

La Convention internationale de l'ONU de 1990

Conséquences juridiques d'une ratification belge : une étude exploratoire

**Traduction littérale
Texte original en néerlandais**

Novembre 2003

Prof. M.-Cl. Foblets (K.U.Leuven)
Prof. D. Vanheule (U.Antwerpen)

Table des Matières

0. La Convention internationale

1. La migration du travail en Belgique: état de la question

- 1.1. Evolution
- 1.2. Le ressortissant étranger, le Droit du travail et les Droits sociaux
 - 1.2.1. Le travail légal
 - 1.2.2. Le travail officiel
 - 1.2.3. Aperçu schématique

2. Une approche instrumentale de la Convention internationale

- 2.1. Egalité dans le droit du travail
 - 2.1.1. L'égalité de traitement dans la législation (du travail) belge
 - 2.1.1.1. Effet vertical et horizontal du principe d'égalité
 - 2.1.1.2. Evolution juridique
 - (1) Egalité de traitement en droit interne
 - (2) Egalité de traitement au niveau européen
 - 2.1.1.3. La loi tendant à lutter contre la discrimination
 - 2.1.2. Un rôle possible pour la Convention internationale
 - 2.1.2.1. La Convention internationale et l'ordre juridique interne
 - 2.1.2.2. L'égalité comme base d'harmonisation des réglementations nationales
- 2.2. Migration légale des travailleurs: parallélisme entre droit au travail et droit de séjour
 - 2.2.1. Absence de principe d'un lien entre travail et séjour dans la réglementation actuellement en vigueur en Belgique
 - 2.2.2. Interaction entre la législation sur la migration des travailleurs et la réglementation en matière de séjour des étrangers
 - 2.2.3. Un rôle possible pour la Convention internationale
- 2.3. Migration illégale de travailleurs: parallélisme entre travail, conditions de travail et conséquences d'emploi
 - 2.3.1. Exclusion de principe d'étrangers illégaux en matière d'emploi
 - 2.3.1.1. Plusieurs types d'étrangers
 - (1) Etrangers légaux et illégaux en Belgique
 - (2) Etrangers légaux et illégaux selon la Convention internationale
 - 2.3.1.2. L'étranger en séjour illégal ou employé irrégulièrement en Belgique
 - 2.3.2. Occupation illégale: conditions du travail et conséquences
 - 2.3.2.1. Emploi et séjour
 - 2.3.2.3. Non-discrimination et impact des droits fondamentaux
 - 2.3.2.3. Rémunération et autres conditions de travail
 - 2.3.2.4. Droits à la sécurité sociale
 - 2.3.3. Importance potentielle de la Convention
 - 2.3.3.1. Importance sociale de la Convention internationale
 - 2.3.3.2. Importance juridique

3. La Convention internationale et une extension de la protection juridique?

- 3.1. La Convention et une atteinte potentielle de la protection internationale existante
 - 3.1.1. Droit à la protection la plus favorable
 - 3.1.2. La Convention de l'ONU et l'Organisation internationale du Travail
 - 3.1.2.1. Avantages et inconvénients des différentes organisations
 - (1) L'Organisation internationale du Travail
 - (2) Les Nations Unies
 - 3.1.2.2. Conflit entre l'ONU et l'OIT
 - (1) Primauté de la meilleure protection
 - (2) Rôle de l'OIT dans le cadre de la Convention
- 3.2. La Convention et une extension de la protection des droits

- 3.2.1. Une extension de la protection des droits: quelques nuances
 - 3.2.1.1. La Convention et la souveraineté de l'Etat
 - (1) La souveraineté de l'Etat national et la Convention internationale
 - (2) Application de la Convention
 - (2.1) L'analyse de certains rapports
 - (2.2) La réception de plaintes interétatiques
 - (2.3) La réception de plaintes individuelles
 - (3) Caractère contraignant de la Convention
 - (3.1) Mécanismes de contrainte dans les Conventions onusiennes
 - (3.2) Le rôle de la Partie au Traité
 - (3.3) Le rôle d'organisations non gouvernementales
 - 3.2.1.2. Effet direct
 - 3.2.1.3. La Convention et la possibilité d'émettre des réserves
 - (1) Emettre des réserves
 - (1.1) La possibilité d'émettre des réserves n'est pas exclue par la Convention
 - (1.2) La réserve doit être compatible avec l'objet et le but de la convention
 - (1.2.1) Pas d'exclusion de parties
 - (1.2.2.) Pas d'exclusion de catégorie de travailleurs migrants
 - (1.2.3) Réserves admises
- 3.2.2. Octroi d'une protection étendue
 - 3.2.2.1. Octroi de nouveaux droits aux étrangers en situation (il)légal
 - (1) *Non-discrimination et égalité*
 - (1.1.) Non-discrimination et travailleurs migrants
 - (1.2.) Non-discrimination entre travailleurs migrants en situation légale et illégale et entre travailleurs migrants et ressortissants nationaux
 - (2.) Droits civils, politiques et de séjour
 - (2.1.) Sécurité personnelle
 - *Protection contre la violence*
 - (2.2.) Privation de liberté
 - *Assistance consulaire ou diplomatique*
 - *Traîtement après arrestation*
 - *Sanctions contre le travailleur migrant*
 - (2.3.) Droits de séjour
 - *Demande de révision de la décision d'expulsion*
 - §1. Demande de révision introduite par un travailleur migrant qui se trouve en situation légale.
 - §1. Demande de révision introduite par un travailleur migrant en situation illégale.
 - *Droit à la réparation après annulation d'une décision d'expulsion*
 - *Droit au retour et maintien des permis de séjour et de travail*
 - *Séparation travail et séjour*
 - *Expulsion et sauvegarde de certains droits et certaines considérations humanitaires*
 - *Eloignement du territoire et certaines considérations humanitaires*
 - (2.4) Droits politiques
 - (3) Droits économiques, sociaux et culturels
 - (3.1) Communication et information
 - *Liberté de communication et droit à l'information*
 - (3.2) Droits culturels
 - *Respect de l'identité culturelle*

- (3.3) Droits de travail et de sécurité sociale
 - §1. L'occupation de l'étranger
 - §2. Les conditions de rémunération et de travail
 - §3. L'étranger et la sécurité sociale
- (3.4) Droits syndicaux et droits d'association
- (3.5) Droits économiques
 - *Droit aux transferts économiques*
- 3.2.2.2. Extension des droits existants à la catégorie d'étrangers en situation illégale
 - (1) Travailleurs migrants illégaux et le *droit de travailler*
 - (2) Extension de la protection de droits des travailleurs migrants légaux aux travailleurs migrants illégaux
 - (2.1) Droits de séjour
 - *Expulsion de travailleurs migrants illégaux et de leur famille*
 - (2.2) Communication et information
- 3.2.2.3. Nouveaux droits pour les membres de la famille des étrangers
 - *Droit au libre choix du travail*

Conclusion

4. La Convention et la protection (internationale) des droits

- 4.1. Rappel de quelques instruments (internationaux)
- 4.2. Aperçu schématique
- 4.3. La Convention internationale

La Convention internationale de l'ONU de 1990 Conséquences juridiques d'une ratification belge

0. La Convention internationale

L'élaboration et, a fortiori, l'application des instruments de protection des droits de l'homme aux ressortissants étrangers mettent incontestablement de nombreux Etats devant un dilemme. En 1990, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (ci-après: la Convention (internationale/onusienne)).¹ S'il a fallu dix ans pour élaborer le texte de la Convention, celui-ci n'est entré en vigueur que treize ans plus tard.

La Convention internationale de l'ONU de 1990 est considérée comme l'un des sept instruments fondamentaux de protection des droits de l'homme définissant les droits universels de l'homme et garantissant l'extension de ces droits aux groupes les plus vulnérables. Là où les deux principales Conventions onusiennes ont recours à des définitions larges des droits politiques et civils² ainsi que des droits économiques, sociaux et culturels³, il était devenu clair que certaines catégories d'individus se trouvaient dans l'impossibilité de faire valoir (intégralement) ces standards des droits de l'homme et que des dispositions spécifiques s'imposaient dès lors pour les catégories en question. Par le biais de conventions spécifiques, les droits furent étendus aux victimes de discrimination raciale, aux femmes, aux enfants et aux ressortissants étrangers.

La convention de 1990 offre une protection aux travailleurs migrants non seulement au plan civil et politique, mais également dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels. La Convention s'applique à tous les travailleurs migrants,⁴ quel que soit leur pays d'origine et indépendamment de la question de savoir si leur pays d'origine a ratifié la Convention.

Après le préambule et quelques définitions dans la 1ère Partie suit une Deuxième Partie de la Convention qui formule le principe de non-discrimination. La Partie III énonce le principe d'égalité de traitement entre tous les travailleurs migrants et leur famille, d'une part, et les ressortissants nationaux, d'autre part, et ce, indépendamment de la question de savoir s'ils se trouvent dans une situation de séjour légale ou illégale. La Quatrième Partie définit des droits complémentaires qui restent toutefois réservés aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille se trouvant en situation régulière. La Cinquième Partie détermine les droits que peuvent faire valoir quelques catégories particulières de ressortissants étrangers en vertu de la Convention. La Partie VI se rapporte à sur la promotion de conditions saines, équitables, dignes et légales en ce qui concerne les travailleurs migrants et leur famille. La Septième Partie, enfin, porte sur l'application de la Convention.

1. Migration de travailleurs en Belgique: état de la question⁵

1.1. Evolution

Une politique d'immigration peut s'inspirer de deux motifs fondamentaux bien distincts, en vertu desquels un Etat déterminé permet ou non à des étrangers de séjourner pour une durée plus longue sur

¹ La Convention est entrée en vigueur le 1er juillet 2003. Ce texte a été rédigé avant l'entrée en vigueur de la Convention. Le lecteur en tiendra compte. A ce jour, 22 pays ont procédé à la ratification.

² Convention internationale du 19 décembre 1966 sur les droits civils et politiques, *M.B.* du 6 juillet 1983.

³ Convention internationale du 19 décembre 1966 sur les droits économiques, sociaux et culturels, *M.B.* du 6 juillet 1983.

⁴ Pour autant qu'ils relèvent du champ d'application personnel de la Convention

⁵ FOLETS, M.-Cl., BOUCKAERT, S., 'Nieuwe arbeidsmigratie de lege lata en de lege ferenda', *J.T.T.*, juin 2001, 281, et S. BOUCKAERT et M.-C. FOLETS, 'De tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten in België. Een grondige bespreking van (de toepassing van) de wet van 30 april 1999 en het KB van 9 juni 1999, De belangrijkste ontwikkelingen in de rechtspraak (1999-2002) en een analyse van de wijzigingen ingevolge het KB van 6 februari 2003', dans *Migratie en Migrantenrecht. Deel 8*, Bruges, Die Keure, 2003.

son territoire. Dans le premier cas, le motif s'inspire directement des lois du marché, l'autorisation de séjour est directement liée aux besoins économiques sur le marché du travail, ce qui n'est pas le cas pour le second motif, qui est d'ordre humanitaire. Le fait qu'un étranger soit autorisé à rester pour des motifs humanitaires⁶ ne signifie pas pour autant que les pouvoirs publics du pays en question n'y lient aucune conséquence économique. En règle générale, l'étranger sera admis au marché de l'emploi. La participation de cet étranger n'est toutefois pas le motif de base pour l'Etat en question pour lui autoriser l'accès au territoire.

Ces deux motifs fondamentaux font voir dans la politique d'immigration menée en Belgique depuis l'après-guerre deux phases. Jusqu'au milieu des années septante, la politique directement orientée vers le marché a prévalu, notamment au travers de la demande de travailleurs étrangers non qualifiés pouvant contribuer à la réalisation de la rapide croissance économique.⁷ Cette demande ayant disparu avec la crise pétrolière et la hausse subséquente du chômage, la Belgique a proclamé en 1974 un arrêt de cette politique d'immigration axée sur le marché.

