pénalisation était limitée à l'origine ou à l'appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Le sexe et la famille ont été ajoutés en 1975 (Loi n°75-624 du 11 juillet 1975, *JORF* du 13 juillet 1975, les mœurs en 1985 (Loi du 25 juillet 1985, *JORF* du 26 juillet 1985), le handicap en 1989 (Loi n°89-18 du 13 juillet 1989, *JORF* du 14 janvier 1989) ; l'état de santé (Loi n°90-702 du 12 juillet 1990), *JORF*, 13 juillet 1990) ; les opinions politiques ou les activités syndicales en 1994 (Loi n° 94-665 du 4 août 1994, *JORF*, 5 août 1994).

[35] Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *JORF* du 13 mai 2013 ; Cass. soc. 23 mai 2012, n°10-18.341, *D.* 2012, p. 1487

## B - L'apport du prétoire

L'apport éventuel du prétoire français au droit ivoirien de la discrimination vise naturellement l'audace du juge[36]. Mais ne parler que de ce dernier, c'est ne viser que la partie émergée de l'iceberg. L'audace du juge, qui ne peut statuer ni *infra petita*, ni *ultra petita* encore moins *extra petita*, s'inspire de l'audace de l'avocat chargé, au nom de son client, de la formulation des prétentions en matière de discrimination.

En droit français, des travaux de recherches ont mis en exergue cette place centrale de l'avocat dans l'explosion du contentieux de la discrimination[37]. À la lumière de ces travaux, il ressort que la constitution du dossier de non-discrimination est tout un art et nécessite de remonter l'échelle des causes. S'agit-il d'une femme ? Pour détecter la discrimination, l'avocat posera des questions relatives aux motifs qui sont susceptibles d'être visés à savoir, le sexe, la situation de famille, la maternité. S'agit-il au contraire d'un représentant du personnel ? L'avocat s'assurera que l'augmentation de son coefficient a été régulière, que sa carrière n'a pas été freinée à cause de cette qualité [38] ? Dans l'un ou l'autre cas, l'avocat vérifiera qu'il n'y a pas de discrimination multiple[39].

Des exemples caractéristiques de l'audace du prétoire peuvent être empruntés au juge communautaire dont les décisions font partie du patrimoine juridique français. Le cas le plus emblématique est fourni par l'arrêt Sotgui. Dans cet arrêt, alors que le législateur et les Conventions internationales n'y faisaient pas allusion, le juge a mis en place le concept de discrimination indirecte. C'est l'intervention de l'avocat M. Mayras qui a démontré comment le prétoire a reproché au législateur de n'avoir pas répercuté dans la loi les attentes sociales concernant les phénomènes discriminatoires. Selon lui, « *la discrimination peut être dissimulée ou déguisée (...). Ne doit-on pas, en de tels cas, allant au-delà des apparences, sanctionner une violation de l'égalité de traitement qui peut être comparée à un véritable détournement de pouvoir au sens du droit communautaire* ?»[40].

Convaincue par ce raisonnement, la CJCE a jugé que : « *une règle qui, à première vue, fait une distinction entre des personnes sur la base d'un critère autre que la nationalité, en l'espèce, une condition de résidence, enfreint néanmoins une disposition du droit communautaire interdisant cette discrimination si son application conduit en fait au même résultat, à moins que cette différenciation ne soit justifiée par des « raisons objectives »* ». Une brèche venait ainsi d'être ouverte sur la notion de discrimination indirecte.

Dans un autre arrêt, Defrenne III[41], l'audace des tenants du prétoire a été démontrée. Contrairement à l'exemple précédent, le juge s'est prononcé sur la nature du principe de non-discrimination. La CJCE a jugé que la règle de non-discrimination « *fait partie des principes généraux du droit communautaire dont la Cour a pour mission d'assurer le respect* ». Cette règle venait ainsi d'être érigée au rang de droit fondamental. À l'époque des faits, même si la directive no 76/207 venait d'être adoptée, ni en droit français, ni en droit de l'Union européenne, il n'existait pas de fondement juridique autorisant la Cour à assurer le respect de

[36] J. Gatsi, « La jurisprudence, source du droit OHADA », *RIDC*. 2-2012, pp. 477-500. Sur cette question en droit comparé, N. Molfessis (dir), *La Cour de cassation et la création du droit*, coll. « Études juridiques », vol. 20. Economica, 2004 ; G. Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale », in *La création du droit par le juge*, Arch. Phil. Droit, t. 50, Dalloz, 2007, pp. 9-31.

