
Amendements de la loi sur l'équité en matière d'emploi en Afrique du Sud : à côté de la cible !

Debbie Collier



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/rdctss/5464>

DOI : 10.4000/rdctss.5464

ISSN : 2262-9815

Éditeur

Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale

Édition imprimée

Date de publication : 1 avril 2023

Pagination : 158-163

ISSN : 2117-4350

Référence électronique

Debbie Collier, « Amendements de la loi sur l'équité en matière d'emploi en Afrique du Sud : à côté de la cible ! », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* [En ligne], 1 | 2023, mis en ligne le 01 avril 2023, consulté le 14 avril 2023. URL : <http://journals.openedition.org/rdctss/5464> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdctss.5464>



Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International
- CC BY-NC-ND 4.0

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

DEBBIE COLLIER

UNIVERSITÉ DE WESTERN CAPE

AMENDEMENTS DE LA LOI SUR L'ÉQUITÉ EN MATIÈRE D'EMPLOI EN AFRIQUE DU SUD : À CÔTÉ DE LA CIBLE¹ !

En mai 2022, le Parlement sud-africain a « donné le feu vert » au Projet d'amendement de la loi sur l'équité en matière d'emploi B14B - 2020². Le Projet d'amendement des dispositions de la loi n°55 de 1998 sur l'équité en matière d'emploi (« EEE ») est actuellement en attente de validation présidentielle. Il est prévu que les modifications entrent en vigueur le 1^{er} septembre 2023³. L'EEE fait partie du cadre juridique pour l'élimination des discriminations en Afrique du Sud⁴, qui s'accompagne d'un engagement constitutionnel en faveur de l'égalité matérielle⁵. L'EEE comprend des dispositions relatives à la mise en œuvre de mesures d'actions positives sur le lieu de travail⁶. Plus précisément, le chapitre III de l'EEE vise à assurer l'égalité de résultat⁷ par des actions positives destinées à « remédier aux inégalités en matière d'emploi subies par des groupes désignés (...) afin d'assurer leur représentation équitable à tous les niveaux professionnels sur le lieu de travail »⁸.

1 Pour une évaluation plus détaillée du Projet d'amendement, voir D. Collier, « The Employment Equity Amendment Bill B14B - 2020: Innovating towards Equity or Kicking the Can down the Road? », *ILJ*, n°44, 2023, p. 1.

2 *SabinetLaw*, « Employment Equity Amendment Bill Under the Spotlight », 12 janvier 2023.

3 *Ibid.*

4 Parmi les autres lois pertinentes, citons la loi n°4 de 2000 sur la promotion de l'égalité et la prévention des discriminations injustifiées (PEPUDA), et la loi n°53 de 2003 sur l'émancipation économique des Noirs.

5 L'article 9(2) de la Constitution de la République d'Afrique du Sud de 1996 précise que « l'[é]galité implique la jouissance pleine et égale de tous les droits et libertés. Pour promouvoir l'égalité, des mesures législatives et d'autres mesures destinées à protéger ou à promouvoir les droits des personnes, ou des catégories de personnes, victimes d'une discrimination injustifiée, peuvent être prises ».

6 Sur la nécessité de mesures d'actions positives, et pour une vue d'ensemble du cadre légal en Afrique du Sud, voir D. Collier, « Discrimination et égalité au travail en Afrique du Sud » et une traduction en anglais (« From apartheid to affirmative action: an overview of equality law in the South African Workplace »), *Revue de Droit comparé du Travail et de la Sécurité sociale*, n°2015/2 et n°2015/3.

7 La notion d'« égalité » est définie dans l'article 1 de la Loi sur la promotion de l'égalité et la prévention des discriminations injustifiées (PEPUDA) comme impliquant « l'égalité en termes de résultats ».

8 Art. 2(b) de l'EEE.

I - L'OBJECTIF : UNE REPRÉSENTATION ÉQUITABLE DES RACES ET DES GENRES

Pour parvenir à une *représentation équitable*, les « employeurs désignés »⁹ sont tenus de respecter les dispositions de l'EEE en matière d'action positive. Ils doivent prendre des mesures d'action positive pour que l'ensemble de leurs salariés soient équitablement représentés à chaque niveau professionnel « par rapport au profil démographique de la population économiquement active [PEA] nationale et régionale »¹⁰. La PEA nationale et la PEA régionale sont exprimées en termes de race et de sexe.