Depuis lors, la politique d'admission directement orientée vers le marché se limite en principe aux ressortissants nationaux des pays membres de l'Union européenne et, suite à l'élargissement, de l'Espace économique européen, bénéficiant de la libre circulation de personnes et de travailleurs. Des ressortissants non européens (pays non membres de l'UE) issus de pays tiers, ne sont légalement admis au territoire – à l'exception des étrangers qui sont admis au marché du travail à titre exceptionnel et sur base individuelle – que pour des motifs humanitaires: dans le cadre du regroupement familial, comme étudiant,⁸ comme candidat réfugié pour la durée de l'examen de la demande d'asile, ou - illimité dans le temps - en qualité de réfugié reconnu. Bon nombre de ces étrangers (mais pas tous) qui viennent d'en dehors de l'Union européenne, et qui se sont vus délivrer un titre de séjour pour l'une des raisons susmentionnées ont aussi reçu l'autorisation d'accéder au marché du travail.

1.2. Le ressortissant étranger, le droit du travail et les droits sociaux

Les ressortissants étrangers ne peuvent travailler en Belgique que dans la mesure où ils sont régulièrement employés. Pour être régulièrement employés, il faut travailler de manière non seulement légale (1.2.1) mais aussi officielle (1.2.2).

1.2.1. Travail légal

La notion de *travail légal* implique que l'étranger et son employeur disposent des autorisations requises pour l'embauche effective du ressortissant étranger en question. Les étrangers ne peuvent travailler de manière légale en Belgique qu'à condition de disposer des permis de séjour et de travail nécessaires. Il est interdit de travailler sans les documents requis.

En principe, aucun permis de travail n'est délivré à un étranger privé de titre de séjour.⁹ La loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers¹⁰ énonce comme règle de base qu'un employeur qui souhaite mettre au travail en Belgique un travailleur ressortissant d'un pays non européen (hors UE) doit disposer au préalable d'une autorisation d'occupation¹¹ et que le travailleur

⁶ Par exemple dans le cadre d'un regroupement familial ou d'une procédure d'asile.

⁷ MARTENS, A., *25 jaar wegwerparbeiders: het Belgische immigratiebeleid na 1945*, Louvain, S.O.I., 1973, 239-252; STOLS, E., 'Emigratie en immigratie in historisch perspectief', dans MARTENS, A. et MOULAERT, F. (ed.), *Buitenlandse minderheden in Vlaanderen-België*, Anvers, De Nederlandse Boekhandel, 1985, 140 e.s.

⁸ et ce, uniquement pour la durée des études supérieures

⁹ Hierop wordt in de tekst verder op ingegaan in het deel waar de vraag naar het herstellen van het parallelisme tussen arbeid en verblijf gesteld wordt (Cfr. Infra).

¹⁰ *M.B.*, 21 mai 1999

¹¹ Art. 4§2 Loi du 30 avril 1999

concerné doit avoir, outre un permis de séjour, un permis de travail B.¹² En principe, tant le permis de travail que l'autorisation d'occupation sont valables pour douze mois; ce délai peut toutefois être prolongé.

La délivrance des deux documents susmentionnés est soumise à plusieurs conditions matérielles.¹³ Ainsi, (1) l'employeur doit se trouver dans l'impossibilité de trouver parmi les travailleurs (belges et étrangers) disponibles sur le marché de l'emploi¹⁴ un travailleur apte à occuper de façon satisfaisante et dans un délai raisonnable, même au moyen d'une formation professionnelle adéquate, l'emploi envisagé; (2) l'exigence de nationalité,¹⁵ (3) la signature d'un contrat (modèle) et (4) un examen médical préalable.

La loi prévoit deux dérogations aux règles de base, assouplissant les conditions d'embauche d'une main d'oeuvre originaire d'un pays non européen qui ne séjourne pas encore en Belgique. Mais nous ne nous attarderons pas sur ces régimes d'exception dans le cadre de la présente analyse.

1.2.2. Travail légal

La notion de *travail légal* implique que l'employeur qui occupe un étranger, est tenu d'en informer au préalable l'Etat belge. L'employeur sera redevable de certaines cotisations à la sécurité sociale. Toute occupation en dehors de ce régime est considérée comme du travail au noir et est dès lors interdite.

1.2.3. Aperçu schématique

La relation entre le séjour sur le territoire, le travail et l'accès à certains droits sur le plan de la sécurité sociale, peut être reproduite au moyen d'un schéma, distinguant les différentes situations dans lesquelles se trouve l'étranger :

		Travail régulier		Travail irrégulier	
		Travail légal	Travail "au blanc"	Travail illégal	Travail au noir
Le séjour était et reste <i>légal</i>	1	X	X		
	2	X			X
	3		X	X	
	4			X	X
Le séjour était légal et devient <i>illégal</i>	5	X	X		
	6	X			X
	7		X	X	
	8			X	X
Le séjour était illégal et reste <i>illégal</i>	9	X	X		
	10	X			X
	11		X	X	
	12			X	X

1 - Individu travaille	avec permis de travail et "au blanc"	en se trouvant en séjour légal
2 - Individu travaille	avec permis de travail et au noir	en se trouvant en séjour légal
3 - Individu travaille	sans permis de travail et "au blanc"	en se trouvant en séjour légal
4 - Individu travaille	sans permis de travail et au noir	en se trouvant en séjour légal

¹² Art. 4§1, 1er alinéa et 5§1 de la Loi du 30 avril 1999. L'octroi à l'employeur de l'autorisation d'occupation, emporte d'office l'octroi au travailleur intéressé du permis de travail. (art. 4§2, AR du 9 juin 1999 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation de travailleurs étrangers).

¹³ Articles 8, 10, 12 et 14 de l'AR du 9 juin 1999.

¹⁴ L'AR du 9 juin 1999 stipule, en son art. 1, 7° qu'il s'agit en l'occurrence du marché de l'emploi des trois Régions, ainsi que du marché des Etats membres de l'Espace Economique Européen, ce dernier en raison du droit existant en matière de libre circulation de travailleurs au sein de l'EEE.

¹⁵ Le travailleur doit être un ressortissant de pays avec lesquels la Belgique est liée par des conventions ou des accords internationaux en matière d'occupation des travailleurs.

5 - Individu travaille	avec permis de travail et “au blanc”	et continue à travailler ainsi après que le séjour est devenu illégal
6 - Individu travaille	avec permis de travail et au noir	et continue à travailler ainsi après que le séjour est devenu illégal
7 - Individu travaille	sans permis de travail et “au blanc”	et continue à travailler ainsi après que le séjour est devenu illégal
8 - Individu travaille	sans permis de travail et au noir	et continue à travailler ainsi après que le séjour est devenu illégal
9 - Individu travaille	avec permis de travail et “au blanc”	en se trouvant en séjour illégal
10- Individu travaille	avec permis de travail et au noir	en se trouvant en séjour illégal
11- Individu travaille	sans permis de travail et “au blanc”	en se trouvant en séjour illégal
12- Individu travaille	sans permis de travail et au noir	en se trouvant en séjour illégal

2. Une approche instrumentale de la Convention internationale

Si la Convention internationale peut être qualifiée de source juridique entièrement nouvelle, elle est également un outil juridique qui vient formaliser certaines tendances qui se manifestent en droit interne.

Depuis plusieurs années, on peut voir jouer dans la législation belge (et européenne) une certaine tendance à accorder un impact plus important au principe d'égalité. Cette tendance a aussi ses répercussions sur la législation du travail. La Convention internationale repose sur un principe de non-discrimination clairement établi qui, en cas de ratification, pourrait venir appuyer cette évolution en Belgique du point de vue juridique (2.1). De plus, la Convention souligne l'importance de parallélismes, à savoir : la cohérence sur le fond – entre domaines de réglementation – c'est à dire, entre les différents régimes juridiques, notamment en matière de séjour, d'emploi et de droits sociaux, ces parallélismes ayant été quelque peu perdus de vue dans la réglementation interne. Dans le cadre de la migration de travail légale, il convient d'instaurer un parallélisme entre emploi et séjour (2.2). Pour les travailleurs migrants illégaux, il existe déjà un certain lien entre le régime de travail, les circonstances de travail et les conséquences de l'occupation (2.3).

2.1. L'égalité dans le droit du travail

La première partie de cette analyse est consacrée à la réglementation belge actuelle. Quel est le statut du principe d'égalité dans la législation belge (du travail) ? Quelle est la fonction de la récente loi en matière d'anti-discrimination à cet égard (2.1.1)? Et quel rôle peut être réservé à la Convention internationale dans ce contexte (2.1.2)?

2.1.1. L'égalité de traitement dans la législation belge (du travail)

2.1.1.1. L'effet vertical et horizontal du principe d'égalité

Le principe d'égalité tel qu'ancré dans les articles 10 et 11 de la Constitution obligent en première instance les autorités publiques à traiter tous les citoyens sur un pied d'égalité. C'est l'effet *vertical* du principe d'égalité, c'est-à-dire, l'effet dans les relations entre les autorités et le citoyen. Le corollaire du principe d'égalité dans les relations contractuelles privées s'appelle l'effet *horizontal*.¹⁶

¹⁶ VELAERS, J., 'De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen' dans *Vrijheid en Gelijkheid*, Anvers, Maklu, 2003, 287-326; CUYPERS, D., 'There will never be equality in the servants' hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht', dans CUYPERS, D. (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2003, 305 e.a.

Le concept de l'effet horizontal est relativement neuf dans le droit du travail belge. La règle veut que les droits fondamentaux n'ont un effet que très limité sur les relations de droit privé et partant, sur le droit du travail.¹⁷

2.1.1.2. L'évolution juridique

La législation belge du travail ne connaît aucune obligation formelle en matière d'égalité de traitement, ni aucun principe général de « salaire égal à travail égal ».¹⁸ Cependant, la tendance actuelle qui consiste à conférer une interprétation plus large au principe de l'égalité de traitement tant en droit interne (1) qu'en droit européen (2), également en matière de droit du travail, entraîne des conséquences très importantes.

(1) L'égalité de traitement en droit interne

L'égalité de traitement sans distinction de race, de religion, d'orientation sexuelle, d'âge ou d'éventuel handicap n'est pas une inconnue dans les relations du travail en Belgique.¹⁹ La CCT n° 38 exigeait déjà que l'employeur traite tous les candidats à un emploi de manière égale au cours de la procédure de recrutement.²⁰ Cette CCT dispose que l'employeur ne peut faire de distinction sur la base d'éléments personnels lorsque ceux-ci ne présentent aucun rapport avec la fonction ou la nature des activités de l'entreprise, sauf si des dispositions légales l'y autorisent voire l'y contraignent. La CCT retient en outre de nombreux motifs de discrimination. Ainsi l'employeur ne peut, lors du recrutement, faire de distinction sur la base de l'âge, du sexe, de l'état civil, du passé médical, de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, des convictions politiques ou philosophiques, de l'affiliation à une organisation syndicale ou à une autre organisation, de l'orientation sexuelle, d'un handicap.