[37] Voir les travaux de recherche actuellement en cours initiés par une équipe de chercheurs de l'Institut de Recherche sur l'Entreprise et les Relations Professionnelles (IRERP) portant sur la discrimination. Notamment les travaux du séminaire qui a eu lieu le 6 avril 2012 à l'Université Paris Ouest Nanterre la Défense et portant sur le thème suivant : « *Comment construire un dossier de non-discrimination devant la Cour d'appel* » avec la participation de plusieurs avocats.

[38] Cass. soc. 11 janvier 2012, n°10-16.655. L'attendu de principe de cet arrêt est ainsi libellé : « *En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que les fiches d'évaluation du salarié pour les années 1991 et 2002 faisaient mention d'une disponibilité réduite du fait de ses fonctions syndicales, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 412-2 du code du travail* ».

[39] Ph. Martin, « La discrimination multiple un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif», *RIDC*, n°3, 2011, p. 585 et suiv. ; M.-T. Lanquetin, « Égalité et diversité... et discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés* n°21, 2009/1. pp. 91-106.

[40] CJCE, 12 févr. 1974, Sotgiu c/Deutsch Bundespost, aff. 152/73, *Rec. CJCE*, p. 153, *Dr. soc*. avr. 1974, p. 177 et s., concl. de l'avocat général M. Mayras et comm. de G. Lyon-Caen.

[41] CJCE 15 juin 1978, aff. 149/77, *Rec. CJCE*, p. 1365, pts 24 et 26.

cette règle et, à plus forte raison, à la placer au sommet de la hiérarchie des normes juridiques.

Dans tous ces exemples, ce qui mérite d'être noté, ce ne sont pas les concepts qu'ils créent. C'est la façon dont ils démontrent que chacune de leur création répond à une demande sociale qui doit être retenue. Certes, au regard du contexte ivoirien, on peut comprendre que le recours au juge n'est pas aussi spontané qu'il ne l'est en France, ce qui, en partie, pourrait expliquer l'absence du contentieux de la discrimination. Toutefois, cette spécificité ne justifie pas tout. Le juge a été régulièrement saisi de situations discriminatoires. Rien ne l'empêchait de saisir ces occasions pour faire usage du vocable approprié. Au contraire, dans la seule affaire repérée relative à la discrimination, alors même que le juge avait été invité, expressément, à se prononcer sur cette notion, il a refusé de le faire[42]. Il est vrai que l'affaire n'était pas classique : la discrimination invoquée opposait deux femmes. Il n'empêche, le silence du juge ne se justifiait point. Concept incertain, l'occasion était donnée au juge de le préciser. Ce à quoi il s'est dérobé.

En invitant les tenants du prétoire ivoirien à s'inspirer de son homologue français, l'on espère ainsi contraindre le législateur ivoirien à répercuter dans la loi les demandes sociales exprimées. Ainsi comme en France, le justiciable ivoirien pourra prétendre à une véritable sanction des situations discriminatoires.

## II - L'apport à la sanction des situations discriminatoires

Évoquant la question de l'apport du droit français à la sanction du droit ivoirien de la discrimination, le juriste serait tenté de ne voir que les solutions originales adoptées dans ce système juridique pour le rétablissement du droit violé (B). Cependant, avant d'en arriver à cette étape, il est nécessaire de s'instruire du mécanisme probatoire mis en place en droit français puisque de la preuve de la discrimination dépend la réparation qui s'en suit (A).

### A - L'apport à la preuve de la discrimination

C'est un truisme juridique que d'affirmer que la preuve de la discrimination est la condition *sine qua non* de la réalisation du droit antidiscriminatoire : « *idem est non esse aut non probari* », c'est-à-dire que c'est la même chose de ne pas être ou de ne pas être prouvé. En l'absence de positivité du régime probatoire suggérée par les articles 34 et 35 du Projet d'acte uniforme OHADA sur le droit du travail, la preuve de la discrimination demeure régie par l'article 1315 hérité du droit français. Selon cette disposition, c'est au demandeur de rapporter la preuve qu'il a été victime de discrimination.

