

COLLECTIF DE DEFENSE DES TRAVAILLEURS ETRANGERS DANS L'AGRICULTURE

A.S.T.I de Berre, Association de coopération Nafadji Pays d'Arles, ATTAC Martigues Ouest étang de Berre, Cimade, Confédération Paysanne, CREOPS, Droit Paysan Aureilles, Espace-Accueil aux étrangers, Fédération du MRAP 13, FGA CFDT, FNAF CGT, Forum Civique Européen, Ligue des Droits de l'Homme du Pays d'Arles.

SAISINE DE LA HALDE

TRAVAILLEURS ETRANGERS

« SAISONNIERS »

DE LONGUE DUREE

Sommaire

INTRODUCTION	1
1. CADRE JURIDIQUE DE L'INTRODUCTION ET DE L'UTILISATION DES TRAVAILLEURS ETRANGERS SAISONNIERS EN FRANCE.	2
1.1. Travail saisonnier et CDD	2
1.2. Introduction de travailleurs saisonniers étrangers	2
1.3. Un arrêté cadre source de confusion et de contradiction	3
1.4. Des arrêtés préfectoraux qui ont érigé une exception en règle dans les Bouches-du-Rhône.....	5
1.5 Une procédure d'introduction en 2006 ne tenant aucun compte du dernier arrêté	6
2. L'ENFERMEMENT DES TRAVAILLEURS DANS LE STATUT INAPPROPRIÉ DE « SAISONNIERS » ...	7
2.1. Deux formes d'abus du statut de travailleur saisonnier	7
2.1.1. <i>Abus du CDD saisonnier</i>	7
2.1.2. <i>Abus de la dérogation autorisant des contrats saisonniers de huit mois</i>	8
2.2. Dénonciations officielles et contradictions.....	9
2.2.1. <i>Le rapport n°2001-118</i>	10
2.2.2. <i>La position du syndicat CFDT</i>	10
2.2.3. <i>Une décision du tribunal administratif de Marseille</i>	10
2.2.4. <i>Contradictions avec la politique publique en matière de recours au CDD et de lutte contre la précarité</i>	11
2.3 L'alternative	12
2.3.1. <i>Une acception stricte du statut de travailleur saisonnier</i>	12
2.3.2. <i>Le recours à la réglementation générale sur la main d'œuvre étrangère</i>	13
2.3.3. <i>...et ses conséquences</i>	13
2.3.4. <i>Le contrat de travail intermittent, forme appropriée aux salariés agricoles permanents employés de façon discontinue</i>	14
3. LES RUPTURES DE L'EGALITE DE TRAITEMENT	15
3.3.1. <i>Catégorie de personnes concernées</i>	15
3.3.2. <i>Différences de traitement observées entre les SLD et les autres travailleurs étrangers non communautaires autorisés à travailler à titre permanent en France</i>	15
3.3.3. <i>Une discrimination indirecte</i>	17
4. QUATRE DOSSIERS EXEMPLAIRES	18
4.1. Baloua Aït Baloua	18
4.2. Stiouat El Barakah.....	19
4.3. Mimoun Oukili	19
4.4. Mohamed Najahi	20
5. RESTAURATION DE L'EGALITE DE TRAITEMENT	21

Annexe A : le rapport 2001-118.....	A-1
Annexe B : une position syndicale constante	A-2
Annexe C : références juridiques	A-4
R1.1 Le droit prohibant la discrimination ou le non respect de l'égalité de traitement dans les domaines intéressant les SLD	A-4
<i>R1.1.1 La directive européenne 2000-43 du 29 juin 2000, transposée en droit français par la loi du 30 décembre 2004.</i>	A-4
<i>R1.1.2 La convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965</i>	A-4
<i>R1.1.3 La Convention n° 111 de l'OIT, du 25 juin 1958 concernant la discrimination (emploi et profession).....</i>	A-5
<i>R1.1.4 La Convention européenne des droits de l'Homme.....</i>	A-5
<i>R1.1.5 La Convention n° 2 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) sur le chômage, du 28 novembre 1919</i>	A-6
<i>R1.1.6 La Convention n°44 de l'OIT sur le chômage, du 23 juin 1934.....</i>	A-6
<i>R1.1.6 La Convention Internationale du travail n° 97 concernant les travailleurs migrants, du 1^{er} juillet 1949....</i>	A-6
R1.2 Les recommandations internationales.....	A-7
<i>R1.2.1 La Recommandation n° 86 sur les travailleurs migrants de l'OIT, du 01/07/1949, prise en application de la Convention n° 97</i>	A-7
<i>R1.2.2 La Recommandation n° 111 prise en application de la Convention n° 111 de , l'OIT :</i>	A-7
<i>R1.2.3 La recommandation n° 1618 (2003) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.....</i>	A-8
<i>R1.2.4 Eclairage du comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR) sur la notion d'origine nationale.....</i>	A-8
Annexe D : Pièces de dossiers.....	A-10

Liste des abréviations

- ANAEM : Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations
- CDD : contrat de travail à durée déterminée
- CDI : contrat de travail à durée indéterminée
- CESEDA : Code de l'entrée et du séjour des étrangers et dur droit d'asile
- CODETRAS : Collectif de défense des travailleurs étrangers saisonniers dans l'agriculture des Bouches-du-Rhône
- CSS : Code de la Sécurité sociale
- CT : Code du travail
- DDTEFP : Direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle
- ITEPSA : Inspection du travail, de l'emploi et de la protection sociale en Agriculture
- OMI : Office des migrations internationale, ancienne dénomination de l'ANAEM
- SLD : Saisonnier de longue durée

Introduction

Les salariés étrangers travaillant légalement en France jouissent d'un ensemble de droits codifiés principalement dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers (CESEDA), le Code du travail (CT) et le Code de la sécurité sociale (CSS).

Ces droits sont modulés selon certaines caractéristiques des personnes (nationalité, situation familiale...) ou des emplois qu'elles occupent.

Ainsi, les salariés Marocains et Tunisiens introduits en France selon la procédure réservée aux contrats saisonniers jouissent de droits moindres au regard de ceux des autres salariés étrangers.

Ce statut de travailleur étranger saisonnier est déterminé par un ensemble de facteurs parmi lesquels les pratiques administratives de la Direction Départementale du travail (DDTEFP) (sous l'autorité du Préfet) jouent un rôle essentiel.

Or, dans le département des Bouches-du-Rhône, ces pratiques sont fréquemment contraires à l'esprit et à la lettre de la réglementation, ce qui aboutit à enfermer un grand nombre de travailleurs étrangers de l'agriculture dans le statut de travailleurs saisonniers alors qu'ils devraient jouir des droits reconnus aux travailleurs permanents qu'ils sont en réalité.

Ces pratiques et l'inégalité de traitement qui en résulte indirectement sont exposées dans ce document tant au plan général que via quatre situations individuelles précises.

Au regard de cet exposé, le CODETRAS souhaite que la HALDE réponde aux questions suivantes :

L'enfermement de travailleurs étrangers agricoles à titre permanent dans un statut de travailleurs saisonniers constitue-t-il une discrimination ?

Quelles solutions la HALDE préconise-t-elle pour y remédier ?

1. Cadre juridique de l'introduction et de l'utilisation des travailleurs étrangers saisonniers en France.

1.1. Travail saisonnier et CDD

Le caractère saisonnier d'un emploi a été précisé par la Cour de Cassation. Au terme d'une jurisprudence constante, il concerne « *des tâches normalement appelées à se répéter chaque année à des dates à peu près fixes en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs.* ». (Cass. Soc., 12 octobre 1999, N° 3548 P, RJS 11/99 n° 1352).

On observera que cette définition est faiblement opératoire, notamment dans l'agriculture où la plupart des tâches se répètent « *chaque année à des dates à peu près fixes en fonction du rythme des saisons* »

L'article L 122-1-1 du Code du Travail dispose que les emplois à caractère saisonnier constituent le troisième des seuls cinq cas dans lesquels peut être conclu un contrat de travail à durée déterminée. Incidemment, c'est le cas dans lequel la prime de précarité (10% de la rémunération totale) n'est pas due en fin de contrat (article L-122-3-4).

Toutefois, « *le contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* » et surtout « *il ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire (...).* » (article L-122-1 du Code du travail). De plus tout contrat à durée déterminée doit comporter une définition précise de son objet, à défaut de quoi, il « *est réputé conclu pour une durée indéterminée* ». (article L-122-3-1).

1.2. Introduction de travailleurs saisonniers étrangers

Les ouvriers agricoles saisonniers sont introduits en France en vertu de l'article R 341-7-2 du Code du Travail.

Article R 341-7-2 :

« *Le contrat d'introduction de travailleur saisonnier visé par les services du ministre chargé du travail donne à son titulaire le droit d'exercer l'activité professionnelle salariée qui y est portée pendant sa durée de validité chez l'employeur qui a signé ce contrat.*

La durée totale du ou des contrats saisonniers dont peut bénéficier un travailleur étranger ne peut excéder six mois sur douze mois consécutifs.

Un même employeur ne peut être autorisé à recourir à un ou des contrats de main-d'œuvre saisonnière visés à l'article 1er pour une période supérieure à six mois sur douze mois consécutifs. Le décompte est effectué pour chaque établissement d'une même entreprise.

A titre exceptionnel, l'employeur peut être autorisé à conclure des contrats saisonniers d'une durée maximum totale de huit mois sur douze mois consécutifs sous la double condition que ces contrats concernent des activités de production agricole déterminées, pour lesquelles cette mesure répond à des exigences spécifiques et que l'employeur intéressé apporte la preuve qu'il ne peut faire face à ce besoin par le recrutement de main-d'œuvre déjà présente sur le territoire national.

La liste des activités de production agricole où pourra être autorisée la conclusion des contrats saisonniers mentionnés à l'alinéa précédent est fixée par arrêté conjoint des ministres chargés du travail et de l'agriculture ».

On notera que la double condition nécessaire pour conclure des contrats de huit mois implique une double acception du caractère exceptionnel (donc rare) de cette dérogation :

- rareté des activités : les productions agricoles qui ont des exigences spécifiques doivent être peu nombreuses ;
- rareté dans le temps : l'impossibilité de recruter une main d'œuvre intérieure ne saurait être que conjoncturelle.

En tout état de cause, cette dérogation introduit une dichotomie dans l'ensemble des travailleurs étrangers :

- les saisonniers standard dont les contrats ne dépassent pas 6 mois ;
- les saisonniers de longue durée (SLD) dont les contrats dépassent 6 mois.

Ces derniers sont les victimes de l'inégalité de traitement dont ce texte expose la genèse et les manifestations.