Pour le surplus, la discrimination raciale dans les relations de travail est régie par les dispositions légales de la loi anti-racisme du 30 juillet 1981²¹ qui dispose que l'employeur qui en matière de placement, de formation professionnelle, d'offre d'emploi, de recrutement, d'exécution du contrat de travail ou de licenciement de travailleurs, commet une discrimination à l'égard d'une personne en raison (d'une prétendue race), de sa couleur, de son ascendance, de son origine ou de sa nationalité, contrevient à la loi et est dès lors passible de condamnation. Cependant, l'application concrète de cette loi laisse à désirer dans le secteur privé. La loi est restée lettre morte. Certains règlements sectoriels contiennent également des dispositions particulières relatives à l'égalité de traitement.²²

(2) L'égalité de traitement sur le plan européen

La première percée de l'effet horizontal du principe d'égalité en matière d'emploi était la reconnaissance de l'égalité entre hommes et femmes et le principe de non-discrimination pour les travailleurs migrants européens dans le Traité de la CE de 1957.²³ La Cour de Justice a confirmé à plusieurs reprises que la disposition relative à l'égalité entre hommes et femmes a un effet direct et est

¹⁷ Cour du travail Liège 28 mai 2001, *Soc.Kron.*, 2002, 468; RAUWS, W., SCHYVENS, H., 'De bescherming van werknemersgrondrechten binnen de individuele arbeidsverhouding', dans RIMANQUE, K. (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in de private verhoudingen*, Anvers, Kluwer, 1982, 147 e.a.

¹⁸ Cour du travail Liège, 28 mai 2001, *Soc.Kron.*, 2001, 468; DE VOS, M., *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Anvers, Maklu, 2001, 211 et 231.

¹⁹ BAYART, C., 'Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De ras- en kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen', dans CUYPERS, D. (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2003, 23 e.v.

²⁰ CCT n° 38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection de travailleurs, modifiée par la CCT n° 38bis du 29 octobre 1991, 38ter du 17 juillet 1998 et 38quater du 14 juillet 1999, AR du 11 juin 1984, *M.B.* du 28 juillet 1984.

²¹ Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, *M.B.* du 8 août 1981

²² Pour un aperçu, cf. : VANACHTER, O., 'Gelijke behandeling op grond van leeftijd, ras, etnische oorsprong, nationaliteit' dans VANACHTER, O., *Gelijke behandeling en arbeidsverhoudingen*, Anvers, Intersentia, 1999, 209-212.

²³ Art. 12 (ex art. 7, plus tard 6) Traité CE relatif aux travailleurs migrants et art. 141 (ex art. 119) Traité CE relatif à l'inégalité de salaire entre hommes et femmes.

de ce fait contraignante pour les entreprises privées.²⁴ La transposition du principe de non-discrimination s'est avérée extrêmement difficile dans le cas des travailleurs migrants. La Cour de Justice a toutefois affirmé clairement que l'obligation de l'Etat consiste notamment à assurer l'égalité de traitement à l'égard des travailleurs migrants européens, même s'il s'agit de relations purement contractuelles.²⁵

En 1998, la Cour de Justice a toutefois estimé qu'il ne pourrait être question d'un principe général d'égalité de traitement, même en dehors des domaines de la discrimination basée sur le sexe et des travailleurs migrants (européens), sauf à modifier le Traité.²⁶ Depuis l'introduction de l'article 13 du Traité d'Amsterdam, les institutions européennes disposent d'une base juridique leur donnant compétence pour prendre d'autres dispositions législatives. La Directive européenne 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail a obligé le législateur belge à prendre d'autres initiatives législatives en matière d'égalité de traitement. Finalement, le législateur a préféré établir une loi générale et ne pas se limiter aux seules situations relatives au travail et à l'emploi.

2.1.1.3. La loi tendant à lutter contre la discrimination

La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination²⁷ a pour but de combattre de manière générale la discrimination dans les relations juridiques privées ou horizontales. Après un chapitre introductif, le deuxième chapitre de la loi contient des dispositions générales relatives notamment à la discrimination directe et indirecte. Le troisième chapitre qui contient les sanctions, est suivi d'un quatrième chapitre consacré aux dispositions en matière de droits civils.²⁸

En vertu du premier paragraphe de l'article 1er de la loi, il y a discrimination directe dès lors qu'une différence de traitement qui manque de justification objective et raisonnable est directement fondée sur le sexe, une prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique. Il y a discrimination indirecte au sens de l'article 2, § 2, lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre a néanmoins une discrimination avec un résultat dommageable pour des personnes auxquelles s'applique un des motifs de discrimination visés au § 1er, alors que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne repose pas sur une justification objective et raisonnable.

Toute forme de discrimination directe ou indirecte est interdite en vertu de l'article 2, § 4, notamment en matière de conditions d'accès au travail salarié, non salarié ou indépendant, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion, les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, tant dans le secteur privé que public²⁹ et dans l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public.³⁰

Pour ce qui concerne les relations de travail telles que définies notamment au deuxième tiret de l'article 2, § 4, le cinquième paragraphe de l'article 2 dispose qu'une différence de traitement repose sur une justification objective et raisonnable lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la critère de discrimination en cause constitue une

²⁴ Depuis C.d.J., 8 avril 1976, C-43/75, Defrenne c./ Sabena, *Jur.* 1976, 455, *T.S.R.*, 1976, 199.

²⁵ C.d.J., 6ème ch., 26 juin 2001, C-212/99, Commission CE c./Italie.

²⁶ C.d.J., 17 février 1998 (Grant), *Jur.* 1998, I, 621, n°s. 27-28, 33, 42.

²⁷ Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *M.B.*, 17 mars 2003.

²⁸ TRAEST, M., 'Enkele overwegingen over de toepasselijkheid van de wet ter bestrijding van discriminatie in internationale (arbeids)verhoudingen', dans CUYPERS, D. (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2003, 65 e.v.

²⁹ Art. 2 §4, deuxième tiret loi anti-discrimination.

³⁰ Art. 2 §4, sixième tiret loi anti-discrimination.

exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée.

En ce qui concerne les dispositions de la loi en matière de droits civils, l'article 18 dispose en premier lieu que sont nulles les clauses d'un contrat qui sont contraires aux dispositions de la loi tendant à lutter contre la discrimination, et celles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renoncent aux droits qui leur sont garantis par la loi.

2.1.2. Un rôle éventuel pour la Convention internationale

2.1.2.1. La Convention internationale et l'ordre juridique interne

La Convention internationale corrobore une tendance qui consiste à donner un impact plus étendu au principe d'égalité dans différents secteurs de la société³¹ et inscrit l'égalité de traitement en matière de travail et d'emploi dans cette évolution juridique.

Par ailleurs, la Convention souligne que l'égalité de traitement ne peut pas se limiter aux seuls ressortissants étrangers qui se trouvent en situation de séjour et de travail régulière, mais que les étrangers en situation irrégulière doivent pouvoir – dans une certaine mesure - revendiquer l'égalité de traitement en matière de travail. Toutefois, cette égalité ne s'applique pas à l'accès à l'emploi, mais bien à ses conséquences : les travailleurs migrants en situation irrégulière doivent bénéficier d'un traitement aussi favorable que les ressortissants nationaux, notamment en matière de rémunération et de certaines conditions de travail.³²

2.1.2.2. L'égalité en tant que base d'harmonisation des réglementations nationales

La Convention tend à établir des critères de protection minimale qui désormais vaudraient sur le plan universel pour les travailleurs migrants et leur famille. La Convention comporte une définition internationale du travailleur migrant et de certaines catégories de travailleurs migrants et des membres de leur famille et propose un 'standard de traitement' international spécifique pour les travailleurs migrants en situation régulière et irrégulière.³³

Le texte peut être vu comme un instrument qui est de nature à encourager les Etats qui ne disposent pas encore de législation interne à harmoniser leur législation à l'aide de standards internationaux reconnus.³⁴ En outre, la ratification permet aux Etats de poursuivre l'alignement de leur réglementation interne. Cela pourrait présenter des avantages, surtout dans le cadre de l'Union européenne, où se fait sentir le besoin d'une politique d'immigration commune. Certains pays ont déjà eu recours à certaines dispositions de la Convention pour élaborer leur droit national en matière d'immigration. Citons, à titre d'exemple, l'Italie qui a largement basé sa réglementation en matière de droit d'immigration, telle qu'adoptée en mars 1998, sur les dispositions et prescriptions de la Convention.³⁵ Dans la pratique, le droit interne belge garantit aux travailleurs migrants une protection qui est parfaitement comparable à la protection prévue par la Convention.³⁶

³¹ En droit interne, il convient de souligner entre autres l'effet du principe d'égalité sur les relations contractuelles privées (l'effet dit horizontal) et le rôle de la loi anti-discrimination. Cf. Supra.

³² Art. 25 de la Convention internationale.

³³ Cf. Infra

³⁴ La Commission européenne a suggéré implicitement que cette Convention serve d'instrument d'harmonisation sur le plan régional, dans European's Communication on Immigration and Asylum Policies, COM (94) 23 final, 1994, dans laquelle les Etats membres sont invités à ratifier la Convention. La Commission n'a pas dressé d'inventaire des positions adoptées par les différents Etats membres sur la Convention. Toutefois, ce rapport n'a jamais été publié.

³⁵ TARAN, P.A., *Current dynamics of migration and the response of international standards WCRX*, (Parallel events International parliamentary union. The action of parliaments and their members. Durban, 2 september 2001. Foundations of dignity), <http://www.december18.net/UNWconfNGO16.htm>.

³⁶ Cf. Infra.

2.2. Migration légale de travailleurs: parallélisme entre droit au travail et droit de séjour

La réglementation actuelle en vigueur en Belgique relative au droit au travail et au séjour pour les étrangers n'établit pas de lien entre les deux (2.2.1). Il existe toute au plus une forme d'interaction entre les deux réglementations (2.2.2). La Convention internationale peut avoir quelconque impact dans la concrétisation du parallélisme entre travail et séjour (2.2.3).

2.2.1. L'absence fondamentale de lien entre le travail et le séjour dans la réglementation actuellement en vigueur en Belgique

En Belgique, les dispositions législatives régissant le séjour des étrangers et leurs droits en matière de l'emploi relèvent de différentes réglementations. Strictement parlant³⁷, un statut de séjour valable en Belgique n'est pas requis pour l'octroi de l'accès limité ou illimité au marché du travail.

En Belgique, l'immigration du travail est toujours restée juridiquement possible, même après l'arrêt décrété en 1974. Mais la législation sur le séjour n'a jamais repris de manière explicite l'éventualité du travail. Le principe est que l'admission au marché du travail doit d'immigration obtenue avant l'arrivée du travailleur étranger en Belgique. Celui qui respecte les critères et la procédure en matière de réglementation du travail doit entamer une procédure de demande d'autorisation au séjour. Celle-ci n'est pas liée à certains délais et son aboutissement est incertain.

L'étranger qui a obtenu l'autorisation au travail, mais qui n'a pas de permis de séjour ne peut pas prouver son droit au travail. L'autorisation d'occupation ne fait pas partie des documents visés à l'art. 2, 2° de la loi sur les étrangers, qui permettent de revendiquer l'accès au territoire. L'étranger ne peut pas invoquer sa carte de travail qui lui a été délivrée par le ministère flamand pour réclamer l'autorisation au séjour, étant donné que l'obtention d'une carte de travail ne suffit pas en soi pour permettre à l'étranger de séjourner et que seul le ministère de l'Intérieur et de la Fonction publique est compétent en la matière.³⁸

Si le traitement distinct des deux matières (travail et séjour) est maintenu à ce jour dans la réglementation belge, différents accords internationaux qui lient la Belgique ne maintiennent pas cette distinction. Ils se fondent sur le principe d'un lien étroit entre séjour et accès au marché du travail.³⁹

³⁷ AR n°. 34 du 20 juillet 1967 (AR en vertu de la loi de pouvoirs spéciaux du 31 mars 1967). L'arrêté sur les travailleurs étrangers, c'est-à-dire, l'AR du 6 novembre 1967 relatif aux conditions d'octroi et de retrait des autorisations d'occupation et des permis de travail pour les travailleurs de nationalité étrangère, règle le système des cartes de travail dans la pratique.

³⁸ Cons. Et. n° 40.666, 8 octobre 1992, Koumy.