À cet égard, le profil démographique de la PEA nationale est le suivant :

PEA nationale par groupe de population et par sexe			
Race	Homme	Femme	Total
Afrique	43,6%	35,8%	79,4%
De couleur	5%	4,1%	9,1%
Indien	1,8%	0,9%	2,7%
Blanc	4,9%	3,9%	8,8%
Total	55,3%	44,7%	100%

Source : 22^e Rapport annuel de la Commission pour l'équité en matière d'emploi (2021-2022), p. 18.

La Commission pour l'équité en matière d'emploi (CEE)¹¹ s'inquiète de la lenteur de l'évolution des données démographiques liées au genre et à la race sur le lieu de travail, et indique que le Projet d'amendement s'inspire de recommandations visant à « accélérer le rythme de l'évolution »¹².

9 L'EEE identifie actuellement les « employeurs désignés » suivants, qui sont tenus de prendre des mesures d'action positive : (a) une personne qui emploie 50 salariés ou plus ; (b) une personne qui emploie moins de 50 salariés mais dont le chiffre d'affaires annuel total est égal ou supérieur au chiffre d'affaires annuel d'une petite entreprise au sens de l'annexe 4 de la présente loi ; (c) une municipalité ; (d) un organe de l'État ; et (e) un employeur lié par une convention collective (...) dans les conditions prévues par la convention. Le Projet d'amendement prévoit la suppression du point (b) de la définition de l'« employeur désigné ».

10 Art. 42(a) de l'EEE.

11 La CEE est établie par la partie IV de l'EEE et ses fonctions consistent à conseiller le ministre sur la politique et « sur toute question relative à l'application de [l'EEE] (...) y compris (...) les points de référence pour la fixation d'objectifs quantitatifs dans divers secteurs » : art. 30(2) de l'EEE.

12 Commission pour l'équité en matière d'emploi (CEE), 21^e Rapport annuel (2020-2021), p. 6. Pour une version antérieure des amendements publiée en 2018, voir S. Gaibie et P. Naidoo, « The Employment Equity Amendment Bill 2018: Grappling with an Evaluation of «Equity» 20 Years Later », *ILJ*, n°41, 2020, p. 88 ; D. Collier, « The Employment Equity Amendment Bill B14B - 2020 : Innovating towards Equity or Kicking the Can down the Road? », *op. cit.*

Le Mémorandum sur les objectifs du Projet d'amendement se déploie en quatre volets¹³ :

- 1) Le premier consisterait à habiliter le Ministre du travail à « fixer des objectifs quantitatifs sectoriels afin d'assurer la représentation équitable des personnes dûment qualifiées appartenant aux groupes désignés (Noirs¹⁴, femmes et personnes porteuses de handicap) à tous les niveaux de compétences professionnelles »¹⁵.
- 2) De plus, le Projet d'amendement vise à institutionnaliser¹⁶ l'exigence d'une preuve de conformité aux dispositions de l'EEE au moyen d'un certificat délivré par le Ministre de la loi, comme condition permettant à des tiers de faire affaire avec l'État.
- 3) Par ailleurs, le Projet d'amendement supprime l'obligation pour le Conseil des professions de santé d'Afrique du sud (*Health Professions Council of South Africa*) de certifier les tests psychologiques et autres évaluations similaires des salariés¹⁷.
- 4) Enfin, le Projet d'amendement (« visant à réduire la charge réglementaire pesant sur les petits employeurs ») supprime une disposition de l'EEE¹⁸ qui permettait de rendre compte du respect volontaire par les petits employeurs des dispositions de l'EEE en matière d'action positive.