1.3. Un arrêté cadre source de confusion et de contradiction

L'arrêté du 5 juin 1984 établit (article 1) la liste des productions agricoles ouvrant droit à la dérogation prévue à l'article R 341-7-2 :

Il s'agit de :

- « 1) Cultures maraîchères intensives dont le cycle de production dure plus de 6 mois, étant précisé que les cultures maraîchères intensives sont des cultures de fruits et légumes pratiquées en vue de la vente, sur des terrains préparés, aménagés et exploités, à l'effet de les rendre aptes à des récoltes exceptionnelles par leur quantité, par leur qualité ou pour la période à laquelle elles sont faites ;
- 2) Arboriculture fruitière, lorsque les opérations de taille et de récolte excèdent 6 mois ;
- 3) Exploitation de coupes de bois en altitude de plus de 800 m, requérant la présence continue de bûcherons sur les lieux mêmes de l'exploitation compte tenu des difficultés d'accessibilité. »

Cet arrêté ouvre la porte à une interprétation litigieuse de l'article R 341-7-2 du Code du travail.

L'article R 341-7-2 précise bien que ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'un employeur peut être autorisé à conclure des contrats supérieurs à 6 mois avec un travailleur migrant. Cependant les « *exigences spécifiques* » des productions agricoles établies par l'arrêté du 5 juin 1984 ne sont pas déterminées par des conditions saisonnières exceptionnelles liées à la biologie des plantes cultivées mais par les contraintes technico-économiques structurelles de ces productions.

Ainsi, en ce qui concerne les monocultures maraîchères intensives, le cycle de production de la tomate, par exemple, s'étend désormais sur pratiquement 11 mois, des semis à la récolte, en passant par l'entretien et le traitement des plants

alors que la cycle végétatif de la tomate est inférieur à 5 mois. Les plants arrachés sont replantés immédiatement. De plus certaines exploitations ont mis en place plusieurs structures juridiques qui font appel à des salariés avec contrats OMI à des périodes différentes de l'année. Ainsi il peut y avoir des salariés OMI toute l'année sur l'exploitation.

A fortiori, les serres où se succèdent des cultures diversifiées ont une activité rarement inférieure à 8 mois. L'arrêté ne distingue pas le cycle propre à chaque culture mais considère le cycle de production globale de la serre.

Dans les deux cas, le cycle de production supérieur à 6 mois ne correspond pas à des situations « exceptionnelles » commandées par des « exigences spécifiques » mais au fonctionnement usuel et permanent de systèmes intensifs de production agricole.

En ce qui concerne l'arboriculture fruitière, la définition d'une « saison » qui englobe la cueillette des fruits et la taille des arbres ne découle d'aucune spécificité biologique, technique ou économique. En effet, si l'on prend l'exemple d'un verger de pommiers d'une quarantaine d'hectares dans les Bouches-du-Rhône, la cueillette des fruits commence au début du mois d'août et se termine vers la mi-octobre. Elle nécessite la présence de 35 ouvriers travaillant chacun moins de trois mois. S'ensuit une morte-saison d'un mois après laquelle commencent des tâches culturales qui se terminent fin-juillet. Cette période couvrant la fin de l'automne, l'hiver, le printemps et le début de l'été peut être subdivisée en deux saisons. D'une part la taille, qui commence vers la mi-novembre et se termine fin-mars début avril, assurée par 4 ouvriers. D'autre part une saison de suivi de la floraison, de traitement des arbres et des jeunes fruits et d'irrigation, assurée elle aussi par 4 ouvriers.

Il est patent que la cueillette est la seule phase du cycle de production susceptible de constituer une saison homogène tant par la nature précise du travail à effectuer que par l'effectif et la qualification élémentaire de la main d'œuvre qui y est affectée.

Ainsi, en ne distinguant pas les spéculations agricoles qui se succèdent sur une exploitation de maraîchage intensif comme en définissant une « saison récolte-taille » pour l'arboriculture, l'arrêté du 5 juin 1984 vise uniquement à légitimer le dépassement de la durée limite des 6 mois. (cf. rappels de la contestation paysanne de l'époque ¹).

Toutefois, ces dispositions ne sont pas d'application directe ; leur caractère dérogatoire exige que la décision de les appliquer soit spécifiée annuellement par les préfets de chaque département susceptible d'être concerné (art. 3 de l'arrêté du 5 juin 1984).

¹ Le décret du 8 mars 1984 a introduit dans l'article R 341-7-2 du code du travail une limite de 6 mois au contrat de travail saisonnier, contre 8 précédemment dans une circulaire du ministère du travail du 27 juin 1978. Le projet de décret avait suscité des réactions indignées des agriculteurs (cf. questions et réponses assemblée nationale du 21 novembre 1983).

Par ailleurs, la seconde condition posée par l'article R 341-7-2 n'est pas affectée ; il reste que la dérogation à titre exceptionnel ne devrait être accordée à un employeur qui souhaite conclure des contrats de plus de 6 mois que s'il apporte bien (chaque année) la preuve qu'il ne peut trouver localement la main d'œuvre dont il a besoin et que cela relève d'une conjoncture exceptionnelle, indépendante de sa volonté.

1.4. Des arrêtés préfectoraux qui ont érigé une exception en règle dans les Bouches-du-Rhône

Pour le département des Bouches-du-Rhône, l'arrêté du 5 juin 1984 autorise le classement de la totalité des productions intensives de fruits et légumes en « *activités à exigences spécifiques* » ; ce qui neutralise la première condition de dérogation à la limite de 6 mois maximum pour la durée des contrats saisonniers. La rédaction des arrêtés préfectoraux annuels « *portant dérogation à la durée maximale des contrats saisonniers* » a, non seulement, entériné naturellement cette neutralisation mais, de surcroît, supprimé jusqu'en 2006 l'exigence de la seconde condition.

Avant 2002, il semble qu'aucun des arrêtés préfectoraux n'a jamais précisé le caractère exceptionnel de la dérogation.

A titre d'exemple, l'arrêté du 31 décembre 1991 (PJ 1) stipule :

« *Article 1^{er} :*

Conformément aux dispositions dérogatoires prévues à l'article 3 du décret n° 84-169 du 8 mars 1984, sont autorisés au titre de l'année 1992 à conclure des contrats saisonniers d'introduction de travailleurs étrangers pour une durée totale de huit mois sur douze consécutifs, selon les modalités de la fiche descriptive ci-annexée, les exploitants agricoles pratiquant et déclarant à la Caisse de Mutualité Sociale Agricole les cultures suivantes : (...) »

L'arrêté préfectoral du 25 mai 2001 (PJ 1) ne comporte pas plus de restriction à la prolongation des contrats au delà de 6 mois. Il se contente de l'autoriser dans tous les secteurs agricoles concernés.

En 2001, un rapport d'inspection générale (annexe A) – sur lequel nous reviendrons plus loin – constate :

Page 11 :

« L'arrêté des Bouches-du-Rhône, par une nuance de rédaction, tend à transformer un système de dérogations exceptionnelles en faculté générale, en contradiction avec le cadre réglementaire. »

Dans les faits, l'obligation de déposer auprès de l'ANPE une offre d'emploi préalable à tout contrat OMI fait l'objet d'un « *respect purement formel* », note ce rapport qui souligne, en outre, que « *les introductions OMI étaient même acquises de plein droit si l'ANPE n'était pas en mesure de présenter des candidats dans les 15 jours suivant le dépôt des offres ou si les exploitants les jugeaient inadaptés à leurs besoins.* » Mieux, « *l'attestation [de l'ANPE] destinée à être produite à l'appui des demandes d'introduction (...) n'était pas*

nécessaire : si le dépôt d'offre répondait à une obligation réglementaire, son traitement sous 15 jours, assorti de la délivrance d'une attestation sur le résultat de la mise en relation, résultait d'une décision de la préfecture. » (p. 17). « Comment expliquer que le marché du travail local puisse fournir spontanément 6000 saisonniers agricoles pour des emplois dont l'ANPE, le plus souvent n'est pas informée ? Comment expliquer que l'Agence n'ait pu placer que 36 personnes durant le premier semestre de 2001, après avoir procédé à 2700 mises en relation sur les 2400 offres déposées pour des postes faisant l'objet d'une demande d'introduction « OMI » » interroge le rapport p. 15.

A partir de 2002, soit après la remise de ce rapport, on remarque que les arrêtés préfectoraux introduisent la condition que « *des circonstances exceptionnelles le justifient* » pour autoriser la prorogation des contrats saisonniers. Toutefois la condition de preuve de l'article R 341-7-2 n'est toujours pas exigée.

La rédaction des arrêtés préfectoraux révèle une autre anomalie très significative. Alors que l'article R 341-7-2 ne parle que de contrats « *conclus* » pour 8 mois, les arrêtés ne se réfèrent qu'à leur prorogation. Et pour cause, ces derniers sont pris à un moment où les trois quarts des contrats ont déjà été enregistrés et mis en route à l'OMI (25 mai 2001, 14 mai 2002, 27 juin 2003, 8 juin 2004, cf. PJ 1), alors que, d'une part, le volume des contrats est contingenté et les services de l'ITEPSA doivent vérifier les surfaces cultivées avant de satisfaire aux demandes des exploitants et que, d'autre part, aucun de ces contrats n'est conclu initialement pour plus de 6 mois (cf. 2.1.2 Abus de la dérogation autorisant des contrats saisonniers de huit mois).

On doit donc en déduire qu'aucun contrat de huit mois ne fait l'objet d'un dépôt d'offre d'emploi à l'ANPE.

Probablement suite aux nombreux abus exercés par les agriculteurs sur les ouvriers étrangers et dénoncés dans la presse, c'est seulement en 2006, que l'arrêté devient enfin conforme dans sa rédaction à l'article R 341-7-2 du code du travail, à défaut de le devenir dans les pratiques.

1.5 Une procédure d'introduction en 2006 ne tenant aucun compte du dernier arrêté

Malgré la conformité du dernier arrêté préfectoral à l'article R 341-7-2 du Code du travail, la procédure d'introduction des saisonniers établie en 2006 par la DDTEFP fait perdurer les pratiques antérieures. Ce document révèle que « *le document établi par l'ANPE attestant du dépôt de l'offre d'emploi et de son résultat* » n'est exigé que « *pour les seules exploitations souhaitant introduire plus de 10 salariés et/ou des primo immigrants* » (PJ 2).

2. L'enfermement des travailleurs dans le statut inapproprié de « saisonniers »

Pour être effectif, le cadre juridique rappelé ci-dessus nécessite une application et un contrôle strict de l'administration.