³⁹ * *UE*: Dès que l'on peut conclure un droit d'accès au marché du travail en vertu des accords, il est établi que le droit au séjour en découle automatiquement, sans devoir le mentionner explicitement. Le droit communautaire reconnaît en effet que le droit au séjour est indispensable pour exercer le droit au travail et qu'il y est associé. Cour de Justice, 20 septembre 1990, affaire n° 192/89, *Sevenice, Jur.*, 1990, 3461; C.d.J., 5 octobre 1994, aff. n°. 355/93 *Eroglu, Jur.*, 1994, 5131 et *R.W.*, 1994-95, 960, considérant 18.

Les accords d'association se montrent plutôt prudents en matière de libre circulation des travailleurs (constatant qu'il n'y a pas de libre circulation, il s'ensuit que le travailleur (muni éventuellement d'un permis de travail) ne peut pas disposer librement d'un permis de séjour pour la même période).

-Ni l'accord de Lomé, ni l'accord de coopération avec les pays du Maghreb n'évoquent la libre circulation des travailleurs. L'accord se limite à interdire la discrimination sur la base de la nationalité en matière de conditions de travail et de rémunération.

-L'accord d'association avec la Turquie préconise une réalisation progressive de la libre circulation des travailleurs (basée sur des décisions du conseil d'association), mais les réalisations sont peu nombreuses dans la pratique. Les travailleurs turcs qui sont employés légalement depuis 4 ans bénéficient d'un libre accès au marché du travail.

-Les accords d'association avec les pays d'Europe centrale et de l'Est prévoient uniquement une égalité de traitement avec les ressortissants nationaux en matière de conditions de travail, de rémunération et de licenciement pour ceux qui sont déjà recrutés légalement; il n'y a pas de libre circulation des travailleurs; cependant, l'épouse et les enfants qui séjournent légalement avec le travailleur obtiennent un accès au marché du travail. Néanmoins, même s'il n'y a pas d'ouverture au marché pour les travailleurs des pays d'Europe de l'Est, on peut espérer un droit à l'accès pour les indépendants. Par exemple, l'art. 44 de l'accord d'association avec la Pologne dispose que les ressortissants polonais peuvent s'établir comme indépendants à l'instar des ressortissants de l'Etat membre concerné. Ces indépendants polonais ne doivent pas être en possession d'une carte professionnelle pour étrangers délivrée par le ministère des Classes moyennes (Cons.d'Etat, n° 52.631, 3 avril 1995, *T.V.R.*, 1995, 150); un permis d'établissement doit être délivré à ces personnes, à l'instar des

2.2.2. L'interaction entre la législation sur la migration du travail et la réglementation relative au séjour des étrangers

En règle générale en droit belge, la législation sur l'emploi de travailleurs étrangers ne tient pas compte de leur statut de séjour. Toutefois, ce statut de séjour joue un rôle sur certains points. Plusieurs dispositions de la réglementation réservent une différence de traitement des étrangers selon qu'ils séjournent - ou non - en Belgique au moment de l'octroi du droit à l'accès (il)limité au marché du travail.⁴⁰

Par ailleurs, la législation sur le séjour tient compte de manière indirecte – mais non décisive – de l'accès éventuel ou effectif au marché du travail. Par exemple, l'arrêté sur les étrangers⁴¹ dispose que la commune doit vérifier les moyens de subsistance des étrangers qui s'inscrivent sur le territoire de la commune et communiquer celles-ci au ministre qui devra ensuite marquer son accord.⁴² De l'avis du Conseil d'Etat, ne pas avoir droit à une carte de travail peut être un motif suffisant pour délivrer un ordre de quitter le territoire.⁴³ L'étranger qui séjourne en Belgique, mais qui y travaille sans carte de travail, risque donc de devoir quitter le pays. L'autorité qui prend la décision d'éloignement doit apporter la preuve du travail illégal, qui est à l'origine de la décision⁴⁴ et elle doit aussi dûment motiver cette dernière. Un ordre de quitter le territoire, notifié à un étranger en possession d'une carte de travail A, doit être dûment motivé et doit notamment préciser les raisons du non-renouvellement.⁴⁵

En d'autres termes, les deux législations, l'une en matière d'accès au marché du travail et l'autre sur le séjour des étrangers, ne peuvent pas être dissociées, bien qu'elles ne soient pas en concordance l'une

ressortissants de l'EEE. Cependant, la délivrance de ce permis a des conséquences pour le marché du travail en Belgique: l'art. 2, 19° de la loi sur les travailleurs étrangers exclut les ressortissants étrangers, qui sont en possession d'un permis d'établissement, de l'application de la réglementation relative aux travailleurs étrangers. Concrètement, cela signifie que ces personnes peuvent effectuer en toute légitimité un travail salarié sur le territoire belge, sans qu'elles soient obligées de détenir une carte de travail. Par conséquent, l'art. 37, 1° de l'accord d'association avec la Pologne s'applique aux Polonais légalement recrutés, accordant ainsi un droit d'accès au marché du travail à l'épouse et aux enfants du travailleur polonais. En raison de la libre circulation du parent ou de l'époux en tant qu'indépendant qui, après avoir obtenu un permis d'établissement, exerce un emploi salarié, les membres de la famille bénéficient d'un droit dérivé à l'accès au marché du travail, ils peuvent accepter un emploi en Belgique, sans être en possession d'une carte de travail.

-En ce qui concerne les ressortissants de l'EEE: La libre circulation des travailleurs est intégralement reprise dans l'accord entre la CE et les pays de l'AELE (Loi du 22 juillet 1993 portant approbation du Protocole de Bruxelles du 17 mars 1993 adoptant la convention de Porto du 2 mai 1992 relative à l'EER, *M.B.*, 21 mars 1994. L'art. 28 du Traité de l'EEE dispose que la libre circulation des travailleurs est réalisée entre les Etats de l'UE et ceux de l'AELE et la libre circulation est étendue sous tous ses aspects à tous les Etats membres de l'AELE). Les ressortissants de l'EEE, ainsi que l'épouse et les membres de la famille proche ont été écartés explicitement du champ d'application de la réglementation relative aux travailleurs étrangers. Le droit au séjour est une émanation automatique du droit au travail du travailleur migrant.

(Cette note a été rédigée à l'aide de: LIETAERT, B. et NEYT, K., 'Toegang van de onderdaan uit de derde landen tot de Belgische arbeidsmarkt', dans CUYPERS, D., FOBLETS, M-C. en HUBEAU, B. (eds.) *Migratie en migrantenrecht.2*. Bruges, die Keure, 306-308)

*Accords bilatéraux conclus par la Belgique: La position juridique des travailleurs étrangers n'est pas influencée par les accords bilatéraux que la Belgique a conclus avec plusieurs pays tiers, pour ce qui concerne les possibilités d'accès au marché du travail en Belgique. Ces traités ne prévoient pas de libre circulation des travailleurs, mais garantissent uniquement une certaine protection des ressortissants des Etats signataires, qui ont été recrutés conformément à la législation belge sur la migration.

⁴⁰ Exemple: Le seuil permettant d'accéder au marché du travail a été relevé pour ceux qui ne séjournent pas encore régulièrement en Belgique, en imposant la signature du contrat modèle et un examen médical. La législation sur la migration au travail est aussi plus favorable sur d'autres points pour les étrangers qui séjournent déjà dans le pays. Dans l'attente de l'octroi d'une carte de travail, un emploi temporaire est notamment possible si le travailleur étranger est proposé par un bureau de placement des Services de l'Emploi, à condition que cet étranger séjourne régulièrement en Belgique (Art. 19, 3° et 20, 3° Arrêté Ministériel Premiers travailleurs étrangers).

⁴¹ AR du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.* du 27 octobre 1981, err. 28 octobre 1981. Dénommé ci-après : Arrêté sur les étrangers.

⁴² Art. 25 AR du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 7 octobre 1981.

⁴³ Cons.d'Etat, n°.38.228, 29 novembre 1991, Turczyniak.

⁴⁴ Art. 7, 7° Vw.; Cons.d'Etat, n°. 26.232, 5 mars 1986, Klön Klön.

⁴⁵ Cons.d'Etat, n°. 39.906, 26 juin 1992, Sanhaji.

avec l'autre. Toutefois, la relation entre les deux, qui se traduit par des références implicites et non systématiques, pose problème.⁴⁶

Cette relation est problématique en premier lieu par l'absence de lien juridique contraignant entre les droits que les étrangers peuvent puiser dans les deux législations. D'une part, un accès (il)limité au marché du travail ne permet pas au travailleur étranger d'acquérir le droit d'accéder au territoire belge et de séjourner en Belgique. D'autre part, l'étranger qui jouit du droit de séjour, obtenu ou non de plein droit, n'a pas pour autant un droit à l'accès au marché au travail, sauf exception dans le cas de séjour de durée déterminée.

Une autre discordance persiste entre l'accès au marché du travail et au séjour. En principe, le premier accès au marché du travail au moyen d'une carte de travail B est limité dans le temps (1 ou 2 ans) et ce, jusqu'à ce que l'intéressé puisse faire valoir un droit à une carte de travail A. Il lui faut parfois attendre 2 à 4 ans avant de bénéficier de ce droit. Dans la réglementation relative au séjour, la période d'un séjour limité dans le temps est en principe de courte durée, le maximum étant normalement de trois mois. Dès qu'un étranger a obtenu un permis de séjour ou d'établissement, celui-ci est en principe illimité dans le temps.⁴⁷ Ceci implique que la plupart des travailleurs étrangers qui ne sont autorisés que temporairement sur le marché du travail, ont un droit de séjour de durée illimitée en Belgique, sauf dans les cas où le ministre a explicitement limité le droit de séjour dans le temps.⁴⁸ Cette dernière possibilité n'est certainement pas utilisée de manière systématique à l'égard des travailleurs étrangers qui ont une carte de travail B.⁴⁹

Ce parallélisme n'implique pas qu'il n'y aurait pas de hiérarchie entre les deux législations. La primauté revient à la législation relative au séjour, en raison de sa nature. En effet, il est impossible d'accéder au marché du travail si l'étranger n'a pas accès simultanément au séjour. Inversement, il est parfaitement possible d'exercer un droit de séjour sans détenir de droits relatifs au marché du travail.

2.2.3. Un rôle possible pour la Convention internationale

Le premier alinéa de l'article 49 de la Convention dispose que 'Quand des permis de séjour et de travail distincts sont requis par la législation nationale, l'Etat d'emploi délivre au travailleur migrant une autorisation de séjour pour une durée au moins égale à celle de son permis de travail'.⁵⁰

La relation entre la réglementation en matière de séjour et celle en matière d'emploi présente encore d'autres discordances. En vertu de la réglementation actuelle, un travailleur migrant peut perdre son droit de séjour, sans que pour autant le permis de travail expire. La situation inverse peut également se présenter.⁵¹

⁴⁶ VERSCHUEREN, H., *Internationale arbeidsmigratie. De toegang tot de arbeidsmarkt voor vreemdelingen naar Belgisch, internationaal en Europees gemeenschapsrecht*, Bruges, Die Keure, 1990, 144-149.

⁴⁷ Art. 13-14 Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980. Dénommée ci-après: Loi sur les étrangers.

⁴⁸ Art. 13 Loi sur les étrangers.

⁴⁹ Cette disposition est utilisée dans la pratique pour les personnes détachées. VERSCHUEREN, H., *Internationale arbeidsmigratie. De toegang tot de arbeidsmarkt voor vreemdelingen naar Belgisch, internationaal en Europees gemeenschapsrecht*, Bruges, Die Keure, 1990, 144-149.

⁵⁰ L'art. 49 parle uniquement du travailleur migrant, pas de sa famille.