Le Projet de loi a reçu un accueil mitigé et, à bien des égards, les réactions ont été critiques¹⁹. En particulier, l'accent mis par l'EEE et le Projet de loi sur une représentation proportionnelle fondée sur les données démographiques liées au genre et à la race a suscité des craintes face à la négligence des facteurs socio-économiques. Les universitaires préconisent généralement une « approche plus nuancée et contextualisée plutôt qu'une approche contraignante, rigide et purement quantitative »²⁰. Ceci fait écho à l'argument développé par Fredman, selon lequel « le statut [la race et le genre] ne doit pas être considéré comme un simple indicateur d'une condition socio-économique défavorable », et que pour parvenir à une égalité substantielle, il ne suffit pas de « modifier la composition raciale ou de genre des structures existantes »²¹.

13 Projet d'amendement de la loi sur l'équité en matière d'emploi B14B - 2020, p. 6 (§ 1).

14 Le terme « Noir » est défini comme « un terme générique qui désigne les Africains, les gens de couleur et les Indiens » : art. 1 de l'EEE.

15 Actuellement, les employeurs, en consultation avec les syndicats et les salariés, déterminent eux-mêmes les objectifs qu'ils se fixent.

16 Art. 53 de l'EEE.

17 Art. 8 de l'EEE, car le Conseil « ne dispose pas des capacités ni d'une maîtrise suffisante des procédures permettant d'entreprendre cette certification », Projet d'amendement de la loi sur l'équité en matière d'emploi B14B - 2020, p. 6 (§ 2.2).

18 Art. 14 de l'EEE.

19 Un député d'un parti d'opposition a qualifié le projet de loi de « forme mesquine d'ingénierie sociale » susceptible d'accélérer la « fuite des compétences et des capitaux » d'Afrique du Sud. Voir M. Cardo, « EE Amendment Bill: A job-destroying jackhammer », *PoliticsWeb*, 9 septembre 2021. Toutefois, il faut s'attendre à ce que l'action positive ait un impact « indirect et graduel » sur les groupes dominants, dans la mesure où elle est nécessaire « pour garantir la liberté de tous ». Voir également T. Khaitan, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2015, p. 133.

20 S. Gaibie et P. Naidoo, « The Employment Equity Amendment Bill 2018: Grappling with an Evaluation of "Equity" 20 Years Later », *op. cit.*, p. 97. Voir aussi A. M. Louw, « The Employment Equity Act, 1998 (and other myths about the pursuit of "Equality", "Equity" and "Dignity" in post-apartheid South Africa) », *PER/PELJ*, vol. 18, n°3, p. 594.

21 S. Fredman, « Reimagining power relations: Hierarchies of disadvantage and affirmative action », *Acta Juridica*, 2017, p. 124.

Le Projet d'amendement reflète un changement de politique en faveur d'un système de quotas pour les mesures d'actions positives, les quotas devant être déterminés au niveau sectoriel par le Ministre du travail²². L'article 15 de l'EEE fournit actuellement un cadre relativement souple permettant à chaque employeur de déterminer les mesures et objectifs appropriés en matière d'action positive et n'exige pas expressément de quotas. Mais l'article 15A, introduit dans le projet de loi, habilite le Ministre du travail, par le biais d'un processus de consultation, à déterminer et à fixer des objectifs quantitatifs sectoriels.

II - PASSER À CÔTÉ DE LA CIBLE : UN PROBLÈME DE DROIT INTERNATIONAL

Si les universitaires sud-africains soutiennent généralement l'adoption de mesures d'actions positives²³, on s'inquiète du fait que l'approche est de plus en plus rigide et que les amendements ne donnent pas la priorité aux personnes les plus défavorisées au sein des groupes ayant droit à la protection. Il semblerait que les amendements ne répondent pas aux préoccupations de la Commission sud-africaine des droits de l'homme (CDH), qui estime que la « définition des «groupes désignés» de l'EEE et le système sud-africain de ventilation des données ne sont pas conformes aux obligations constitutionnelles ou de droit international (...)» et que «l'incapacité du gouvernement à évaluer l'impact des diverses mesures d'actions positives sur la base des besoins et de données ventilées, et notamment l'impact de ces mesures sur les peuples indigènes et les personnes handicapées, constitue également une violation des obligations de droit international»²⁴.