On a déjà souligné l'absence de rigueur de cette dernière « en amont », en matière de rédaction des arrêtés préfectoraux ; dans sa pratique « en aval », le laxisme s'avère endémique. Laissant ouverte la question des causes (incompétence, manque de moyens, mépris des droits des étrangers, collusion avec les pouvoirs économiques...) nous en exposerons ici les manifestations, les dénonciations institutionnelles ainsi que les alternatives.

2.1. Deux formes d'abus du statut de travailleur saisonnier

2.1.1. Abus du CDD saisonnier

Les exigences du CT en matière de CDD sont rarement respectées dans les contrats des travailleurs saisonniers étrangers.

La procédure d'introduction exige que chaque contrat soit visé par la DDTEFP. Or, en règle générale, l'objet du contrat est libellé « *travaux agricoles* » ce qui ne saurait être considéré comme « *tâche précise et temporaire* » (CT L122-1) et, de ce seul fait, justifierait le refus de validation du contrat ou sa requalification en CDI (CT L 122-3-1) avec toutes ses conséquences favorables au salarié, notamment en matière de droit au séjour. Mais ce n'est pas le cas, la DDTEFP ne remplissant pas sa fonction de contrôle préalable de légalité².

Sur les exploitations agricoles, les ouvriers « saisonniers » sont affectés à des tâches très diverses dont certaines n'ont aucun caractère saisonnier (entretien des bâtiments ou du matériel, par exemple). Cette situation est très commune mais elle n'est quasiment jamais constatée par les agents de l'ITEPSA dont les procès verbaux pourraient servir la requalification de ces CDD.

Une autre pratique courante consiste à établir des contrats de quatre mois³ alors que le travailleur n'est employé effectivement que deux ou trois mois. Le reste du temps, il est « prêté » à un employeur voisin ou sommé de trouver lui-même un emploi nécessairement non déclaré.

Ces agissements ne peuvent être ignorés de l'administration qui dispose de toutes les données (superficies des cultures, normes de temps de travaux...) pour apprécier la cohérence des quantités de main d'œuvre sollicitées par les employeurs avec les besoins réels.

² Voir en ce sens les contrats de travail de M. Oukili avant 2002 – cf. 4.3 -, joints au présent document.

³ durée minimum, en dessous de laquelle l'employeur doit payer les frais du voyage de retour

2.1.2. Abus de la dérogation autorisant des contrats saisonniers de huit mois

La preuve du caractère exceptionnel de la pénurie de main d'œuvre locale n'étant pas exigée, les demandes de prolongation à huit mois de contrats initialement établis pour quatre ou six mois sont quasi systématiquement acceptées par la DDTEFP des Bouches-du-Rhône.

Ainsi, une part non négligeable des saisonniers exécutent chaque année et pendant toute leur « carrière » des contrats de plus de six mois, souvent dans la même exploitation agricole.

Pour ces SLD, leur emploi effectif est très souvent incompatible avec la réglementation des CDD (cf. 2.1.1.a et 2.1.1.b) et avec le statut même de travailleur étranger saisonnier.

Les tableaux ci-dessous donnent une idée du nombre d'ouvriers concernés :

Tableau N°1 : pourcentage des contrats prolongés au-delà de 6 mois

Année	Nombre total de contrats	Nombre total de contrats prolongés au delà de 6 mois	Nombre de mois accordés	Pourcentage de contrats prolongés
1995	3910	1248		31,91 %
1996	3744	2193		58,57 %
1997	3625	1124		31 %
1998	3420	1754		51,28 %
1999	3378	1756		51,98 %
2000	2858	1667		58,32 %
2001	4583	1164		25,39 %
2002	4089	1750	3286	39,40 %
2003	4087	1881	3591	42,90 %
2004	4004	1617 *	2754 *	40,30 %
Total 2002-2004	12180	5248	9631	
2005	3877			

* chiffres provisoires au 23 décembre 2004

Source : DDTEFP et ODESA (Observatoire départemental de l'Emploi Salarié Agricole des Bouches-du-Rhône)

Tableau N°2 : répartition des contrats OMI en fonction de leur durée (année 2000)

	4 mois	5 mois	6 mois	7 mois	8 mois
Durée initiale	22,1%	3,4%	75,5%	Sans objet	Sans objet
Durée finale	17,6%	3,4%	18,7%	4,6%	53,7%

Source : DDTEFP (rapport annuel 2000), citée dans le rapport de MM. Clary et Van Haecke

Entre 2002 et 2004, globalement 9631 mois ont été effectués par 5248 ouvriers pendant la prolongation de leur contrat, soit 1,84 mois en moyenne par ouvrier. En outre, les contrats sont signés en début de « saison » pour 4 ou 6 mois ; il est exceptionnel que les contrats soient directement conclus pour 8 mois. Pourtant,

bien avant que les ouvriers arrivent en France, tous les acteurs savent précisément quels sont ceux dont les contrats seront prolongés à 8 mois.

Enfin, on observe l'accord de dérogations qui violent le statut même de travailleur étranger saisonnier. Certains d'entre eux, en effet, bénéficient d'un premier contrat de 4 mois chez un employeur et d'une dérogation de 4 mois supplémentaires chez un deuxième employeur (cf. 4.3 cas de M. Mimoun Oukili). Or l'article R 341-7-2 ne permet d'accorder une « dérogation » qu'à un seul et unique employeur.

Ce dernier aspect révèle la confusion entretenue entre deux statuts : celui du travailleur étranger saisonnier tel que défini par l'article R 341-7-2 et celui plus large des travailleurs saisonniers qui, comme le relève dans un article récent ⁴ Alain Morice, chercheur au CNRS, « se déplacent, notamment au rythme des vendanges et du tourisme, où les « saisons » sont décalés d'un endroit à l'autre du pays ». (PJ 3)

Ces derniers bénéficient d'ailleurs d'un statut à part entière, notamment par rapport au chômage. Pour l'UNEDIC, est saisonnier le travailleur qui connaît une période d'inactivité à la même période chaque année pendant trois ans. Il bénéficie d'une allocation minorée, comparativement à d'autres catégories de chômeurs. Pour cela, il doit avoir cotisé un nombre de jours suffisants : 182 jours pendant les 22 derniers mois précédant la fin de leur contrat. Cette condition est remplie par tous les travailleurs OMI qui travaillent en France sur des contrats d'au moins 4 mois.

Sachant que les congés payés sont versés sous forme de prime à la fin du contrat de travail et représentent presque un mois supplémentaire, la durée effective de travail des SLD qu'il faudrait prendre en compte sur une année est en fait de 9 mois.

Dans ces conditions, quel est le statut réel de travailleurs dits saisonniers, dont tout le monde sait sur le terrain qu'ils fournissent dans la réalité la main d'œuvre permanente dont cette agriculture a besoin ?

2.2. Dénonciations officielles et contradictions

Les pratiques qui engendrent les abus décrits ci-dessus ne sauraient être imputées aux agissements individuels de quelques agents de l'administration. Elles ne peuvent être ignorées des responsables au plus haut niveau, aussi bien parce qu'elles ont fait l'objet de critiques et de dénonciations officielles (certaines depuis de nombreuses années) que parce qu'elles sont contradictoires avec les politiques publiques de l'emploi.

On évoquera ici trois de ces dénonciations émanant de différentes instances.

⁴ Pas de séjour sans travail, ou les pièges du contrat saisonnier, Migrations Société, vol. 18, n° 107, septembre-octobre 2006, p. 221

2.2.1. Le rapport n°2001-118

Une note interministérielle datée du 23 août 2001 (PJ 4) se référant à « *une dérive très importante des autorisations provisoires de travail délivrées à ces saisonniers étrangers dans les Bouches-du-Rhône* » est adressée aux chefs des inspections générales des Affaires Sociales et de l'Agriculture.

Une enquête est alors confiée à deux inspecteurs généraux, M. Clary (Affaires Sociales) et M. Van Haecke (Agriculture). Présenté en novembre 2001 sous le titre « *Enquête sur l'emploi des saisonniers agricoles dans les Bouches-du-Rhône* » et portant le n° 2001-118 , leur rapport est accablant sur les pratiques administratives d'introduction et d'affectation de la main d'œuvre saisonnière, dont ils dénoncent le détournement de destination vers les besoins de main d'œuvre permanente.

On trouvera en annexe A la reproduction de ce rapport précédée d'une page d'extraits particulièrement significatifs pour le propos de ce document.

2.2.2. La position du syndicat CFDT

Les organisations professionnelles et les syndicats sont régulièrement consultés pour avis sur le projet d'arrêté préfectoral annuel.

En réponse, la CFDT fait part avec une rare constance de son opposition au caractère systématique des dérogations accordées et dénonce le fait qu'elles permettent une substitution croissante de travailleurs saisonniers à la main d'œuvre permanente des exploitations.

On trouvera en annexe B des extraits des correspondances adressées par ce syndicat aux administrations concernées.

2.2.3. Une décision du tribunal administratif de Marseille

Saisi en référé sur le refus de délivrer une carte de résident à un travailleur saisonnier, le tribunal administratif de Marseille a rendu, le 12 septembre 2006, l'ordonnance suivante (PJ 5) :

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés et non discutées par le préfet des Bouches-du-Rhône que M. AIT BALOUA a, de la saison 1983-1984 à la saison 2004-2005, été employé sur la même exploitation agricole sous couvert de contrats d'introduction de travailleur saisonnier tels que prévus par les dispositions précitées du code du travail d'une durée initiale de quatre mois ; que, toutefois, ces contrats ont été constamment et de manière régulière portés à huit mois en application des mêmes dispositions du code du travail qui n'ouvrent pourtant cette possibilité qu'à titre exceptionnel et conditionnel ; qu'au vu de tels faits et en l'état de l'instruction doit être admis, pour l'application de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers, l'argument selon lequel M. AIT BALOUA occupait en fait un emploi permanent de la dite exploitation et que son séjour régulier au Maroc chaque année pour quatre mois, du mois d'avril au mois de juillet, n'était que la conséquence obligée de l'apparence juridique que son employeur et l'administration avaient entendu donner à son embauche et à son séjour sur le territoire français ; qu'il s'en suit que les moyens tirés de ce que la décision refusant de lui délivrer une carte de résident est illégale comme entachée d'une erreur dans la qualification juridique des faits dès lors que le préfet a analysé la situation du

requérant comme étant celle d'un travailleur saisonnier alors qu'il était en réalité un travailleur permanent car occupant un emploi permanent et comme violant les dispositions de l'article L 314-11-10° du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dès lors qu'il remplit les conditions pour obtenir la carte de résident qu'elles prévoient, ayant été plus de dix ans en situation régulière en France, le caractère discontinu de son séjour ne pouvant lui être opposé, paraissent propres à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de cette décision ainsi que celle rejetant son recours gracieux ; que ces décisions ayant pour effet d'interdire à M. AIT BALOUA qui travaille régulièrement en France depuis 23 ans d'honorer des promesses d'embauche ou de bénéficier d'allocations compensatrices et de le mettre avec sa famille dans une situation d'extrême précarité, l'urgence justifie que leur exécution soit suspendue jusqu'à ce qu'il soit statué sur le recours en annulation ; »

Cette ordonnance a été confirmée le 8 février 2007 par la décision définitive du tribunal administratif (PJ 5):

Considérant [...] que M. AÏT BALOUA a, de la saison 1983-1984 à la saison 2004-2005, été employé sur la même exploitation agricole sous couvert de contrats d'introduction de travailleur saisonnier tels que prévus par les dispositions [...] du code du travail d'une durée initiale de quatre mois ; que, toutefois, ces contrats ont été constamment et de manière régulière portés à huit mois en application des mêmes dispositions du code du travail qui n'ouvrent pourtant cette possibilité qu'à titre exceptionnel et conditionnel ; que dans ces circonstances, si M. AÏT BALOUA était forcé de rentrer au Maroc chaque année, durant 22 ans, pour quatre mois, ce n'était que pour respecter l'apparence juridique que son employeur et l'administration avaient entendu donner à son embauche et à son séjour sur le territoire français : qu'ainsi, M. AÏT BALOUA doit être regardé comme résidant en France en situation régulière, et à titre habituel, depuis plus de dix ans [...]