⁵¹ La législation et le contrôle restent une compétence fédérale: le ministre de l'Emploi et du Travail est compétent pour fixer les normes d'emploi des travailleurs étrangers, le ministre de l'Intérieur est chargé de régulariser la situation des étrangers en matière de droit de séjour (Art. 6 §1, IX, 3° de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (LSRI)).

En Belgique, l'octroi des permis et des cartes de travail a été confié aux régions et aux communautés: le ministre communautaire de l'Emploi est compétent pour l'application des prescriptions fédérales en matière de migration du travail, le service Migration de l'Administration de l'Economie et de l'Emploi du ministère de la Communauté flamande est chargé de l'octroi des cartes et des permis de travail.

La conséquence est que l'employeur ne peut pas engager de travailleur étranger sans permis préalable du ministre régional compétent (Art. 4 de l'AR n° 34 du 20 juillet 1967 (AR en vertu de la loi de pouvoirs spéciaux du 31 mars 1967), dénommée ci-après la loi sur les travailleurs étrangers. Cette loi sur les travailleurs étrangers ne s'applique pas aux travailleurs qui ont la nationalité belge ou aux ressortissants d'un Etat membre de l'EEE, et pour autant qu'ils s'établissent ou viennent s'établir avec ce travailleur: son époux ou certains parents en ligne descendante ou ascendante (art. 7 loi sur les travailleurs étrangers).

Cependant, la Convention exige une harmonisation claire entre les deux permis, de telle sorte qu'un étranger qui obtenait l'autorisation de travailler dans l'Etat d'emploi ait aussi la possibilité d'exercer effectivement ce droit au travail, en se basant sur son statut de séjour.⁵²

De plus, toute nouvelle réglementation devrait tenir compte de l'article 51 de la Convention. Les travailleurs migrants qui ne peuvent pas choisir librement leur activité rémunérée dans l'Etat d'emploi, ne pourront pas être considérés comme des personnes en situation irrégulière dès lors qu'ils arrêtaient leur activité professionnelle. Ils ne peuvent pas perdre leur permis de séjour du simple fait que leur activité rémunérée prend fin avant l'expiration de leur permis de travail, sauf dans les cas où le permis de séjour est expressément subordonné à l'activité rémunérée spécifique pour laquelle le travailleur a été admis dans l'Etat d'emploi.⁵³

Le ministre de la Justice pour retenir une carte de travail sans instruction du service Migration de la Communauté flamande (Trib. Anvers, 13 juillet 1988, *T.V.R.*, 1988, 21). Le travailleur étranger ne peut pas effectuer de travail en Belgique sans avoir préalablement obtenu une carte de travail. En outre, il ne prester de services que dans les limites de sa carte de travail (Art. 7 loi sur les travailleurs étrangers).

⁵² Pour se faire une idée de la situation: voir BOUCKAERT, S. et FOLETS, M.Cl., 'De tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten in België. Een grondige bespreking van (de toepassing van) de wet van 30 april 1999 en het KB van 9 juni 1999, de belangrijkste ontwikkelingen in de rechtspraak (1999-2000) en een analyse van de wijzigingen ingevolge het KB VAN 6 februari 2003, *Migratie en Migrantenrecht, Deel 8*, Bruges, Die Keure, 2003:

Règle de base: 'Quant au fond, le législateur de 1999 a maintenu en grande partie les lignes de force de la réglementation précédente sur l'occupation de travailleurs étrangers. Cette occupation reste soumise à une autorisation, en principe double et préalable, des autorités puisque, d'une part, l'employeur en Belgique doit disposer d'une autorisation d'occupation (Art. 4 loi 30 avril 1999) et, d'autre part, le travailleur étranger doit avoir une carte de travail B.(Art. 5 Loi 30 avril 1999).

Exceptions: Plusieurs exceptions s'appliquent toutefois à cette règle de base. Ces régimes d'exception ont systématiquement été étendus au fil des années, de sorte que l'occupation des étrangers dans notre pays, comme d'ailleurs dans de nombreux autres pays d'Europe occidentale, s'organise presque exclusivement par ces différents régimes d'exception.(I. MARX, V. DE MAESSCHALK et N. MUSSCHE, *De fictie van de migratiestop: Europa's nieuwe arbeidsmigratieregimes, o.c.*, 2)

- Le régime d'exception le plus extrême concerne l'exonération totale, exonérant tant l'employeur en Belgique que le travailleur étranger de l'obligation de disposer des deux documents (L'article 2 de l'A.R. du 9 juin 1999 énumère une série complète de travailleurs étrangers, exonérés de l'obligation de détenir une carte de travail, et dont l'employeur en Belgique ne doit pas non plus détenir d'autorisation d'occupation.)

23 catégories relèvent du régime de l'exonération, bien que l'on puisse à titre complémentaire faire une distinction entre, d'une part, les groupes qui ne sont exonérés que pour l'accomplissement d'activités professionnelles spécifiques et, d'autre part, les groupes qui sont exonérés en tant que personne, c'est-à-dire, quelle que soit l'activité professionnelle exercée.

Par l'AR du 6 février 2003, les autorités ont regroupé les catégories de travailleurs étrangers entre les différents régimes d'exception. Elles se sont basées sur la nature du statut de séjour. En principe, les étrangers qui bénéficient d'un droit de séjour stable (autorisation de séjour pour une durée indéterminée) bénéficient d'une exonération (complète). En ce qui concerne l'exonération en tant que personne, les autorités ont d'abord étendu les exonérations existantes pour les étrangers avec un permis de séjour et les ressortissants étrangers qui, en vertu de la loi de régularisation, sont habilités à séjourner pour une durée illimitée, aux « ressortissants étrangers qui, en application de la loi sur les étrangers, sont habilités ou autorisés à séjourner pour une durée illimitée en Belgique » (Nouvel article 2,3°, b) (A.R. 9 juin 1999, inséré par l'art. 2, 3° de l'A.R. 6 février 2003). Toutefois, deux groupes sont exclus de cette extension: (a) l'époux et les enfants de ressortissants étrangers pour lesquels le droit au séjour est limité à la validité de leur carte de travail ou de leur carte professionnelle ou à l'exercice d'une profession indépendante et (b) l'époux et les enfants de ressortissants étrangers qui peuvent se prévaloir d'une exonération pour activités professionnelles spécifiques, sans qu'une limitation dans le temps de trois mois s'applique en l'espèce). Les deux groupes exclus peuvent cependant être engagés comme salariés dans notre pays, mais sous le régime de la carte de travail B moyennant des conditions d'octroi assouplies.

- Une deuxième dérogation, selon laquelle le travailleur étranger doit disposer d'une carte de travail, mais l'employeur ne doit pas avoir de permis de travail, s'applique aux étrangers qui peuvent revendiquer une carte de travail A.

- Selon une troisième exception, visant différentes catégories de travailleurs étrangers, tant l'employeur en Belgique que le travailleur étranger doivent disposer d'une autorisation d'occupation et d'une carte de travail B, sans toutefois remplir toutes les conditions (strictes) qui s'appliquent normalement.

- Un quatrième régime différent concernait le système du permis de travail dit provisoire, selon lequel seul l'employeur en Belgique doit détenir un permis (spécial) – l'autorisation d'occupation dite provisoire – mais le travailleur étranger ne doit pas avoir de carte de travail (il ou elle reçoit une copie de ce permis). Mais ce système a été supprimé par l'AR du 6 février 2003 et remplacé par un nouveau système, à savoir le régime de la carte de travail C.

- Enfin, les autorités ont promulgué des règles (détaillées) sui generis pour certaines formes de travail salarié, comme les stages et le travail au pair.

⁵³ Art. 51 Convention: Au contraire, ces travailleurs migrants ont le droit de chercher un autre emploi, de participer à des programmes d'intérêt public et de suivre des stages de reconversion pendant la période de validité restant à courir de leur permis de travail, sous réserve des conditions et restrictions spécifiées dans le permis de travail.

2.3. La migration illégale de travail: parallélisme entre travail, conditions de travail et effets de l'emploi

En principe, les étrangers en situation irrégulière sont exclus d'emploi en Belgique (2.3.1). Toutefois, l'occupation d'étrangers en situation irrégulière, qui ne disposent pas nécessairement d'un permis de travail, est une réalité. Cet emploi aussi est soumis à une réglementation définie (2.3.2).

2.3.1. L'exclusion de principe d'étrangers en situation irrégulière en matière d'emploi

Afin d'examiner l'impact éventuel de la Convention internationale pour la position d'étrangers en situation irrégulière, il semble utile de distinguer clairement quelques concepts. Quand est-il question d'étrangers en situation régulière ou irrégulière au sens de la réglementation belge ? Quelle est la relation avec la Convention internationale (2.3.1.1) ? En second lieu, nous examinerons le cas des étrangers en situation irrégulière qui sont en principe exclus d'emploi en Belgique (2.3.1.2).

2.3.1.1. Les différentes catégories d'étrangers

(1) Etrangers en situation régulière et irrégulière en Belgique⁵⁴

La législation interne en matière de séjour dispose que *l'étranger* est celui qui ne peut pas fournir la preuve qu'il possède la nationalité belge.⁵⁵ Le terme étranger est la notion juridique la plus large pour désigner les non-Belges.

La notion de *migrants* réfère au sens le plus large à toutes les personnes qui quittent temporairement ou définitivement leur lieu de résidence. La catégorie est subdivisée en émigrés et immigrés, selon que l'on souhaite mettre l'accent sur le départ du pays d'origine ou l'arrivée et le séjour dans le pays de la nouvelle résidence. Cependant, le terme migrant est souvent utilisé dans un sens plus étroit pour désigner les étrangers qui sont venus en Belgique comme travailleurs immigrés pour des raisons économiques. Ce groupe d'étrangers séjourne généralement en situation régulière dans le pays.

Dans le langage courant, le terme *réfugié* a une signification très large: il s'agit de toute personne qui fuit pour échapper à la menace d'un danger. Au sens strictement juridique, il s'agit d'une personne qui 'craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.' C'est l'essentiel de la définition de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés⁵⁶. Le candidat réfugié ou le demandeur d'asile est la personne qui demande l'asile pour obtenir le statut de réfugié.⁵⁷

Les personnes qui fuient un certain danger, mais qui ne relèvent pas de la définition citée ci-dessus, ne sont pas des réfugiés au sens juridique du terme. En Belgique, on les appelle plutôt des *expatriés*.⁵⁸ Celui qui fuit un danger, mais qui recherche seulement une vie meilleure, est appelé réfugié

⁵⁴ BOUCKAERT, S., 'De doorwerking van grondrechten in de context van de illegale migratie,' dans CUYPERS, D., FOBLETS, M.-Cl., HUBEAU, B. (eds.), *Migratie en migrantenrecht*. 6, Bruges, Die Keure, 2001, 389- 450 et STOKX, R., 'De Sociale Zekerheid en de illegaal', dans INSTITUUT VOOR SOCIAAL RECHT (ed.), *Vreemdelingen en de Sociale Zekerheid*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 45-62. Pour ce qui concerne les précisions de terminologie, l'auteur fait notamment usage de: OVERLEGCENTRUM INTEGRATIE VLUCHTELINGEN, *Uit vrees voor vervolging*, Brussel, OCIV, 1992, 20-24 et STEUNPUNT BEGELEIDERS UITGEPROCEDEERDEN, *Jaarverslag 1994*, Brussel, Steunpunt Begeleiders Uitgeprocedeerden, 5.

⁵⁵ Art. 1 Loi sur les étrangers.

⁵⁶ Convention internationale relative au statut des Réfugiés et annexes, signée à Genève le 28 juillet 1951, approuvée par la loi du 26 juin 1953, *M.B.*, 4 octobre 1953.

⁵⁷ VANHEULE, D, *Vluchtelingen*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 5 e.s.