Ce texte rend ardue la preuve de la discrimination. D'une part, les salariés éprouvent des difficultés n'étant pas, comme l'employeur, détenteur des moyens de preuve. Et paradoxalement, la loi ne lui permet pas de contribuer activement à l'administration de la preuve. Pis, d'autres insuffisances viennent compromettre l'administration de la preuve de la discrimination. C'est le cas de la théorie de « l'employeur seul juge »[43] ou encore de l'absence en droit ivoirien de sanctions contre les mesures de rétorsion.

D'autre part, en raison de l'approche ivoirienne de la discrimination fortement inspirée du Code pénal, l'objet de la preuve n'est pas le motif mais le mobile c'est-à-dire l'intention discriminatoire[44]. Dans ces conditions, le régime probatoire ivoirien ne permet de rapporter que la preuve des discriminations directes flagrantes, à l'exclusion des discriminations directes inavouées, déguisées[45] ainsi que des discriminations indirectes[46].

Aussi longtemps que l'article 1315 du Code civil a été le fondement du régime probatoire en droit français, ce droit

[42] En effet, dans cette affaire portée devant lui, une salariée estimait avoir été victime de discrimination pour avoir été mutée d'une agence (dans laquelle elle occupait le poste de chef d'agence) au siège où elle exerçait désormais sous les ordres d'une autre salariée moins expérimentée.

[43] CSCJ, Form. soc., arrêt n°407 du 21 juillet 2005, *Le juris-social*, n°66, juin 2006, p. 1.

[44] CSCJ, Form. soc., arrêt n°37 du 20 janvier 2000, *Le Juris-social,* 2002, n°13, pp. 20-22.

[45] Th. Aubert-Monpeyssen, « Note sur l'arrêt Fluchère, cass. soc. 28 mars 2000 », JCP, *La semaine juridique*, Entreprise et Affaires, 2001, p. 233.

[46] En effet comme le relève bien un auteur, (M.-T. Lanquetin, « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr. soc.* 2000, p. 591), l'effort statistique qu'exige la mise en œuvre de la discrimination indirecte n'a guère de sens dès lors que ne pèse pas sur le défendeur, notamment l'employeur, une obligation de justification des différences de traitement constatées.

a été confronté aux mêmes difficultés. Mais depuis 2001, le droit français de la preuve de la discrimination a été réformé en profondeur. L'article L.1134-1 du Code du travail français permet au salarié qui prétend que son licenciement est discriminatoire de présenter les éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Et, au vu de ces éléments, il appartient, ensuite, à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée, par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Toutefois, avant que le législateur ait légiféré dans ce sens, le changement de cap avait été annoncé par le juge : d'abord par la CJCE avec les arrêts Bilka[47], Danfoss[48] et Enderby[49], ensuite par la Cour de Cassation française dans les arrêts Seillier[50] et Fluchère[51]. Dans ces arrêts, le droit français a tiré les conséquences de ce que l'employeur est le mieux placé pour verser au débat les éléments susceptibles d'établir la discrimination.

En plus de l'allègement du fardeau probatoire, l'on est passé, en droit français de la preuve du mobile de la discrimination à celui du motif discriminatoire. Le salarié n'a plus besoin de rapporter la preuve de l'intention discriminatoire de l'employeur. Il suffit de prouver que sa décision a été prise en considération d'un des motifs discriminatoire. C'est ainsi que la preuve du fait discriminatoire ne nécessite pas une comparaison comme dans l'égalité[52].

Il est vrai qu'en droit, les mêmes causes ne produisent pas toujours les mêmes effets. Toutefois, en ce qui concerne le domaine de la discrimination, le renversement de la charge de la preuve améliorera le droit ivoirien. D'abord, le renversement de la charge de la preuve allègera le fardeau probatoire du salarié et sera plus protecteur de la partie la plus faible au contrat. Ensuite, ce régime est plus respectueux du caractère fondamental du droit étudié.

Le mécanisme probatoire n'est pas le seul terrain sur lequel le droit français de la discrimination peut servir de miroir au droit ivoirien. Les règles adoptées en France en vue de permettre le rétablissement du droit violé en est un autre.