Ces décisions n'appellent aucun commentaire particulier, elles sont la consécration encore fragile du combat mené par certains des travailleurs saisonniers dans les Bouches-du-Rhône pour la reconnaissance de leur statut réel de travailleur à titre permanent.

2.2.4. Contradictions avec la politique publique en matière de recours au CDD et de lutte contre la précarité

Le recours à un contrat saisonnier de type « OMI »⁵ dans la situation des SLD contribue à rendre inopérante dans l'agriculture des Bouches-du-Rhône la politique publique en matière de CDD, rappelée dans la circulaire du 30 octobre 1990 , à savoir que « **les conditions de recours au contrat de travail à durée déterminée et à l'intérim, qui sont des formes d'emploi nécessaires pour faire face à des situations particulières, qu'il s'agisse des absences, des surcroûts momentanés d'activité ou bien encore des travaux**

⁵ Sous cette dénomination, ou encore « contrat OMI », on désigne un contrat de travail conclu dans le cadre de l'article R 341-7-2 car la procédure d'introduction de main d'œuvre étrangère saisonnière prévoit l'intervention de l'OMI (aujourd'hui ANAEM), notamment pour la visite médicale et l'organisation du voyage.

Bien que consacrée par l'usage, cette appellation est regrettable car elle suggère un contrat de travail spécifique au regard du CT alors qu'il s'agit de CDD.

Par extension, on dénomme « saisonnier OMI » voire « OMI » un travailleur étranger titulaire d'un tel contrat.

temporaires par nature, devraient être mieux définies afin que soit affirmée plus clairement la vocation subsidiaire de ces formes d'emploi. »

« Comme l'affirment solennellement tant le préambule de l'accord [des partenaires sociaux] du 24 mars 1990 relatif [aux contrats de travail à durée déterminée et au travail temporaire] que l'article 1^{er} de la loi n° 90-613 du 12 juillet 1990, le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale du contrat de travail. »

« Les dispositions de la loi qui précisent les cas et les conditions dans lesquels il peut être recouru au contrat à durée déterminée et au travail temporaire doivent avoir pour effet, aux termes de son article 1^{er} « de faire reculer la proportion d'emplois précaires en facilitant leur transformation en emplois stables, sous contrat à durée indéterminée, et en favorisant l'infléchissement des comportements de gestion vers des pratiques d'adaptation interne fondées sur l'aménagement négocié de l'organisation du travail ».

Cette position de principe a été constamment rappelée par les organisations syndicales (cf. 2.2.2).

2.3 L'alternative

L'administration ne saurait justifier ses manquements par une quelconque contrainte de nécessité due à l'absence d'outils et de procédures appropriés.

En effet, la réglementation existante permet tout à fait de concevoir une politique d'introduction de travailleurs agricoles étrangers conforme tant aux besoins observés dans l'agriculture du département, à leur statut réel de travailleur permanent, qu'aux préconisations officielles en matière de lutte contre les formes précaires de CDD.

Cette autre politique aurait permis de régler un ensemble de dysfonctionnements dénoncés dans le rapport 2001-118 et par la CFDT en mettant en œuvre leurs recommandations.

Elle aurait eu aussi pour conséquence, comme il va être développé maintenant, l'application en faveur des travailleurs sous contrats « OMI » des droits de tout travailleur migrant à titre permanent après un certain nombre d'années de travail en France.

2.3.1. Une acception stricte du statut de travailleur saisonnier

Il convient de rappeler que le fait d'affecter un travailleur étranger à des travaux de type saisonnier est une condition nécessaire mais pas suffisante pour définir juridiquement son statut comme étant celui d'un travailleur étranger saisonnier, c'est à dire contraint par la réglementation de rentrer dans son pays à la fin de son contrat.

La première condition qui définit ce statut est, avant toute chose, la stricte limite de 6 mois à la durée de son ou ses contrats. Cette règle est très explicitement posée à deux reprises par l'article R 341-7-2.

Aussi, même lorsque un travailleur étranger est introduit en France sur la base d'un contrat de travail saisonnier peu contestable en droit du travail (comme dans l'exemple de M. Stiouat El Barakah, cf.§4.3), le fait de prolonger son contrat à 8 mois pendant 10, 20 ou 30 ans consécutifs pose bien évidemment la conformité de son statut de travailleur étranger saisonnier avec les règles de l'article R 341-7-2 du code du travail.

Il est d'ailleurs important de préciser que de nombreux travailleurs marocains en possession d'une carte de séjour renouvelable ou d'une carte de résident exercent la profession d'ouvrier agricole dans les mêmes conditions que les saisonniers « OMI ». Ce n'est donc pas tant la profession exercée qui définit le statut du travailleur étranger, que les conditions de l'autorisation de son exercice en France.

2.3.2. Le recours à la réglementation générale sur la main d'œuvre étrangère

Une lecture attentive du chapitre du Code du travail consacré aux « *Dispositions spéciales à la main d'œuvre étrangère* » (articles R 341-1 à R 341-8) montre que la réglementation applicable en ce qui concerne l'introduction de saisonniers dont les contrats dépassent systématiquement 6 mois devrait relever en fait de l'article R 341-1 du Code du Travail.

Au terme de celui-ci, il pourrait leur être délivré une autorisation de travail limitée « *à une seule activité professionnelle* » et « *dans un seul département* ».

L'article R 341-3 précise que l'étranger ne peut présenter sa première demande que s'il y joint un contrat de travail. De plus, ces autorisations de travail sont conditionnées à « *la situation de l'emploi présente et à venir dans la profession demandée par le travailleur étranger et dans la zone géographique où il compte exercer sa profession.* » (article R 341-4)

Aussi, le recours à l'article R 341-1 ne remettrait pas en question le contrôle souverain de l'administration sur la destination de la main d'œuvre étrangère ainsi introduite. En effet, celle-ci conserverait la possibilité de limiter le renouvellement de l'autorisation de travail au seul secteur agricole et dans le seul département des Bouches-du-Rhône.

Eventuellement, l'administration pourrait aussi avoir recours à l'article R 341-7, afin d'accorder une « *autorisation provisoire de travail chez un employeur déterminé* » pour exercer « *une activité présentant par sa nature ou les circonstances de son exercice un caractère temporaire* ». ⁶

2.3.3. ...et ses conséquences

Les effets juridiques sur le statut des travailleurs saisonniers seraient alors évidemment tout autres.

⁶ C'est le cas en particulier de bergers marocains introduits en Corse

En effet, l'article R 341-2 du Code du travail précise que « *l'autorisation de travail est constituée par la mention « salarié » apposée sur la carte de séjour ou par la carte de résident en cours de validité* », étant précisé que la carte de séjour visée renvoie à l'article L 313-10 du CESEDA.

Ensuite l'article R 341-3-1 précise que « *si l'étranger est involontairement privé d'emploi à la date de la demande de renouvellement de l'autorisation de travail constituée par la mention « salarié » apposée sur la carte de séjour temporaire, la validité de celle-ci est prolongée d'un an.* »

Enfin, l'article R 341-4 précise que « *la situation de l'emploi n'est pas opposable à certaines catégories de travailleurs déterminées en fonction (...), de l'ancienneté de leur séjour en France.* » Ce qui est la traduction exacte de certaines recommandations de l'Organisation Internationale du Travail adoptées pour définir dans quelle direction doivent être appliquées un certain nombre de convention internationales sur les travailleurs migrants (cf. Annexe R, Références juridiques, R 1.2 Les recommandations internationales).

Ainsi, si les règles étaient respectées, l'ancienneté d'un ouvrier agricole SLD se traduirait après un certain nombre d'années de travail en France, par la levée de toutes les restrictions posées à l'exercice de son activité professionnelle.

2.3.4. Le contrat de travail intermittent, forme appropriée aux salariés agricoles permanents employés de façon discontinue

En effet, à l'instar du travail saisonnier, cette forme de contrat de travail concerne des activités qui comporte une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées, mais qui ne sont pas strictement saisonnières (articles L 212-4-12 à L 212-4-15 du Code du Travail).

Il fait obligatoirement l'objet d'un CDI, ce qui exclut d'avoir recours à de la main d'œuvre étrangère saisonnière.

3. Les ruptures de l'égalité de traitement

3.3.1. Catégorie de personnes concernées

Un principe général relatif à la discrimination pose que la ou les distinctions juridiques opérées par un Etat souverain entre nationaux et non-nationaux ne constituent pas en tant que telles une discrimination.

Par extension, la distinction entre différentes catégories de non nationaux, notamment entre communautaires et non communautaires s'accompagne de différences de droits qui ne sauraient s'analyser comme résultant d'une discrimination, même indirecte.

Compte tenu des nationalités majoritaires des saisonniers (Marocains et Tunisiens), c'est au regard de l'ensemble des travailleurs étrangers non communautaires qu'il convient d'examiner les différences de traitement qui affectent certains saisonniers.

Par ailleurs, la circonstance que les travailleurs saisonniers étrangers ne soient autorisés à travailler que 6 mois par an, avec l'obligation de rentrer dans leur pays d'origine à la fin de leur contrat et sous couvert de titres de séjour non renouvelables, ressort également de distinctions juridiques légitimes dans le cadre de la politique migratoire de la France. Il ne semble donc pas y avoir discrimination, malgré l'injustice sociale faite à tous les travailleurs saisonniers.