⁵⁸ Un statut provisoire de séjour pour expatriés a été créé dans la législation pour les ex-Yougoslaves.

économique dans la pratique. Il nous semble que le terme (*nouveau*) *migrant* convient mieux à cette catégorie d'étrangers.

Le terme 'irréguliers' vise toutes les personnes qui ne jouissent pas du droit au séjour (légal) en Belgique. Dans ce contexte, il est plus correct de parler de *personnes en séjour irrégulier*. Parmi les étrangers séjournant en situation irrégulière, on catalogue des étrangers qui ne sont plus en possession d'un titre de séjour valable. Il s'agit généralement d'étrangers dont l'autorisation de séjour a expiré et qui, après la signification d'un ordre de quitter le territoire ou d'une décision de renvoi ou d'expulsion, n'ont pas donné suite à ces mesures administratives. Le groupe de candidats réfugiés arrivés au terme de leur procédure (déboutés) constitue la majorité des étrangers en situation irrégulière.⁵⁹ Enfin, les étudiants étrangers qui, au terme de leur permis de séjour limité dans le temps restent en Belgique, font également partie du groupe d'étrangers en situation irrégulière.

Les *étrangers clandestins* sont les personnes qui n'ont jamais été en possession d'un titre de séjour (précaire). Le passage de la frontière et le séjour de ces étrangers ne sont pas connus des administrations compétentes en matière de séjour des étrangers. Les étrangers clandestins ne sont enregistrés nulle part, ils n'ont jamais été enregistrés.

Le terme *tolérés* est utilisé pour désigner les étrangers pour qui la possibilité d'éloignement (forcé) est soit exclue explicitement par le législateur, soit irréalisable du fait qu'elle serait contraire aux droits de l'homme.⁶⁰ Toutefois, ces étrangers ne disposent pas de document de séjour valable, pas même temporaire.

(2) Etrangers en situation régulière et irrégulière selon la Convention internationale

L'article 5 de la Convention internationale précise les conditions du séjour irrégulier au sens de la Convention. Les travailleurs migrants et les membres de leur famille doivent être considérés 'comme pourvus de documents ou en situation régulière s'ils sont autorisés à entrer, séjourner et exercer une activité rémunérée dans l'Etat d'emploi, conformément à la législation dudit Etat et aux accords internationaux auxquels cet Etat est partie'. Les étrangers qui sont en situation irrégulière sont les personnes qui ne remplissent pas ces conditions.

Par rapport aux différentes catégories d'étrangers en Belgique, il semble permis de dire que la Convention tient compte des étrangers en situation irrégulière, des étrangers clandestins et des personnes tolérées dans le groupe des 'étrangers sans documents et, enfin, de ceux qui sont en situation irrégulière'.

2.3.1.2. L'étranger qui séjourne ou travaille en situation irrégulière en Belgique⁶¹

L'étranger en Belgique doit en principe y séjourner légalement ; dans le cas contraire, il séjourne en situation irrégulière. L'étranger qui travaille en Belgique doit respecter la réglementation en matière d'emploi d'étrangers ; dans le cas contraire, il s'agit d'un emploi illégal.

En résumé, on peut affirmer que tout employeur qui emploie un étranger doit avoir une autorisation d'occupation et que tout étranger doit disposer d'un permis de travail.

Les étrangers sans séjour légal en Belgique ne peuvent en principe pas travailler légalement que cela soit à titre d'indépendant ou dans le cadre d'un contrat de travail pour un employeur, en vue d'acquérir un revenu. Les étrangers en situation irrégulière ne disposent pas de document de séjour valable. En

⁵⁹ BOSSUYT, M., 'Inleiding', dans X., *Jaarboek van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten 1996-97*, Anvers, Maklu, 1997, 99-100.

⁶⁰ Par exemple, l'art. 3 CEDH qui stipule que 'Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants'.

⁶¹ STOKX, R., 'De Sociale Zekerheid en de illegaal', dans INSTITUUT VOOR SOCIAAL RECHT (ed.), *Vreemdelingen en de Sociale Zekerheid*, Gand, Mys & Breesch, 1996, 45-62.

vertu de la politique d'arrêt de l'immigration, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles⁶² qu'une carte de travail et une autorisation d'occupation sont accordées. Les étrangers qui ne sont pas inscrits dans le registre d'attente, le registre des étrangers ou de la population, ne sont pas autorisés à demander de carte professionnelle. Certaines catégories d'étrangers sont dispensées de l'obligation de posséder une carte de travail⁶³ ou une carte professionnelle.⁶⁴ Mais si l'étranger ne dispose pas d'un séjour légal, ils ne pourra de toute évidence pas travailler.

Si un étranger, dont le séjour n'est plus légal, mais qui dispose encore d'un permis de travail ou d'une carte professionnelle 'valable',⁶⁵ continue à travailler, cette situation est illégale. Un employeur qui emploie un étranger sans séjour légal mais disposant d'une carte de travail 'valable', commet une infraction et peut se voir infliger une amende.⁶⁶⁶⁷

2.3.2. L'emploi illégal: conditions de travail et conséquences

Il arrive que des étrangers soient employés en Belgique, malgré leur statut illégal. On traitera brièvement du cas où le travail et le séjour en Belgique ne sont pas en concordance (2.3.2.1). Paradoxalement, l'emploi illégal n'est pas entièrement non réglementé. Nous nous intéresserons d'abord au rôle des droits fondamentaux dans ce contexte (2.3.2.2), pour s'attarder ensuite sur les conditions de travail qui s'appliquent en cas d'emploi illégal (2.3.2.3). Enfin, nous examinerons dans quelle mesure l'emploi illégal en Belgique peut générer certains droits en matière d'allocations de sécurité sociale (2.3.2.4).

2.3.2.1. Le travail et le séjour

Nous avons indiqué ci-dessus que la réglementation du travail et la législation en matière de séjour, témoignent d'une relative indifférence mutuelle, du fait qu'elles ont été élaborées séparément. Les différences entre les deux législations peuvent servir d'explication de certaines situations.⁶⁸ Il est, par exemple, possible qu'un étranger possède un permis de travail, mais qu'il ne peut pas le concrétiser, à défaut de droit de séjour.⁶⁹

⁶² En cas de travail spécialisé et dans des circonstances sociales exceptionnelles.

⁶³ Exemple: l'époux(se) qui vient s'établir avec un Belge ou un ressortissant de l'UE avec séjour permanent.

⁶⁴ Exemple: les ressortissants de certains pays d'Europe de l'Est bénéficient d'une telle exonération.

⁶⁵ Il s'agit d'étrangers qui ont obtenu une carte de travail durant leur séjour légal et dont la durée de validité n'est pas encore expirée au moment où ils se trouvent en situation irrégulière.

⁶⁶ C'est même possible lorsque cet employeur paie les cotisations de sécurité sociale pour le travailleur.

⁶⁷ Art. 12 Loi 29 avril 1994 relative à l'emploi de travailleurs étrangers, *M.B.* 21 mai 1999.

⁶⁸ STOKX, R., 'De Sociale Zekerheid en de illegaal', dans INSTITUUT VOOR SOCIAAL RECHT (ed.), *Vreemdelingen en de Sociale Zekerheid*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 48.

⁶⁹ Il convient de citer à cet égard le récent AR du 6 février 2003. BOUCKAERT, S. et FOBLETS, M.Cl., 'De tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten in België. Een grondige bespreking van (de toepassing van) de wet van 30 april 1999 en het KB van 9 juni 1999, de belangrijkste ontwikkelingen in de rechtspraak (1999-2000) en een analyse van de wijzigingen ingevolge het KB VAN 6 februari 2003, *Migratie en Migrantenrecht, Deel 8*, Bruges, Die Keure, 2003: 'L'innovation la plus importante et la plus évidente dans l'A.R. du 6 février 2003 concerne l'introduction du régime d'exception de la carte de travail C, en remplacement du régime du permis de travail provisoire, qui a été supprimé. Pour les étrangers avec une carte de travail C, l'employeur recruteur ne doit plus disposer d'une autorisation d'occupation. Il appartient à l'étranger lui-même de demander cette carte de travail.'

'A l'instar de la carte de travail A, la nouvelle carte de travail C vaut pour tout employeur et pour toutes les professions exercées sous un régime salarié, mais, contrairement à la carte de travail A, avec une durée de validité qui est en principe limitée à la validité du titre de séjour de l'étranger concerné, avec un délai maximum d'un an. La durée de validité d'une carte de travail C est explicitement mentionnée sur la carte de travail (art. 6 A.R. 2 avril 2003), mais ne peut en aucun cas être supérieure à douze mois. Dans la pratique, la durée concrète d'une carte de travail dépendra notamment du statut de séjour de l'étranger concerné. En outre, une carte de travail C peut toujours être renouvelée (sans toutefois ouvrir un droit à une carte de travail A), aux mêmes conditions et selon les mêmes règles de procédure que celles qui s'appliquent lors de la première demande.'

Il en découle que la carte de travail C perd immédiatement et de plein droit toute validité, dès que son détenteur n'est plus habilité à séjourner. A ce moment, l'employeur recruteur et le travailleur étranger doivent immédiatement mettre un terme à l'emploi. On peut donc se demander s'il arrivera encore souvent dans la pratique qu'un étranger dispose d'un permis de travail, mais qu'il ne peut pas réaliser ce droit, à défaut de droit de séjour. En effet, lors de la délivrance de documents

A en croire la littérature des années septante, la réglementation en matière d'emploi des travailleurs étrangers est conçue de manière telle qu'elle peut faire face sans problème⁷⁰ aux fluctuations conjoncturelles.⁷¹ Selon la situation, la législation sera interprétée dans un sens large ou étroit. Il semble que de cette façon les autorités tiennent compte des besoins impérieux des employeurs.⁷² D'une part, le ministre régional de l'Emploi peut décider assez facilement d'autoriser certaines personnes ou certains groupes à venir travailler en Belgique. Dans ce cas, le statut de séjour des personnes intéressées reste souvent vague. D'autre part, l'Office des Etrangers peut envisager d'accorder une autorisation de séjour, à condition que la personne trouve d'abord du travail et obtienne une carte de travail.⁷³

Comme il a déjà été souligné à plusieurs reprises, les employeurs qui occupent des étrangers qui ne sont pas en règle avec leur séjour et/ou ceux qui emploient des étrangers sans permis de travail, sont punissables.

2.3.2.3. Non-discrimination et effet des droits fondamentaux

L'élargissement de l'application de certains droits fondamentaux aux étrangers démunis de documents de séjour s'inscrit dans l'évolution juridique qui donne une signification croissante à la protection des droits de l'homme. Cette analyse a déjà largement traité l'effet du principe d'égalité sur le droit du travail.⁷⁴

2.3.2.3. La rémunération et les autres conditions de travail

Les conditions de salaire et de travail s'appliquent à tous les travailleurs, quelle que soit leur origine,⁷⁵ ou quel que soit de leur emploi – légal ou illégal.⁷⁶ La nationalité ne peut pas être un motif de discrimination. En outre, selon diverses dispositions légales, l'employeur est tenu d'appliquer les conditions de salaire et de travail à tous les travailleurs, en vertu d'une convention collective de travail.⁷⁷

En cas d'occupation d'un étranger en situation irrégulière, le contrat de travail est en principe nul.⁷⁸ Néanmoins, la législation belge du travail dispose – à l'instar de la plupart des législations du travail – que dans de tels cas, la nullité du contrat de travail n'empêche pas l'application de cette législation.

d'emploi (permis de travail et autorisations d'occupation), on contrôle plus que précédemment les documents de séjour du demandeur.