## B - L'apport au rétablissement du droit violé

L'apport éventuel du droit français renvoie ici à la sanction de nullité prévue en cas de violation du principe de non-discrimination. En effet, l'article L.1132-4 du Code du travail français consacre la nullité de tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions relatives au principe de non-discrimination[53]. Cette disposition révèle, à n'en point douter, toute l'importance du doit antidiscriminatoire, à savoir un droit fondamental dont la sanction est la plus grave qui soit.

Sans dénier au principe de non-discrimination cette place privilégiée dans l'ordonnancement juridique des normes, le droit ivoirien refuse cependant de lui réserver une sanction équivalente.

[47] CJCE, 13 mai 1986, Bilka, aff. 170-84, *Rec*. 1986, p. 1607. Dans l'arrêt Bilka, la CJCE a considéré que violait le principe d'égalité une entreprise qui excluait les employés à temps partiel du régime des pensions d'entreprise, cette mesure frappant un nombre plus élevé de femmes que d'hommes, « *à moins que l'entreprise n'établisse que ladite mesure s'explique par des facteurs objectifs justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* ».

[48] CJCE, 17 octobre 1989, Danfoss. Aff. 109-88, *Rec*. 1989, p. 03199.

[49] CJCE, 27 octobre 1993, Enderby, aff. 127-92, *Rec*. 93, p. I-05535.

[50] Cass. soc. 23 novembre 1999, Seillier, n°97-42940 : « *il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire, de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre l'homme et la femme et, il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la précarité de la situation ou la différence de la rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* ».

[51] Cass. soc. 28 mars 2000, Fluchère, n°97-45258 et 97-45259 : « *La preuve de la discrimination n'incombe pas au salarié. Le syndicaliste demandeur à l'action doit soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement*» et si « *l'employeur conteste le caractère discriminatoire du traitement, il doit établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat* ».

[52] Cass. soc. 10 novembre 2009, SSL, 2009, n°1422, p. 12 : « *L'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés ; les juges du fond auraient du rechercher si le ralentissement de la carrière de la salariée et les difficultés auxquelles elle a été confrontée, dès après sa participation à un mouvement de grève, ne laissait pas supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* ».

[53] Article L.1132-4 du Code du travail français : « *Toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre* (Chapitre II : Principe de non-discrimination) *est nul* ».

Tout d'abord, dans l'esprit du législateur ivoirien, le licenciement discriminatoire est abusif et non nul. Cette interprétation est fondée sur l'article 16.11 du Code du travail qui qualifie d'abusif les licenciements effectués en violation de l'article 4 du Code du travail qui dresse la liste des motifs de discrimination[54]. Pour preuve, la grossesse dont l'ignorance par l'employeur au moment du licenciement est sanctionnée par la nullité[55] ne figure pas dans la liste des motifs de discrimination établie par l'article 4 du Code du travail.

Ensuite, la sanction de nullité prévue en cas de licenciement de représentants du personnel effectué sans autorisation de l'inspecteur du travail n'est pas le fait du législateur. C'est une prévision de la Convention collective interprofessionnelle de 1977[56] dont le champ d'application est limité aux entreprises qui en sont membres. En outre, lorsque les partenaires sociaux ont consacré la sanction de nullité, ils ont, dans le même temps, prévu l'hypothèse de l'indemnisation[57]. En sorte que, dans la pratique, les employeurs préfèrent toujours indemniser au lieu de réintégrer le salarié victime de licenciement discriminatoire[58].

De ce point de vue, le droit ivoirien de la non-discrimination adopte le principe dit de la violation efficace de la règle de droit selon lequel « *la règle de droit doit pouvoir être violée, en payant, et qu'ainsi chacun doit avoir le choix de ne pas la respecter, moyennant compensation financière* »[59]. Or, la discrimination n'est pas la violation d'une règle de droit ordinaire. Derrière cette notion, il y a des personnes titulaires de droits fondamentaux et non pas seulement des enjeux économiques. La réception de ce mode de rétablissement du droit violé introduira plus de cohérence dans le dispositif antidiscriminatoire ivoirien.