Mais, dès lors qu'il est admis que certains travailleurs saisonniers étrangers sont en réalité des travailleurs à titre permanent, il convient d'examiner si leur maintien abusif dans le statut de saisonniers n'a pas pour effet d'établir une différence de traitement illégitime vis à vis des autres de travailleurs permanents non communautaires.

Parmi les deux types d'abus exposés plus haut (§ 2.1), on ne retiendra ici que celui découlant de l'extension systématique des contrats au delà de 6 mois. Par conséquent, c'est la seule population des SLD qui est en cause ; dans les Bouches-du-Rhône, elle compte plus d'un millier de personnes.

3.3.2. Différences de traitement observées entre les SLD et les autres travailleurs étrangers non communautaires autorisés à travailler à titre permanent en France

a) Leur accès à l'emploi est strictement limité à un seul employeur. Dès lors que l'autorisation administrative est automatiquement renouvelée pour les contrats anciens (cf. rapport 2001-118, p. 13), les critères de sélection et de recrutement des ouvriers sont laissés à l'entière appréciation de leur employeur, fondée naturellement sur la docilité et la rentabilité de sa main d'œuvre. Le mérite qui dans tout autre statut professionnel est un facteur de promotion devient ici un facteur de sélection et de subordination au profit exclusif de l'employeur. (cf. Alain Morice, Migrations Société sept. Oct. 2006, p.219, op. cité).

b) L'efficacité et la qualification acquise par les ouvriers avec leur ancienneté ne se traduit que rarement par une meilleure rémunération. Ils sont maintenus abusivement toute leur vie au rang de manœuvre, soit le niveau le plus bas prévue par leur convention collective, et donc payés au niveau de rémunération minimum, le SMIC. La prime d'ancienneté prévue par la convention collective après 36 mois de travail n'est que très rarement payée par les employeurs.

c) Les ouvriers saisonniers sont aussi dans l'impossibilité totale d'accéder à tout type de formation, de perfectionnement ou de reconversion professionnelle, pour la double raison qu'ils sont tenus de retourner dans leur pays à l'issue de leur contrat et interdits de s'inscrire à l'ANPE. Quand exceptionnellement un saisonnier OMI dépose un dossier au Fafsea (Fonds national d'assurance formation des salariés des exploitations et entreprises agricoles), celui-ci est refusé du fait de leur statut.

d) Ils ne peuvent bien sûr pas prétendre au regroupement familial alors que leur principal lieu de vie et leur unique lieu de travail se trouve en France, et sont donc contraints la majeure partie de leur vie de vivre éloignés de leur famille.

Ils ne peuvent que rarement accéder à un logement décent. De plus la plupart vivent les deux tiers de l'année en hébergement collectif, dans certains bâtiments très sommairement aménagés de la ferme de leur employeur.

e) Pendant leurs mois de congés, ils ne peuvent accéder au système de santé français, alors qu'ils y cotisent au même titre que les autres travailleurs en France. Le remboursement de leurs soins au Maroc est possible théoriquement par la Mutualité Sociale Agricole, MSA, mais se révèle en pratique inappliqué. En cas d'accident du travail qui se prolonge après la fin de leur contrat, ils se retrouvent en situation irrégulière et mettent souvent des mois à obtenir une autorisation provisoire de séjour (APS) sur la base de l'article L 313-11, 12°.

f) Ils ne peuvent bénéficier des allocations compensatrices de chômage au même titre que les autres travailleurs saisonniers.

g) Ils ne sont pas traités de manière égale en matière de recours en justice (cf. article 6, d. de la convention n° 97 de l'OIT). Le droit d'être présent à leur procès ne les protège pas contre une mesure d'éloignement et ne leur garantit pas l'obtention d'un visa.

De surcroît, la plupart des procédures engagées par ces ouvriers concerne des conflits du travail. Quelle qu'en soit l'issue, le recours à la Justice contre leur employeur condamne les plaignants à ne plus jamais retrouver le droit de séjourner et de travailler en France : leur employeur ne les réembauchera évidemment pas et l'effet de « liste noire »⁷ leur ferme toute possibilité d'embauche chez des employeurs du département.

⁷ Même sans action en justice, la simple revendication stigmatise les salariés. La grève de l'été 2005 sur l'exploitation du plus gros employeur de saisonniers OMI dans les BdR illustre ce phénomène. 240 ouvriers avaient cessé le travail afin de réclamer le paiement d'heures supplémentaires non perçues depuis deux ans. En une semaine, le préfet engagera les moyens de l'Etat pour reloger les ouvriers convenablement et s'assurer que l'employeur payera ses dettes. Il leur promet une garantie d'embauche pour la saison prochaine : « suspension de toute embauche de primo-migrants dans le département en 2006 tant que les actuels employés de la SEDAC

h) La dernière conséquence majeure de leur statut est leur situation par rapport à la retraite. Bien qu'ayant cotisé pendant 25 ou 30 ans comme n'importe quel travailleur à titre permanent, aucun n'atteint jamais 42 ans de cotisation. Si bien qu'à 60 ans, souvent plusieurs années après leur dernier contrat, ils ne peuvent compter que sur une retraite à moitié taux et sur une base de calcul telle que dans le meilleur des cas elle ne dépassera jamais 100 euros par mois.

3.3.3. Une discrimination indirecte

On a vu que s'il existe une rupture de l'égalité de traitement entre différentes catégories de travailleurs étrangers, elle ne repose directement ni sur le critère de nationalité ni sur les dispositions réglementant le travail et le séjour des étrangers. S'il s'agit de discrimination indirecte, on se réfère à la conception élaborée par la CJCE selon laquelle la discrimination indirecte ou déguisée existe dès lors « *qu'une disposition, un critère, ou un pratique apparemment neutre affecte [a pour simple effet sans pour avoir intention d'affecter] une proportion plus élevée* » de personnes d'une catégorie que de l'autre (CJCE, 4^e ch., 21 sept 2000, aff. C- 124/99, Borawitz Carl c/ Landesversicherungsanstalt Wesfalen).

Il apparaît que l'origine de la discrimination se trouve dans la pratique de l'administration consistant à prolonger systématiquement les autorisations de travail des saisonniers au delà de 6 mois en parfaite contradiction avec le cadre réglementaire posé par l'article R 341-7-2.

n'auront pas retrouvé un emploi saisonnier ». Mais l'année suivante, l'exploitation avait déposé le bilan. Sur les 240 saisonniers, 5 ont été repris alors qu'ils étaient tous prioritaires et que plus de 300 demandes d'introduction avaient été déposées par d'autres exploitants. Ces derniers ont préféré se priver de main d'œuvre qu'embaucher des grévistes.

4. Quatre dossiers exemplaires

4.1. Baloua Aït Baloua

Monsieur Aït Baloua a travaillé pendant 23 ans en qualité d'ouvrier agricole sur une même exploitation, un verger de pommiers situé à Charleval.

Chaque année, au début du mois d'août, il était recruté en compagnie de 35 autres saisonniers avec des contrats de travail identiques au sien, pour une durée officielle de 4 mois. Alors que ceux-ci étaient employés à la cueillette des pommes, M. Aït Baloua était affecté à la gestion des expéditions. Ses responsabilités étaient celles d'un ouvrier hautement qualifié, bien qu'il ait été maintenu abusivement au rang de manœuvre pendant 23 ans.

La cueillette ne dure qu'à peine 3 mois en réalité. Ainsi, vers mi-octobre, la saison sitôt terminée, tous les contrats étaient unilatéralement rompus avant leur terme, à l'exception de celui de M. Aït Baloua qui restait sur l'exploitation jusqu'à la fin du mois de mars. En effet, à compter de 1984, tous ses contrats de travail ont été prolongés à 8 mois.

Monsieur Aït Baloua rejoignait alors les ouvriers permanents du domaine, employés eux en CDI, et était affecté à leur côté à des travaux tout autres que celles des premières semaines de son contrat, notamment de bricolage et de taille des pommiers.

A partir de 1986, il a noté toutes ses heures de travail sur des cahiers qu'il a soigneusement conservés. Ces documents révèlent les graves infractions à la législation du travail commises par son employeur, qu'il s'agisse de l'inadéquation de son salaire aux revenus légaux, à l'absence de rémunération des très nombreuses heures supplémentaires qu'il a effectuées ou encore au non respect des limites hebdomadaires maximales de la durée de travail.

En effet, entre 1986 à 2005, il a fourni 29 998 heures de travail, soit 95% des 31 500 heures d'un salarié travaillant à temps plein selon l'horaire standard (39 heures/semaine jusqu'au 31 décembre 2001, 35 heures/semaines depuis le 1^{er} janvier 2002). Une procédure est actuellement pendante devant le Conseil de Prud'hommes d'Aix-en-Provence afin d'obtenir la requalification de ses contrats saisonniers en contrats de travail à durée indéterminée, la régularisation de sa rémunération et le versement de dommages et intérêts pour les préjudices subis. Une plainte a par ailleurs été déposée au pénal sur le grief d'abus de personne vulnérable et dépendante aux fins d'exploitation par le travail (art. 225-13 du Code pénal).

En mars 2005, après avoir appris la vente du domaine et qu'il ne serait pas repris par le nouvel exploitant l'année d'après, M. Aït Baloua a demandé une carte de résident. En septembre 2006, le TA de Marseille, saisi en référé, a suspendu la décision de refus de la préfecture, décision confirmée en février 2007 (cf. 2.2.3. Une décision du tribunal administratif de Marseille), reconnaissant ainsi son statut de travailleur à titre permanent.

4.2. Stiouat El Barakah

Ouvrier agricole dans le département des Bouches-du-Rhône depuis 1982, il a bénéficié jusqu'en 2004 de 23 contrats saisonniers de type « OMI », dont 21 chez le même employeur, exploitant de tomates sous serre.

La plupart de ces contrats, signés pour une durée initiale de 6 mois, ont été prolongés à 8 mois (PJ 6, tableau récapitulatif ci-joint). En particulier, à partir de 1990, et hormis 1995, ses contrats ont été systématiquement prolongés. En outre, ses fiches de salaire révèlent qu'en 1982, 83, 84, 93, 95, 96 et 2001, la durée de travail effectif a dépassé 8 mois.

Victime d'un accident du travail en août 2004, il est resté sur le territoire français à l'issue de son dernier de contrat de travail et a été indemnisé par la Mutualité Sociale Agricole jusqu'en février 2005.

Ayant entamé une procédure aux Prud'hommes, il a sollicité une autorisation provisoire de séjour qui lui a été accordée pour 3 mois le 2 août 2005 mais n'a pas été renouvelée depuis, malgré ses demandes répétées.