Les inquiétudes exprimées par la CDH concernant le respect des droits de l'Homme ont trait à la situation des personnes handicapées, des communautés autochtones (les peuples Khoi et San) et des ressortissants étrangers. S'agissant des personnes handicapées, la CDH souligne le manque d'opportunités professionnelles et la discrimination intersectionnelle dont elles font l'objet²⁵. Bien que l'Afrique du Sud ait ratifié la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées de 2007 (CDPH), les dispositions de la CDPH n'ont pas encore été pleinement transposées en droit sud-africain. Le Projet d'amendement est une occasion manquée de le faire, et en particulier de légiférer sur le principe de la CDPH selon lequel la « discrimination

-
- 22 À cet égard, la proposition EEE 17 du Projet de règlement 2018 identifie 18 secteurs : 1) Agriculture, sylviculture et pêche ; 2) Mines et carrières ; 3) Fabrication ; 4) Construction ; 5) Activités financières et d'assurance ; 6) Transport et entreposage ; 7) Information et communication ; 8) Approvisionnement en eau, assainissement, gestion des déchets et activités de dépollution ; 9) Approvisionnement en électricité, gaz, air conditionné ; 10) Santé humaine et action sociale ; 11) Arts, spectacles et loisirs ; 12) Activités immobilières ; 13) Activités professionnelles, scientifiques et techniques ; 14) Commerce de gros et de détail ; réparation de véhicules automobiles et de motocycles ; 15) Hébergement et restauration ; 16) Administration publique et Défense, sécurité sociale obligatoire ; 17) Éducation ; 18) Activités administratives et de soutien.
- 23 Pour un avis contraire, voir M. Brassey : « The Employment Equity Act: Bad for employment and bad for equity », *ILJ*, n°19, 1998, p. 1359 ; « The More Things Change ... Multiracialism in Contemporary South Africa », *Constitutional Court Review*, n°9, 2019, p. 443.
- 24 SAHRC, « Achieving Substantive Economic Equality through Rights-based Radical Socio-economic Transformation in South Africa 2017-2018 », p. 5 (Rapport CDH 2018). Voir également les observations de la CDH dans SAHRC « Report of the South African Human Rights Commission: National Hearing on Unfair Discrimination in the Workplace », 8 mars 2016 (Rapport CDH 2016).
- 25 Rapport CDH 2016, p. 50.

fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable »²⁶.

S'agissant des communautés autochtones, la CDH s'est dite préoccupée par la « quasi-invisibilité politique et sociale » des Khoi et des San en tant que peuples autochtones d'Afrique du Sud, et a appelé le gouvernement à « prendre des mesures urgentes pour remédier à la situation actuelle des Khoi et des San »²⁷. Le cadre législatif actuel de l'action positive reproduit essentiellement l'approche de l'apartheid, les personnes Khoi et San étant « arbitrairement classées comme étant "de couleur" »²⁸, et la CDH demande que des mesures urgentes soient prises pour remédier à cela²⁹.

Enfin, s'agissant des ressortissants étrangers, l'EEE réserve les mesures d'actions positives aux citoyens sud-africains, avec l'obligation pour les employeurs de veiller à ce que leur main-d'œuvre reflète les données démographiques relatives au genre et à la race de la population *sud-africaine* économiquement active à tous les niveaux professionnels³⁰. La CEE « demande instamment aux employeurs de privilégier l'embauche des ressortissants sud-africains afin de faire face aux niveaux élevés de chômage dans notre pays »³¹. Elle exprime également son soutien à la politique associée et à la loi proposée qui imposera « un quota maximal pour l'embauche de ressortissants étrangers »³². Cette approche suscite toutefois des inquiétudes et l'on se demande si les restrictions à l'emploi de ressortissants étrangers sont conformes aux obligations de l'Afrique du Sud en matière de droit international, et dans quelle mesure ces instruments sont injustement discriminatoires à leur égard³³.

26 CDPH, art. 2.

27 Rapport CDH 2016, p. 34.

28 *Ibid.* Bien que la loi n°3 de 2019 sur le leadership traditionnel et Khoi-San ait été récemment promulguée, il n'est pas certain que ses dispositions permettront de résoudre cette question.