[54] Art. 16.11 al.1 et 2 : « *Toute rupture abusive du contrat donne lieu à dommages-intérêts. Les licenciements effectués sans motif légitime ou en violation des dispositions de l'article 4 du présent Code ou, pour des licenciements économiques collectifs, sans respect de la procédure requise ci-dessus ou faux motifs, sont abusifs* ».

[55] Article 23.3 du Code du travail : « *Sauf faute lourde de l'intéressée ou impossibilité de maintenir le contrat pour une raison étrangère à la grossesse ou à l'accouchement, il est interdit à l'employeur de licencier une femme pendant sa grossesse ainsi que pendant les douze semaines qui suivent l'accouchement. Si un licenciement est notifié dans l'ignorance de la grossesse de l'intéressée, la femme enceinte peut, dans un délai de quinze jours à compter de la notification de son licenciement, justifier de son état par un certificat médical. Le licenciement se trouve annulé de ce fait, sauf s'il est prononcé pour l'un des motifs justifiant, par application de l'alinéa précédent, la rupture du contrat de travail* ».

[56] Art. 81.7 al. 1er : « *est considéré comme nul et de nul effet le licenciement du délégué du personnel effectué par l'employeur sans que les prescriptions de l'article 61.7 du Code du travail aient été respectées* ».

[57] Article 87 alinéa 6 de la Convention collective interprofessionnelles de 1977 : « *si l'employeur ne réintègre pas le délégué qu'il a licencié 8 jours après la réception de la demande de réintégration, il est tenu de lui verser une indemnité spéciale égale à la rémunération due pendant la période de suspension du contrat de travail ainsi qu'une indemnité spéciale* (...) ».

[58] CSCJ, Form. soc., arrêt n°368 du 23 juin 2005, *Le Juris-social*, 2006, n°65, pp. 26-27 ; CSCJ, Form. soc., arrêt n°635 du 22 novembre 2001, *Le Juris-social*, 2003, n°27, pp. 25-27.

[59] A. Lyon-Caen et P. Lokiec, « Contre la violation efficace du droit du licenciement », *SSL*, 2012, n°1532, pp. 6-9.

# SOMMAIRE

## ÉTUDES


**p. 6** **Lance Compa**
Les entreprises européennes aux États-Unis et les normes internationales du travail : deux cas français

**p. 20** **Nanga Silue**
L'apport du droit français au droit ivoirien de la non-discrimination dans les relations de travail

**p. 30** **Ulrich Mückenberger**
Civiliser l'ordre mondial ? Spectre et potentiel des réseaux transnationaux de construction de normes

**p. 42** **Melda Sur**
L'évolution des relations collectives de travail en Turquie

**p. 50** **Anna Alexandrova**
Les droits sociaux dans les Constitutions des pays d'Europe de l'Est et de la Russie

**p. 58** **Pablo Arellano Ortiz**
Une protection égalitaire de la retraite pour les femmes : l'exemple du Chili après la réforme de 2008

**p. 68** **Suphasit Taweejamsup**
La Communauté Économique de l'ASEAN à travers le prisme de la libre circulation des travailleurs :
Des besoins reconnus, une mise en place lente et difficile

**p. 78** **Laurence Léa Fontaine**
La régulation française du travail temporaire, un modèle pour le Québec ?
Deux régimes juridiques aux antipodes


## ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES


**p. 92** Argentine
**p. 94** Australie
**p. 96** Autriche
**p. 98** Bénin
**p. 100** Bulgarie
**p. 102** Conseil de l'Europe
**p. 104** Corée du Sud
**p. 106** Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme
**p. 108** Espagne
**p. 110** États-Unis
**p. 112** Fédération de Russie
**p. 114** France - Droit du Travail
**p. 116** Grèce
**p. 118** Italie
**p. 120** Mexique
**p. 122** Organisation Internationale du Travail
**p. 124** Pays-Bas
**p. 126** Pologne
**p. 128** République Démocratique du Congo
**p. 130** République Tchèque
**p. 132** Roumanie
**p. 134** Royaume-Uni
**p. 136** Serbie
**p. 138** Turquie
**p. 140** Union Européenne - Droit de la Protection Sociale
**p. 142** Union Européenne - Droit du Travail