Finalement, début novembre 2006, il a demandé la délivrance d'une carte de séjour d'un an sur la base de l'article L 313-14 du Ceseda au terme duquel « *la carte de séjour temporaire peut-être délivrée (...), à l'étranger dont l'admission au séjour (...) répond à des considérations humanitaires ou se justifie au regard des motifs exceptionnels qu'il fait valoir, sans que lui soit opposable la condition prévue à l'article L 311-7.* ».

4.3. Mimoun Oukili

Depuis 1981, M. Oukili exerce la profession d'ouvrier agricole chez différents exploitants du département des Bouches-du-Rhône, introduit en qualité de travailleur étranger saisonnier sous contrat de type « OMI ».

La plupart de ces de ces contrats ont été prolongés à 8 mois (PJ 7, tableau récapitulatif., et PJ 8, copie des contrats de travail)

De plus, à trois reprises (1987, 1988 et 1998), il a bénéficié de contrats d'une durée totale de plus de 6 mois chez deux employeurs différents, en contradiction totale avec les stipulations de l'article R 341-7-2. Enfin, il exerçait des travaux liés à des cycles de production agricole couvrant des saisons distinctes. Chez Christian Rioussset, il s'occupait des cultures de tomates et d'aubergines, chez JF Guillot de melons, courgettes et tomates, chez JP Marie de basilic, menthe, persil, coriandre et verveine.

M. Oukili totalise près de 182 mois de travail régulier dans l'agriculture, soit plus de 15 ans au cours des 25 dernières années.

Le 5 septembre 2006, soit un mois avant la fin de son dernier contrat en cours, estimant que son statut réel est celui d'un travailleur à titre permanent, M. Oukili a sollicité le renouvellement de son autorisation de travail à la DDTEFP,

conformément aux dispositions de l'article R 341-3-1 du Code du travail. Bien qu'il ne soit pas formellement tenu de le faire, il y a joint une promesse d'embauche de son actuel employeur, l'EARL Alpilles Primeurs, qui se déclarait prête à l'embaucher de manière permanente à compter du 9 octobre 2006.

Le 20 novembre 2006, la DDTEFP lui a adressé un refus rédigé en ces termes (PJ 9):

« Vous dites avoir travaillé en France depuis 1981 et ce, en tant que saisonnier agricole, et vous voudriez devenir un travailleur permanent en France. Il s'agit alors de la procédure d'introduction, procédure qui doit être mise en place par l'employeur et non par vous. Avant de demander à introduire de la main d'œuvre étrangère, tout employeur doit d'abord rechercher à recruter au niveau local car on oppose la situation de l'emploi : c'est cette procédure qui devra être respectée, nous ne pouvons donc traiter directement avec vous. »

M. Oukili s'apprête à déposer un recours au TA de Marseille contre cette décision.

4.4. Mohamed Najahi

M. Najahi a été employé comme ouvrier agricole avec contrats OMI de 1981 à 2005 dans les serres de la SARL Coulomb à Vitrolles. Cette exploitation a déposé le bilan en décembre 2005.

Victime d'un accident du travail le 29 octobre 2005, il a bénéficié en raison de son état de santé d'une APS valable jusqu'en juillet 2006.

En août 2006, il a présenté une demande de carte de résident à la Préfecture des Bouches-du-Rhône.

Pendant toutes ses années de travail en France, il a travaillé 8 mois à temps plein, soit le maximum autorisé par l'article R 341-7-2 du code du travail. Pourtant, hormis entre 1982 et 1984, ses contrats ont été conclu soit pour 4 mois (en 1981, 1998 et 1999), soit pour 6 mois (toutes les autres années). Tous ont été prolongés en vertu d'une autorisation accordée systématiquement par la DDTEFP. Au total, il totalise 190 mois de travail en France en 16 ans de séjour régulier.

L'exploitation sur laquelle il travaillait, bien que maraîchère, n'a plus aucune activité saisonnière depuis 1990, quand elle s'est mise à produire des radis toute l'année, outre des oignons de juin à octobre et un peu de carottes de juin à décembre. Avant 1990, l'exploitation produisait des salades, des choux (verts, rouges, fleurs et frisés), des pommes de terre et des oignons. En tout état de cause, il ne travaillait pas directement à la production maraîchère, mais dans un hangar au chargement et aux expéditions. Ainsi, depuis de nombreuses années, son travail n'avait plus rien de saisonnier.

Il est un des très rares ouvriers auquel la Préfecture a accédé à sa demande de carte de séjour, mais pour un an seulement.

5. Restauration de l'égalité de traitement

La reconnaissance du statut de travailleurs à titre permanent des SLD devrait se traduire par la levée progressive des restrictions dont ils font l'objet en matière d'autorisations de travail et de séjour. En particulier, la recommandation n° 86 de l'OIT, qui estime que 5 ans constitue un délai raisonnable en ce domaine, devrait trouver à se traduire par voie de décret, ou à tout le moins de circulaire, dans la réglementation française, ceci afin de limiter le recours au contentieux des saisonniers qui essaient de faire valoir leurs droits de travailleurs permanents.

L'exemple de M. Aït Baloua illustre la fragilité d'un combat qui a pourtant valeur de référence pour environ un millier de saisonniers dans la même situation que lui.

Cet ouvrier cumulait près de 15 ans de séjour régulier en 23 années de travail. Pour faire valoir son droit à une carte de résident, il s'est appuyé sur les dispositions de l'article L 314-11, 10° du CESEDA, abrogé par la loi du 24 juillet 2006, qui prévoyait sa délivrance de plein droit aux étrangers en situation régulière depuis plus de 10 ans. Le Conseil d'Etat a jusqu'à aujourd'hui donné une interprétation restrictive de cette règle en précisant que le séjour devait être continu. La décision du TA de Marseille (cf. 2.2.3) constitue donc une inflexion importante de la jurisprudence.

M. Aït Baloua est cependant le seul ouvrier connu du CODETRAS qui a pu se prévaloir de ces dispositions avant leur abrogation.

La porte reste ouverte aux saisonniers tunisiens qui peuvent encore invoquer les dispositions de l'article 10, f de l'accord franco-tunisien du 17 mars 1988, rédigé en termes identiques à l'ancien article L 314-11, 10°⁸. Mais ces derniers constituent une minorité des SLD.

8 De plus en ce qui concerne les Tunisiens, l'article 10 g) de l'accord qui précise que la carte de résident est délivrée de plein droit « au ressortissant tunisien titulaire d'un titre de séjour d'un an délivré en application des articles 5, 7 ter, ou 7 quater, qui justifie de cinq années de résidence régulière ininterrompue en France » pourrait conférer un caractère relatif à la règle non écrite de la continuité des 10 ans de séjour régulier de l'alinéa f).

Pour les autres, il reste encore deux possibilités.

Pour les SLD en cours de contrat, ils peuvent demander à la DDTEFP le renouvellement de leur autorisation de travail sur la base de l'article R 341-3-1 du code du travail, à condition de le faire entre le troisième et le deuxième mois précédant la date d'expiration de leur titre de travail (cf. 2.3.3)⁹, et demander parallèlement à la Préfecture la délivrance d'une carte de séjour d'un an.

Pour les SLD qui se sont maintenus en situation irrégulière sur le territoire à l'issue de leur dernier contrat de travail, ils peuvent demander la délivrance d'une carte de séjour temporaire sur la base de l'article L 313-14 nouveau du CESEDA, en invoquant les motifs exceptionnels les concernant¹⁰. La commission nationale de l'admission exceptionnelle au séjour prévue par cet article pourrait rendre un avis positif en ce qui les concerne.

9 Art. R. 341-3-1.- Le travailleur titulaire d'une autorisation venant à expiration peut en demander le renouvellement.

Sauf s'il se trouve involontairement privé d'emploi et en dehors du cas du renouvellement de plein droit de la carte de résident prévu à l'article 16 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'étranger doit joindre à sa demande de renouvellement soit un contrat, soit une promesse de contrat de travail précisant la profession, le salaire offert, la durée hebdomadaire du travail et le lieu effectif d'emploi.

Si l'étranger est involontairement privé d'emploi à la date de la demande de renouvellement de l'autorisation de travail constituée par la mention « salarié » apposée sur la carte de séjour temporaire, la validité de celle-ci est prolongée d'un an.

Si, à l'issue de cette prolongation, l'étranger est toujours privé d'emploi, il est statué sur sa demande de renouvellement compte tenu de ses droits au regard des régimes d'indemnisation des travailleurs involontairement privés d'emploi.

Les demandes de renouvellement doivent être présentées au service compétent au cours du troisième et au plus tard du deuxième mois précédant la date d'expiration du titre de travail.

10 Art. L. 313-14.- (L. no 2006-911, 24 juill. 2006, art. 32) - La carte de séjour temporaire mentionnée à l'article L. 313-11 peut être délivrée, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, à l'étranger ne vivant pas en état de polygamie dont l'admission au séjour répond à des considérations humanitaires ou se justifie au regard des motifs exceptionnels qu'il fait valoir, sans que soit opposable la condition prévue à l'article L. 311-7.

La Commission nationale de l'admission exceptionnelle au séjour exprime un avis sur les critères d'admission exceptionnelle au séjour mentionnés au premier alinéa.

Cette commission présente chaque année un rapport évaluant les conditions d'application en France de l'admission exceptionnelle au séjour. Ce rapport est annexé au rapport mentionné à l'article L. 111-10.

L'autorité administrative est tenue de soumettre pour avis à la commission mentionnée à l'article L. 312-1 la demande d'admission exceptionnelle au séjour formée par l'étranger qui justifie par tout moyen résider en France habituellement depuis plus de dix ans.

Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités d'application du présent article et en particulier la composition de la commission, ses modalités de fonctionnement ainsi que les conditions dans lesquelles le ministre de l'intérieur, saisi d'un recours hiérarchique contre un refus d'admission exceptionnelle au séjour, peut prendre l'avis de la commission.

Annexe A : le rapport 2001-118

Quelques extraits

Page 13 : *«Le dispositif des Bouches-du-Rhône définit un double régime pour les introductions :*

L'automatisme pour le renouvellement des introductions déjà réalisées au profit de saisonniers ayant participé à deux campagnes dans le département au cours des trois dernières années ;

L'examen au cas par cas pour toute autre demande d'introduction, obligatoirement précédée d'un dépôt de l'offre correspondante à l'ANPE »

Page 19 : *« l'usage des saisonniers OMI, dans les Bouches-du-Rhône, déborde largement le cadre habituel quant aux durées des contrats, aux types d'exploitations en bénéficiant, aux secteurs de production concernés, aux tâches accomplies, voire aux métiers exercés. »*

Page 18 : *« Seuls les contrats très courts, inférieurs à 20 jours », concerneraient « les vrais occasionnels. Il s'agit des vendangeurs et des personnes recrutées très temporairement pour faire face à des pointes de travail : s'ils représentent plus de la moitié des emplois saisonniers en France entière, ils ne sont pas 5% dans les Bouches-du-Rhône. »*

(...)