⁷⁰ Les fluctuations conjoncturelles entraînent une augmentation ou une baisse de la demande de travailleurs étrangers. Selon Moulaert, on continue à faire systématiquement appel à des étrangers même en période de chômage élevé, MOULAERT, F., 'Met vreemde arbeid tegen de crisis', dans *De gids op maatschappelijk gebied*, jaargang 70, 195-205.

⁷¹ MARTENS, A., '25 jaar wegwerparbeiders. Het Belgisch immigratiebeleid na 1945', dans *De gids op maatschappelijk gebied*, jaargang 64, 675-696; MOULAERT, F., 'Labour migration and the role of the state. The immigration policy of the Belgian government', dans MOULAERT, F. et SALINAS, P. (ed.), *Regional Analysis and the New International Division of Labor*, Boston, Kluwer, 1983, 145-161.

⁷² Stokx cite le secteur horticole comme exemple récent: malgré le taux de chômage élevé chez les Belges, le besoin de travailleurs dans ce secteur reste important. Les autorités ont plusieurs fois fait preuve de bienveillance avec des règlements ad hoc proposant des procédures souples pour obtenir une autorisation d'occupation.

⁷³ STOKX, R., 'De Sociale Zekerheid en de illegaal', dans INSTITUUT VOOR SOCIAAL RECHT (ed.), *Vreemdelingen en de Sociale Zekerheid*, Gand, Mys & Breesch, 1996, 48.

⁷⁴ Cf. Supra.

⁷⁵ Art. 19 Loi CCT.

⁷⁶ Art. 47 Loi sur la protection des salaires

⁷⁷ Art. 19 de la loi du 5 décembre 1968 relative aux conventions collectives de travail et aux commissions paritaires, *M.B.*, 15 janvier 1969; Art. 7, 1° de l'arrêté sur les travailleurs étrangers; VANACHTER, O., 'Vreemdelingen en arbeidsrecht', dans *De vreemdelingenwet. Commentaar op de wet van 15 december 1980*, VAN HOUTTE (ed.), Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1981, 126

⁷⁸ La loi du 30 avril 1999 et l'arrêté d'exécution du 9 juin 1999 disposent que l'employeur qui souhaite recruter un travailleur étranger doit disposer au préalable d'une autorisation d'occupation délivrée par les autorités compétentes. Le travailleur étranger doit aussi avoir obtenu au préalable une carte de travail pour effectuer un travail. Il ne peut l'effectuer que dans les limites de la carte.

Même si le contrat de travail est nul, l'étranger employé de manière irrégulière peut puiser des droits dans la législation sur le travail.

2.3.2.4. Les droits en matière de sécurité sociale

L'employeur doit payer des cotisations de sécurité sociale pour quiconque travaille en Belgique ; dans le cas contraire, il s'agit d'un emploi non officiel ('au noir'). Il est vrai que le contrat de travail peut être déclaré nul, notamment en raison de l'emploi illégal. La nullité du contrat de travail ne peut pas être invoquée par l'employeur pour exclure l'application de la loi sur l'ONSS.⁷⁹ Par conséquent, les cotisations restent dues, même en cas de contrat de travail nul.

En ce qui concerne les étrangers, l'assujettissement aux différents régimes de sécurité sociale, ainsi que le droit aux allocations, à l'exception du chômage, ne sont pas liés directement à l'exigence de disposer d'un titre de séjour légal, en vertu du droit belge.⁸⁰ La participation au marché du travail détermine l'accès et bénéfice de droits dans les limites des assurances sociales.⁸¹

Les étrangers qui ont travaillé officiellement et ont payé des cotisations durant leur séjour légal, n'ont strictement parlant pas droit à des *allocations de chômage*, s'ils séjournent en situation irrégulière. En effet, la réglementation en matière de chômage reprend explicitement la condition de séjour légal.⁸²

Le travail ouvre le droit aux *allocations familiales* (allocations pour enfants, en cas de maternité et d'adoption). Dans le cas des personnes sans séjour légal qui travaillent 'au blanc', c'est-à-dire, que les cotisations sociales sont payées, cette dernière catégorie de personnes a droit aux allocations familiales. Aucune condition spécifique de séjour n'est fixée. Les demandeurs d'asile arrivés au terme de leur procédure (déboutés) et qui sont encore employés avec une autorisation d'occupation provisoire 'valable' ou les personnes sans séjour légal employées dans le cadre de la campagne de régularisation, peuvent bénéficier de ces allocations. Pour les personnes qui ne travaillent ou n'ont pas travaillé, il existe l'allocation familiale garantie. Toutefois, pour y avoir droit, il faut avoir droit au séjour⁸³

Les étrangers sans séjour légal, qui sont employés 'au blanc', peuvent bénéficier d'une *pension*. Mais il faut qu'ils 'séjournent effectivement en Belgique'. Seuls les réfugiés, les apatrides et les ressortissants de l'EEE peuvent toucher leur pension dans le monde entier. Les ressortissants d'Algérie, de Bosnie-Herzégovine, d'Israël, de Macédoine, du Maroc, de Pologne, de Slovaquie, de Tunisie et de Turquie peuvent recevoir leur pension dans leur pays.⁸⁴

Enfin, l'article 45 de la loi sur la sécurité sociale dispose que chaque employeur qui verse volontairement à son personnel des avantages complémentaires en matière de sécurité sociale, ne peut pas faire de distinction entre les travailleurs de son entreprise appartenant à la même catégorie.

2.3.3. L'intérêt possible de la Convention

⁷⁹ Art. 4 Loi ONSS.

⁸⁰ JORENS, Y., 'Illegaliteit en sociale zekerheid: over de koppeling tussen het vreemdelingenrecht en het recht op sociale zekerheid', dans FOBLETS, M.-Cl., HUBEAU, B., DE MUYNCK, A. (eds.), *Migrantenonderzoek naar de toekomst. Huldeboek Ruud F. Peeters*, reeks Minderheden in de samenleving (Deel 4), Louvain, Acco, 1998, 193-200.

⁸¹ BOUCKAERT, S., 'De doorwerking van grondrechten in de context van illegale immigratie', dans CUYPERS, M., FOBLETS, M.-Cl., HUBEAU, B. (eds.), *Migratie en migrantenrecht. 6*, Bruges, Die Keure, 2001, 405 e.v.

⁸² Art. 43 AR du 25 novembre 1991 relatif à la réglementation sur le chômage. *M.B* 31 décembre 1991, err. *M.B*, 13 mars 1992. Cet article dispose que pour avoir droit aux allocations de chômage, ainsi que pour pouvoir bénéficier de ces allocations, les étrangers doivent respecter, outre les conditions générales, à titre complémentaire la réglementation de séjour et la législation relative à l'emploi de travailleurs étrangers.

⁸³ Les non-Belges ne peuvent bénéficier des allocations familiales garanties que s'ils sont citoyens de l'UE, réfugiés ou apatrides ou ont séjourné 5 ans en Belgique de manière effective et ininterrompue et sont habilités à y séjourner.

⁸⁴ BRUGES W., HUCKENS D., SOMERS E., *In slechte papieren? Opvangbeleid voor mensen zonder wettig verblijf in Vlaanderen*, Vlaams Minderhedencentrum, mars 2003, 28-29.

La Convention peut avoir un intérêt sur le plan social (2.3.3.1) et juridique (2.3.3.2).

2.3.3.1. L'intérêt social de la Convention internationale

La Convention ne réduit pas les travailleurs migrants à de simples ouvriers, des facteurs de production économiques. Ils sont des acteurs sociaux dans la société, avec une famille. Par conséquent, ils jouissent d'un certain nombre de droits. En outre, la Convention tient compte du fait que les travailleurs migrants et les membres de leur famille sont moins protégés, parce qu'ils ne possèdent pas la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel ils sont employés. La protection spécifique des droits offerte par la Convention permet d'éviter qu'on doive faire appel aux instruments généraux de protection des droits de l'homme. Elle doit également permettre de réserver de manière univoque certains droits aux étrangers en séjour régulier, comme les travailleurs migrants, par le biais de la réglementation nationale.

La Convention souhaite également contribuer à éviter et à éliminer l'exploitation des étrangers, ainsi qu'à lutter contre l'immigration illégale. Eviter l'immigration illégale réduirait le nombre d'abus des droits de l'homme, précisément parce que les immigrés illégaux courent un risque important de violation de leurs droits en matière d'emploi et de transport.⁸⁵

2.3.3.2. L'intérêt juridique

D'une part, l'intérêt juridique de la ratification de la Convention réside dans le fait que la Convention vise clairement le groupe cible de la protection des travailleurs migrants.

Sur la base de la Convention, certains droits de l'homme fondamentaux ont été étendus à tous⁸⁶ les travailleurs migrants, tant les étrangers en situation de séjour régulière qu'irrégulière. Par exemple, la Convention met l'accent sur un certain nombre de groupes qui ne relevaient pas initialement des Conventions de l'OIT: à savoir, les travailleurs frontaliers, les travailleurs ambulants, les travailleurs employés dans le cadre de projets, les travailleurs pour des emplois spécifiques et les travailleurs indépendants.⁸⁷ Par ailleurs, des droits complémentaires sont prévus pour les étrangers 'pourvus de documents' et leur famille⁸⁸. On peut poser de manière générale que la Convention est considérée comme l'expression la plus ambitieuse des préoccupations internationales sur la situation problématique des étrangers en situation irrégulière.⁸⁹

Bien que la Convention internationale s'adresse spécifiquement aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille, un processus de ratification pourrait servir d'amorce à une réflexion sur la nécessité d'une protection spécifique pour d'autres étrangers en position de séjour précaire.

D'autre part, la ratification de la Convention n'a pas uniquement une valeur symbolique sur le plan juridique. La ratification de la Convention permettrait de poursuivre l'ancrage de la protection des droits de l'homme sur une nouvelle base juridique. Compte tenu de la hiérarchie des normes

⁸⁵ FONTENEAU, G., 'The Rights of Migrants, Refugees or Asylum seekers under International Law', *International Migration* 1992, vol. 30, 57-58 in Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 'Comprehensive examination of thematic issues relating to the elimination of racial discrimination', 31 mai 1999, 51^e session, Punt 3 de l'ordre du jour provisionnel, E/CN.4/Sub.2/1999/7/1DD.1.

⁸⁶ Pour autant qu'ils relèvent du champ d'application personnel de la Convention.

⁸⁷ BOHNING, R., 'The IAO and the New UN Convention in Migrant Workers: The Past and the Future', *International Migration Review*, 1991, vol. 25, p.698 in Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 'Comprehensive examination of thematic issues relating to the elimination of racial discrimination', 31 mai 1999, 51^e session, Punt 3 op de provisionele agenda, E/CN.4/Sub.2/1999/7/1DD.1.

⁸⁸ C'est le cas en matière de droit à l'égalité de traitement sur le plan légal, politique, économique, social et culturel.

⁸⁹ BOSNIAK, L. 'Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention, 737-240 in Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 'Comprehensive examination of thematic issues relating to the elimination of racial discrimination', 31 mai 1999, 51^e session, Punt 3 op de provisionele agenda, E/CN.4/Sub.2/1999/7/1DD.1.

juridiques, il convient de donner la priorité aux dispositions avec effet direct prévues dans un traité; sur le plan du droit international, l'Etat partie est tenu de mettre sa réglementation nationale en conformité avec ces dispositions.

3. La Convention internationale et une nouvelle extension de la protection des droits?

Avant de s'interroger sur une nouvelle extension en matière de protection des droits pour les étrangers dans la Convention internationale, (3.2), il semble utile d'examiner brièvement si la Convention n'affecte pas, au contraire, la protection internationale actuellement en vigueur (3.1).