29 En 2005, le rapporteur spécial des Nations unies sur les droits de l'Homme et les libertés fondamentales des populations autochtones recommandait déjà que « les communautés autochtones soient reconnues en tant que telles sur le plan constitutionnel et que les institutions juridiques qui alimentent leur stigmatisation en tant que « personnes de couleur » datant du régime de l'apartheid soient supprimées ». Cité dans le rapport national de Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., pour l'Afrique du Sud, « The Khoisan in contemporary South Africa: Challenges of recognition as an indigenous people », 2013, p. 2 : https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_35255_2.pdf/13558f4e-c812-7525-51f1-bed7b106f223?version=1.0&t=1539655331503

30 Les statistiques de la PEA prennent en compte les Sud-Africains blancs, métis, Africains et Indiens, mais pas les personnes porteuses de handicap, ni les autres communautés minoritaires indigènes (ou toute autre communauté religieuse, culturelle ou autre minorité ethnique).

31 CEE, 22^e Rapport annuel (2021-2022).

32 Clause 12B du Projet d'amendement des services de l'emploi, 2021.

33 Université de Stellenbosch, « Submission on the Social Justice Implications of Draft National Labour Migration Policy and Employment Services Amendment Bill », 28 mai 2022.

Conclusion

La CDH a souligné les failles des classifications raciales de l'EEE, qui sont au cœur de la conception des mesures d'actions positives en Afrique du Sud³⁴, et s'est inquiétée du fait que la mise en œuvre de l'EEE puisse « entraîner de nouveaux déséquilibres »³⁵. La CDH souligne que la désagrégation insuffisante des données aboutit à des « mesures qui ne peuvent pas cibler les groupes les plus vulnérables de la société (...) [et qui] ne peuvent pas répondre à de nouvelles formes de discrimination ou à une discrimination aggravée »³⁶, ajoutant que « les mesures devraient être conçues et mises en œuvre en fonction des besoins », ce qui nécessite la prise en compte des conditions socio-économiques³⁷.

Le Projet d'amendement apporte des changements substantiels au cadre réglementaire de l'action positive, mais la conception et l'objectif déclaré du projet de loi n'ont pas répondu aux préoccupations concernant l'alignement de l'EEE sur les principes dominants du droit international au sujet de leur mise en œuvre et la fin des mesures spéciales³⁸. Il s'agit d'une question d'intérêt public et, à ce titre, les prochains objectifs quantitatifs sectoriels et les règlements révisés sur l'équité en matière d'emploi doivent faire l'objet d'un examen minutieux de la part du législateur et des parties prenantes afin de s'assurer que les amendements sont bien ciblés.

34 Rapport CDH 2018, p. 34 : « les populations autochtones, celles dont l'ascendance ethnique peut être issue de mariages mixtes, et les minorités linguistiques ou tribales au sein des groupes désignés, ne sont donc pas prises en compte par l'EEE ».

35 *Ibid.*, p. 33. La CDH fait référence à la Recommandation générale n°32 de la CERD (§ 22) et souligne que « la CERD a demandé à deux reprises au gouvernement de fournir des données statistiques démographiques plus exhaustives comprenant des indicateurs sociaux et économiques, et tenant compte en outre des groupes autochtones et des non-citoyens » (p. 34).

36 Rapport CDH 2018, p. 35.

37 *Ibid.*, p. 30. À cet égard, la Recommandation générale n°32 de la CERD prévoit, au §17, que « [I]es besoins en mesures spéciales doivent être évalués sur la base de données - exactes ventilées par race, couleur, ascendance et origine nationale ou ethnique et tenant compte des spécificités hommes femmes - sur la situation socioéconomique et culturelle des différents groupes de la population et sur la participation de ces derniers au développement économique et social du pays ».

38 La Recommandation générale n°32 de la CERD, au § 16, énonce que « les mesures spéciales doivent être adaptées à la situation à laquelle il convient de remédier, être légitimes et nécessaires dans une société démocratique, respecter les principes d'équité et de proportionnalité, et être temporaires. Elles doivent être conçues et mises en œuvre en fonction des besoins et fondées sur une évaluation réaliste de la situation actuelle des personnes et communautés concernées ».