« Les contrats « courts », de moins de 4 mois, ne concernent pas non plus l'essentiel des saisonniers OMI (dont les contrats sont au minimum de 4 mois en ce qui concerne les Marocains). Il s'agit des emplois saisonniers typiques de l'arboriculture de mai/juin à septembre/octobre ;(...). Au plan national, leur nombre représente les deux tiers du nombre de saisonniers de plus de 20 jours. Mais cette proportion est inférieure à la moitié dans les Bouches-du-Rhône : les arboriculteurs, notamment, y utilisent à fond la ressource OMI dont les contrats sont généralement supérieurs à 4 mois. »

(...)

Quant aux saisonniers OMI, « sous contrats « longs », de 4 à 8 mois, beaucoup [...] auraient bénéficié de CDI en d'autres temps. Relativement qualifiés, ils reviennent régulièrement dans les mêmes exploitations. On dit même de certains que ce sont les véritables chefs d'exploitation en remplacement d'un patron dégagé des tâches de production. On les trouve essentiellement chez les maraîchers, dans les serres dont les productions sont progressivement dessaisonnalisées, assurant par conséquent des tâches variées de plus en plus qualifiées. » (...)

Page 19 : *« Depuis fort longtemps, en revanche, les travaux lourds, ceux correspondant à des emplois quasi permanents, sont en quelque sorte réservés aux saisonniers « OMI » (...). »*

Page 20 : *« Ces tendances ne faiblissent pas, au contraire, si bien que tous secteurs agricoles confondus, le nombre des salariés permanents diminue dans les Bouches-du-Rhône, malgré l'extension globale de son verger et contrairement à ce que l'on constate au plan national. »*

Annexe B : une position syndicale constante

Le 27 février 1997, M. Rouve, secrétaire de la section agricole de la CFDT, informe le directeur adjoint de l'ITEPSA que son « *organisation a toujours préconisé de ne pas accorder de dérogation automatique à la durée maximale des contrats saisonniers d'introduction de main d'œuvre étrangère. Nous souhaitons favoriser ainsi l'emploi des salariés agricoles déjà disponibles dans notre département. Nous souhaitons également qu'une concertation plus approfondie puisse s'engager sur ce sujet de l'emploi en agriculture afin de prévoir les orientations nécessaires à une meilleure utilisation des ressources humaines dans ce secteur.* »

Le 9 février 1998, M. Rouve fait connaître que son « *syndicat est toujours opposé à la prolongation systématique des contrats d'introduction de main d'œuvre étrangère pour 2 motifs :*

Cette pratique retarde l'embauche de salariés en contrat CDI parmi les travailleurs actuellement disponibles en France.

Ces contrats établissent les salariés embauchés dans une situation précaire dont les évènements récents ont encore donné la preuve ».

Le 20 janvier 2000, M. Rouve rappelle que « *le maintien d'une telle mesure favorise la substitution par des CDD des embauches de salariés permanents* » et exprime ses « *plus extrêmes réserves vis à vis de l'introduction importante de main d'œuvre sous le statut précaire des contrats OMI.* »

Le 22 février 2001, M. Rouve fait savoir qu' « *au moment où les salariés français et étrangers en situation régulière sont régulièrement licenciés, on facilite leur remplacement par de la main d'œuvre moins qualifiée et plus dépendante. On défavorise tous les efforts faits pour former de la main d'œuvre qualifiée, pour la fidéliser, pour améliorer ses conditions de salaire et de travail, surtout dans la perspective de la mise en place des 35 heures. Sachant tous les abus auxquels donne lieu l'introduction de cette main d'œuvre, tant de la part de certains employeurs, que de la part d'intermédiaires peu scrupuleux, toutes les mesures qui tendent à favoriser ce système d'emploi ne peuvent que concourir à ancrer ces abus et à favoriser le maintien de contingents importants de travailleurs clandestins ou non déclarés* »

Le 18 mars 2002, M. Rouve écrit « *nous considérons que le recours à ces contrats doit être limité le plus possible et que notre département ne doit pas bénéficier des passe-droits à ce sujet. Nous considérons que le fait d'étendre jusqu'à 8 mois la durée de ces contrats, même si elle est limitée à une fraction de ces salariés, les transforme de fait en simili permanents alors qu'ils ne bénéficient d'aucun des avantages et d'aucune des garanties de stabilité du statut des CDI. Ils remplacent donc, à peu de frais les salariés permanents dans un certain nombre d'exploitations. Pour peu que l'extension de leur contrat ait un minimum de justification, il faudrait envisager de leur accorder des garanties d'embauches pour les années suivantes dont ils ne bénéficient pas actuellement. Dans l'état actuel des choses, et compte tenu de la pression exercée par les employeurs pour bénéficier de ce type de contrats, notre syndicat réitère son opposition à la mesure dont vous vous proposez de suggérer la reconduction à Monsieur le Préfet.* »

Le 30 mai 2003, M. Rouve répond à l'ITEPSA que « 2) Cette dérogation transforme ces travailleurs saisonniers en permanents déguisés dans la mesure où cette dérogation est accordée sans contrepartie : garantie de l'emploi – priorité d'embauche – reconnaissance des droits des permanents – formation qualifiante, etc... »

3) Tout l'ensemble de passe droits qui accompagne ces contrats est maintenu en place : travail dissimulé, horaires extensibles, conditions de logement et de sécurité précaires, abus de pouvoir et marchandages divers sur les salaires, les récupérations de redevances. »

Le 17 mars 2004, M. Rouve rappelle à nouveau que :

« Notre syndicat souhaite que le recours à ce type d'introduction « contrat OMI » soit limité aux maximum et pour tous les types de travaux cours, réellement saisonniers : maximum 6 mois. Nous sommes donc totalement opposés à la mesure préconisée dans votre courrier. Elle transforme ces contrats « saisonniers » en CDI déguisés.

S'il s'avérait nécessaire d'allonger jusqu'à 8 mois la durée de ces contrats, nous demandons qu'ils soient transformés en CDI intermittents, avec toutes les garanties liées à ce type de contrat : stabilité de l'emploi, reconduction automatique, protection contre le licenciement, le tout garanti par la délivrance d'une carte de séjour et de travail correspondante. »

Le 17 février 2005, inlassablement il rappelle que « les contrats d'introduction de main d'œuvre saisonnière tiennent une trop grande place dans l'emploi agricole du département. Ils tendent à remplacer souvent la main d'œuvre locale pour les emplois de longue durée. »

Le 9 novembre 2005, M. Rouve rappelle encore une fois la position de son syndicat : « Nous restons toujours opposés à la multiplication des introductions de main d'œuvre étrangère et à la prolongation de leurs contrats qui font d'eux des salariés à plein temps déguisés et sans protection légale de leurs droits. Aucun progrès n'apparaît dans votre proposition.

Une prolongation à 8 mois de la durée des contrats initiaux constitue une sorte de reconnaissance déguisée de cette situation. L'administration accède une fois de plus à la demande des employeurs, sans leur imposer de conclure un CDI à temps partiel avec toutes les garanties de stabilité que cela accorderait au salarié.

La promesse que cela leur permettrait d'offrir à la main d'œuvre locale des contrats de 8 mois plus incitatifs nous paraît utopique. Toutes les formes d'emploi saisonnier recherchées à ce jour par les employeurs évoluent vers des durées de plus en plus courtes. Demander 8 mois d'entrée c'est aller le plus souvent vers un refus d'embauche. »

Annexe C : références juridiques

R1.1 Le droit prohibant la discrimination ou le non respect de l'égalité de traitement dans les domaines intéressant les SLD

R1.1.1 La directive européenne 2000-43 du 29 juin 2000, transposée en droit français par la loi du 30 décembre 2004.

Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (mod. par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 (JO, 2 avr.))

TITRE II

MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE LES PERSONNES SANS DISTINCTION D'ORIGINE ETHNIQUE ET PORTANT TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE N° 2000/43/CE DU 29 JUIN 2000

Art. 19 - *En matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services, de fournitures de biens et services, d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, ainsi que d'accès à l'emploi, d'emploi et de travail indépendants ou non salariés, chacun a droit à un traitement égal, quelles que soient son origine nationale, son appartenance ou non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou une race.*

Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte en ces domaines établit devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le précédent alinéa ne s'applique pas devant les juridictions pénales.

R1.1.2 La convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965

L'article 1^{er} de cette convention des Nations Unies ratifiée par la France le 28 juillet 1971, pose un principe de non-discrimination raciale particulièrement large puisque est prohibée toute « *discrimination raciale* », c'est-à-dire :

« *toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur :*

— *la race ;*

— *la couleur ;*

— *l'ascendance ;*

— *l'origine nationale ou ethnique,*

lorsqu'elle a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique ».

Cette définition est d'autant plus large que cet article utilise l'expression « *qui a pour but ou pour effet* » pour caractériser les motifs de discrimination prohibée. Cela

signifie que si une disposition a « *pour but* » de créer une distinction illégitime, c'est-à-dire s'il y a une intentionnalité discriminatoire, elle sera prohibée quels qu'en soient les effets concrets. En outre, les termes de cette alternative permettent d'affirmer également que même en l'absence d'intention discriminante, le seul « effet », c'est-à-dire la simple constatation objective d'une différence de traitement prohibée, suffit à caractériser la discrimination.

R1.1.3 La Convention n° 111 de l'OIT, du 25 juin 1958 concernant la discrimination (emploi et profession)

Au terme de cette convention, la discrimination comprend :

« *toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession.* »

R1.1.4 La Convention européenne des droits de l'Homme

L'article 14 de la Convention, combiné à l'article 1 du Protocole n° 1 (P1-1), pourrait trouver à s'appliquer en ce qui concerne les SLD, notamment sur la question particulière du chômage.¹¹

Article. 14 : « Interdiction de discrimination »

« *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* »

(P1-1) :

« *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.*

¹¹ Au terme de l'arrêt Gayguzuz de la Cour européenne des droits de l'Homme, les prestations de chômage ne sont pas considérées comme un fond public, mais comme un bien privé ou patrimonial. Selon la CEDH, ce droit est lié au paiement de contributions à la caisse d'assurance chômage, condition préalable au versement des allocations chômage. Elle a donc estimé qu'il s'agit d'un droit patrimonial au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 (P1-1). De plus la Cour de Cassation a estimé dans un attendu de principe, « *qu'il résulte de la combinaison des articles 14 de la convention et 1^{er} du Protocole n° 1, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme, que les Etats signataires reconnaissent et assurent à toute personne relevant de leur juridiction la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, sans distinction aucune, fondée notamment sur l'origine nationale* ». Or le refus de verser une pension d'invalidité de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité (qui est une prestation sociale non contributive) en raison de la nationalité étrangère du requérant constitue une discrimination à raison de l'origine nationale dans la jouissance d'un « bien » au sens de l'article 1^{er} du premier protocole prohibée par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (Cass. Soc., 14 janv. 1999, Bozkurt : bull. civ. V, n° 24, D. 1999, p.438). Peu après le Conseil d'Etat a également adopté ce « mécanisme » dans un arrêt d'assemblée (CE, ass., 5 mars 1999, n° 194658, Rouquette : Rec. CE. 37). La Convention n° 44 de l'OIT sur le chômage a la même conception du droit au chômage.

Les dispositions précédentes (P1-1) ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

R1.1.5 La Convention n° 2 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) sur le chômage, du 28 novembre 1919

Ratifiée par la France le 25 août 1925, elle prévoit que

« les Membres de l'OIT qui ratifieront la présente convention, et qui ont établi un système d'assurance contre le chômage, devront, dans les conditions arrêtées d'un commun accord entre les Membres intéressés, prendre des arrangements permettant à des travailleurs ressortissant à l'un de ces Membres et travaillant sur le territoire d'un autre de recevoir des indemnités d'assurance égales à celles touchées par les travailleurs ressortissant à ce deuxième Membre. »

R1.1.6 La Convention n°44 de l'OIT sur le chômage, du 23 juin 1934

Cette convention, ratifiée par la France le 21 février 1949, article 1, que

« Tout Membre de l'Organisation internationale du Travail qui ratifie la présente convention s'engage à entretenir un système qui assure aux chômeurs involontaires visés par cette convention (...) une indemnité, c'est-à-dire une somme versée en raison de contributions payées du fait de l'emploi du bénéficiaire par affiliation à un système soit obligatoire, soit facultatif; ».

L'article 2 de précise qu'elle *« s'applique à toutes personnes habituellement employées en échange d'un salaire ou d'un traitement. »*

R1.1.6 La Convention Internationale du travail n° 97 concernant les travailleurs migrants, du 1^{er} juillet 1949

Cette convention, dont le décret n° 54-784 du 4 août 1954 porte publication, précise, article 6 :

Tout membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à appliquer, sans discrimination de nationalité, de race, de religion ni de sexe, aux immigrants qui se trouvent légalement dans les limites de son territoire, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants en ce qui concerne les matières suivantes :

a) dans la mesure où ces questions sont réglementées par la législation ou dépendent des autorités administratives :

la rémunération, y compris les allocations familiales lorsque ces allocations font partie de la rémunération, la durée du travail, les heures supplémentaires, les congés payés, etc.

(...) et la jouissance des avantages offerts par les conventions collectives
le logement

b) la sécurité sociale (à savoir les dispositions légales relatives aux accidents du travail, aux maladies professionnelles, à la maternité, à la vieillesse et au décès, au chômage et aux charges de famille, ainsi qu'à tout autre risque, qui conformément à la législation nationale, est couvert par un système de sécurité sociale), sous réserve :

des arrangements appropriés visant le maintien des droits acquis et des droits en cours d'acquisition ;

des dispositions particulières prescrites par la législation nationale du pays d'immigration et visant les prestations ou fractions de prestations payables exclusivement sur les fonds publics, ainsi que les allocations versées aux personnes qui ne réunissent pas les conditions de cotisation exigées pour l'attribution d'une pension normale.

(...)

les actions en justice concernant les questions mentionnées dans la présente convention

R1.2 Les recommandations internationales

R1.2.1 La Recommandation n° 86 sur les travailleurs migrants de l'OIT, du 01/07/1949, prise en application de la Convention n° 97

Elle préconise:

- *L'égalité de traitement entre travailleurs nationaux et étrangers telle qu'elle est définie à l'article 6 de la convention sur les travailleurs migrants, 1939, devrait être appliquée autant que possible à tous les étrangers.*

- *Les étrangers autorisés à séjourner en qualité de travailleurs dans un territoire et les membres de leurs familles autorisés à les accompagner ou à les rejoindre devraient, autant que possible, être admis à y occuper un emploi dans les mêmes conditions que les nationaux.*

- *Dans les pays où l'emploi des travailleurs étrangers est soumis à des restrictions, ces restrictions devraient, autant que possible (...) cesser d'être appliquées à l'égard des travailleurs dont le séjour régulier dans le pays se sera prolongé pendant une période dont la durée ne devrait pas, en principe, dépasser cinq ans;*

- *Lorsqu'un travailleur étranger a régulièrement immigré sur le territoire d'un Etat, ce dernier devrait s'abstenir autant que possible d'éloigner de son territoire ce travailleur et, le cas échéant, les membres de sa famille, pour des raisons tirées de l'insuffisance des ressources du travailleur ou de la situation du marché de l'emploi, à moins qu'un accord ne soit intervenu à cet effet entre cet Etat et le pays d'origine.*

- *L'Etat qui croit nécessaire, pour les raisons indiquées à l'alinéa précédent, d'éloigner de son territoire des travailleurs étrangers régulièrement immigrés et, le cas échéant, des membres de leurs familles devrait de toute manière:*

a) *tenir compte de la durée du séjour de ces travailleurs sur son territoire et n'éloigner en aucun cas ceux qui y séjournent depuis plus de cinq ans;*

b) *s'assurer que le travailleur a épuisé ses droits aux indemnités de l'assurance-chômage;*

R1.2.2 La Recommandation n° 111 prise en application de la Convention n° 111 de , l'OIT :

Elle recommande que :

- *tout individu devrait jouir, sans discrimination, de l'égalité de chances et de traitement en ce qui concerne (...) les conditions de travail, y compris la durée du travail, les périodes de repos,*

les congés annuels payés, les mesures de sécurité et d'hygiène du travail, ainsi que les mesures de sécurité sociale et les services sociaux et prestations sociales en rapport avec l'emploi.

(...)

- Tout Membre devrait abroger toute disposition législative et modifier toute disposition ou pratique administrative contraire à la politique de non-discrimination.

(...)

- En ce qui concerne les travailleurs immigrants de nationalité étrangère, ainsi que les membres de leur famille, il y aurait lieu de tenir compte des dispositions de la convention sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, qui visent l'égalité de traitement, et de celles de la recommandation sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, qui visent la suppression des restrictions à l'emploi.

R1.2.3 La recommandation n° 1618 (2003) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

Elle préconise :

« d'octroyer aux travailleurs migrants temporaires ou saisonniers acceptés en vertu des procédures susmentionnées un permis de travail leur donnant, parmi d'autres droits, pleinement accès à la sécurité sociale dans le pays d'accueil. Les permis de séjour pourraient être renouvelables ou à entrées multiples et ne devraient pas être liés à un seul employeur. La délivrance répétée de permis de travail saisonniers ou temporaires devrait conduire à l'acquisition progressive de droits pour le bénéficiaire, dont le droit à la résidence de longue durée,(...) »

R1.2.4 Eclairage du comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR) sur la notion d'origine nationale

La France a accepté la compétence de ce comité depuis le 16 août 1982 sur les questions relatives à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales du 21 novembre 1965.

Dans sa session de 2004, le CEDR a adopté une recommandation générale dans laquelle il recommande aux États parties de veiller à ce que les protections légales contre la discrimination raciale s'appliquent aux « *non-ressortissants* » indépendamment de leur statut quant à l'émigration et à ce que la mise en œuvre de la législation n'ait pas d'effet discriminatoire sur eux (Recomm. générale CEDR n° 30 relative à la discrimination contre les non-ressortissants, CEDR 2004).

Afin de supprimer les obstacles à l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels par les non-ressortissants, notamment dans les domaines de l'éducation du logement, de l'emploi et de la santé, il demande aux États de veiller en particulier à ce que :

« les politiques d'immigration ainsi que les mesures prises dans le cadre de la lutte contre le terrorisme n'aient pas d'effet discriminatoire sur les personnes en raison de leur race, couleur, ascendance ou origine nationale ou ethnique, ainsi que de veiller à ce que les non-ressortissants ne fassent pas l'objet de profils ou stéréotypes raciaux ou ethniques ».

Dans un projet de recommandation générale de 2005 sur la prévention de la discrimination raciale dans l'administration et le fonctionnement de la justice pénale, le rapporteur insiste cette fois particulièrement sur « *les effets discriminatoires indirects que peuvent avoir certaines législations nationales, en particulier les législations concernant le terrorisme, l'immigration, la nationalité, les peines prévoyant l'interdiction ou l'éloignement du territoire national contre des non-ressortissants, ainsi que les législations ayant pour effet de pénaliser certains groupes ou l'appartenance à certaines communautés sans motif légitime* ».

Il recommande que les États veillent « *à éliminer les effets discriminatoires de telles législations* ». Les États parties sont aussi incités à « *mettre en œuvre des stratégies ou des plans d'actions nationaux en vue d'éliminer la discrimination raciale de manière structurelle* » et à « *charger une Institution nationale indépendante de suivre, de contrôler et de mesurer les progrès atteints dans le cadre des plans d'action nationaux et des directives contre la discrimination raciale, de déceler des phénomènes non révélés de discrimination raciale et de faire des recommandations et des propositions d'amélioration* », (CEDR/C/GC/0021/Rev. 4, 17 août 2005).

Annexe D : Pièces de dossiers

PJ 1 : Arrêtés préfectoraux portant dérogation à la durée maximale des contrats saisonniers

PJ 2 : Procédure d'introduction de la DDTEFP en 2006

PJ 3 : Migrations Société – vol 18,n° 107, Alain Morice, Pas de séjour sans travail, ou les pièges du contrat saisonnier

PJ 4 : Note interministérielle du 23/08/01

PJ 5 : Ordonnance et décision du tribunal administratif de Marseille, M. Aït Baloua c/ Préf. Des BdR

PJ 6 : Tableau récapitulatif de « carrière » de M. Stiouat El Barakah

PJ 7 : Tableau récapitulatif de « carrière » de M. Mimoun Oukili

PJ 8 : Copie des contrats de travail de M. Mimoun Oukili

PJ 9 : Réponse de la DDTEFP à M. Mimoun Oukili

PJ 10 : GISTI, Immigrations et travail en Europe. Actes de la journée du 21 mars 2005 : Alain Morice, Les saisonniers agricoles en Provence : un système de main d'œuvre.

PJ 11 : Les OMIS, Livre noir de l'exploitation des travailleurs étrangers dans l'agriculture des Bouches-du-Rhône, CODETRAS