3.1. La Convention et une possible atteinte de la protection internationale des droits⁹⁰

Comment appliquer la Convention internationale, en cas de conflit éventuel entre différentes sources de droit? La Convention offre-t-elle une protection inférieure à la protection des droits existante (3.1.1)? La Convention en soi, c'est-à-dire indépendamment des questions sur l'éventuelle application des (nouveaux) droits prévus, constitue-t-elle une atteinte à la protection internationale des droits? La base juridique sur laquelle l'ONU s'est fondée est-elle suffisamment étanche ou l'initiative ne devait-elle pas plutôt relever de l'Organisation internationale du Travail (3.1.2)?

3.1.1. Le droit à la protection la plus favorable

Il faut répondre par la négative à la question de savoir si la Convention, en prévoyant éventuellement une protection inférieure à la protection existante, entraîne un nivellement vers le bas de la protection des droits. La ratification en soi n'affaiblira pas les régimes de protection existants.

L'article 81 dispose clairement : 'Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux droits et libertés plus favorables accordés aux travailleurs et aux membres de leur famille en vertu : du droit ou de la pratique d'un Etat partie ; ou de tout traité bilatéral ou multilatéral liant l'Etat partie considéré. Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupe ou une personne, un droit quelconque de se livrer à toute activité ou d'accomplir tout acte portant atteinte à l'un des droits ou à l'une des libertés énoncés dans la présente Convention.'

3.1.2. La Convention de l'ONU et l'Organisation internationale du Travail

En décembre 1979, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté une résolution relative aux 'Mesures tendant à améliorer la situation de tous les travailleurs migrants et à leur assurer les droits de l'homme et la dignité'. Elle décida notamment, 'dans le respect des sources juridiques internationales établies par l'Organisation internationale du Travail' de créer un groupe de travail chargé d'élaborer une Convention internationale pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.⁹¹ L'organisation internationale du Travail a réagi et souligné le fait que 'la protection des intérêts des travailleurs employés dans un pays autre que le leur relève du mandat constitutionnel de l'OIT depuis sa création'. Elle a suggéré que 'dans la perspective de la concentration des investissements et de la prévention des conflits, il serait préférable de confier le développement de standards en la matière à l'OIT, en collaboration avec d'autres organisations concernées'.⁹² On peut affirmer comme principe que l'OIT est compétente en ce qui concerne les étrangers en tant que travailleurs et que l'ONU règle leur statut d'étranger. La ratification n'affecte-t-elle pas la position internationale de l'Organisation internationale du Travail?

3.1.2.1. Les avantages et les désavantages des différentes organisations

⁹⁰ Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 'Comprehensive examination of thematic issues relating to the elimination of racial discrimination', 31 mai 1999, 51^e session, Point 3 op de provisionele agenda, E/CN.4/Sub.2/1999/7/1DD.1

⁹¹ GA Res. 34/172 UN GAOR Supp. 46 (1979), 188-189.

⁹² ILO Doc GB 212/IO/1/8 (1980).

(1) L'Organisation internationale du Travail

Les Conventions de l'OIT sont qualifiées de 'supérieures' par plusieurs auteurs, parce qu'elles se fondent sur une contribution tripartite unique des gouvernements, des employeurs et des travailleurs. Elles constituent donc 'une base valable pour le développement d'une nouvelle protection des travailleurs migrants'.⁹³

Par ailleurs, il convient d'observer que l'OIT n'a qu'une compétence limitée dans ses interventions en matière de culture, d'enseignement et de participation politique.⁹⁴ De plus, le Secrétaire Général a affirmé que les critères de protections applicables, relatifs aux étrangers relevant des dispositions de l'OIT, couvrent uniquement le minimum requis pour leur protection.⁹⁵

(2) Les Nations Unies

Les Nations Unies peuvent invoquer certains avantages spécifiques. Le rayonnement international dont bénéficient les Conventions onusiennes n'est pas sans importance. L'impact d'une Convention onusienne semble être plus grand, ce qui est bénéfique à la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille.

Il convient aussi de souligner le champ d'application territorial et personnel des différentes Conventions. Alors que les dispositions de l'OIT s'appliquent uniquement entre les pays qui ont ratifié les Conventions, celles de l'ONU ont un champ d'action général plus étendu.

3.1.2.2. Y a-t-il un conflit entre l'ONU et l'OIT?

(1) Primauté de la meilleure protection

La Convention internationale comporte une règle de conflit particulière pour les cas où différentes sources juridiques devaient s'appliquer. L'article 81 dispose qu' 'aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux droits et libertés plus favorables accordés aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille en vertu : du droit ou de la pratique d'un Etat partie ; ou de tout traité bilatéral ou multilatéral liant l'Etat partie considéré'. En outre, 'aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupe ou une personne, un droit quelconque de se livrer à toute activité ou d'accomplir tout acte portant atteinte à l'un des droits ou à l'un des libertés énoncés dans la présente Convention'. En cas de conflit entre différentes dispositions, la protection supérieure a la priorité.

En d'autres termes, cela signifie que lorsque différentes sources juridiques prévoient des droits identiques, le justiciable a le droit d'invoquer la protection la plus étendue. L'existence de différents textes sur un même sujet peut donc encourager une certaine évolution en matière de protection des droits de l'homme. Lorsqu'un instrument juridique présente un certain retard sur d'autres, une source juridique peut venir combler la lacune.

⁹³ CHOLEWINSKI, R., *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their protection in countries of employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 138.

⁹⁴ CHOLEWINSKI, R., *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their protection in countries of employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 199.

⁹⁵ Commission for Social Development, 'Social Integration. Pertinent regulations concerning the welfare of migrant workers and their families', 28^e session, E/CN.5/1983/10 in Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 'Comprehensive examination of thematic issues relating to the elimination of racial discrimination', 31 mai 1999, 51^e session, Point 3 de l'agenda provisionnel, E/CN.4/Sub.2/1999/7/1DD.1.

La Convention se fonde principalement sur des concepts découlant de deux Conventions de l'OIT, n° 97 et 143.⁹⁶ Il y a un risque d'éventuelles interprétations contradictoires. Par ailleurs, la Convention de l'ONU prévoit aussi une extension des droits à de nouvelles catégories de travailleurs migrants et des droits plus étendus que les dispositions de l'OIT. Les travailleurs frontaliers et les travailleurs indépendants en sont un exemple. Les travailleurs frontaliers sont exclus aussi bien du groupe cible de la Convention OIT n° 97 que de la Convention n° 143.⁹⁷ De plus, les deux Conventions ne s'appliquent pas aux travailleurs indépendants.⁹⁸ Mais ces catégories de travailleurs migrants sont reprises (partiellement) dans la Convention de l'ONU.⁹⁹

(2) Rôle de l'OIT dans le cadre de la Convention

La Convention internationale implique l'OIT dans la pratique de la protection des droits de tous les travailleurs migrants. La question d'une éventuelle participation de l'OIT au contrôle du respect de la Convention a fait l'objet d'un débat animé. Certaines délégations d'Etats estimaient qu'il fallait confier au Comité des Experts de l'OIT la totalité du contrôle sur l'application des Conventions et des Recommandations. D'autres pays ont opté pour un rôle étendu de l'OIT au sein des mécanismes de contrôle, tandis qu'un autre groupe souhaitait limiter et même exclure complètement l'impact de l'OIT sur la Convention. Ces derniers arguaient le fait que la Convention internationale s'occupe aussi de matières qui ne relèvent pas de la compétence de l'OIT. Ils rejetaient l'idée d'une situation qui donnerait à l'OIT une plus grande influence que les Etats individuels parties à la convention. De plus, même des ressortissants de certains pays qui n'avaient pas ratifié la Convention devraient éventuellement contrôler les actes de pays qui l'avaient ratifié.¹⁰⁰

L'article 74 de la Convention dispose au quatrième alinéa : 'le Bureau International du Travail est invité à désigner des représentants qui prennent part aux réunions du Comité en qualité de consultants'. Le groupe de travail a interprété les termes 'en qualité de consultants' de manière telle qu'ils n'ont pas 'le droit de voter'.¹⁰¹ En outre, les rapports rédigés par les Etats sont transmis au Bureau international du Travail, leur permettant d'assister le Comité lors du contrôle par leur expertise. La Convention donne un certain impact de l'Organisation internationale du Travail. Il semble cependant improbable que l'OIT puisse faire valoir une influence décisive sur l'évaluation de l'application de la Convention par les différents Etats individuels.

3.2. La Convention et une nouvelle extension de la protection des droits

Cette partie examine la demande de l'impact concret de la Convention internationale sur l'actuel droit interne belge. Quelques observations préalables nuancent l'effet extensif de la protection des droits prévue dans la Convention (3.2.1). Ensuite, il sera examiné si de nouveaux droits sont effectivement accordés à la suite de la ratification de la Convention et quelle est la portée de cette éventuelle extension de la protection des droits (3.2.2).

3.2.1. Une extension de la protection des droits: quelques nuances

Avant de s'attarder sur la question fondamentale de cette étude – la Convention prévoit-elle une extension de l'actuelle protection des droits pour les étrangers concernés – il convient de faire quelques observations pouvant nuancer l'effet extensif de la Convention.

⁹⁶ La convention N° 97 a été ratifiée par plus de 40 Etats, parmi lesquels quelques pays d'Europe occidentale, comme la Belgique.

⁹⁷ Art. 11 des Conventions

⁹⁸ ILO General Survey of the reports relating to Conventions Nos. 97 and 143 and Recommendations Nos. 86 and 151 concerning Migrant Workers, International Labour Conference, 66° session, 1980.

⁹⁹ Pour les travailleurs frontaliers: art. 2 §2 a et art. 58

Pour les travailleurs indépendants: art. 2 §2 h; art. 52 §4 et art. 63

¹⁰⁰ *Working Group Report*, juin 1984, octobre 1988

¹⁰¹ *Working Group Report*, octobre 1988

Trois questions s'imposent: Est-il possible que les conséquences d'une ratification de la Convention soient à ce stade imprévisibles et que l'approbation entraînera dans la pratique une limitation de la souveraineté des Etats nationaux, par exemple, en matière de réglementation de séjour (3.2.1.1)? Quelles dispositions de la Convention ont un effet direct et peuvent en conséquence avoir un impact immédiat sur le droit belge (3.2.1.2)? Est-il possible de formuler des réserves (3.2.1.3)?

3.2.1.1. La Convention et la souveraineté d'Etat

Le premier point ci-dessous confirme la primauté de la souveraineté d'Etat, certainement en matière de réglementation de séjour, sur la Convention internationale (1), on examinera ensuite plus concrètement le mode d'application future de la Convention dans la pratique (2). Enfin, quelques remarques portent sur le caractère contraignant de la Convention (3).

(1) La souveraineté d'Etat nationale et la Convention internationale

La Convention internationale prévoit un équilibre entre la protection internationale des droits des travailleurs migrants et le principe de la souveraineté d'Etat. Cependant, la souveraineté d'Etat nationale n'est pas citée dans le préambule, contrairement aux autres sources de droit, évoquées comme étant la raison d'être de la Convention.¹⁰²

Le principe de la souveraineté d'Etat est clairement souligné à l'article 79 qui stipule : 'aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte au droit de chaque Etat partie de fixer les critères régissant l'admission des travailleurs migrants et des membres de leur famille. En ce qui concerne les autres questions relatives au statut juridique et au traitement des étrangers concernés, les Etats parties sont liés par les limitations imposées par la présente Convention'.

A première vue, on ne peut évaluer avec précision les conséquences de cette disposition dans le cadre de l'application de la Convention internationale. Une interprétation large va-t-elle réserver un rôle important à la souveraineté d'Etat? Les débats préparatoires à la rédaction de la Convention peuvent en donner une première réponse.

Selon le représentant américain, la raison de l'insertion de l'article 79 est une nouvelle confirmation du 'principe reconnu selon lequel tous les Etats ont le droit souverain d'élaborer et d'imposer une politique propre en matière de migration'.¹⁰³ Quelques délégations d'Etat estimaient qu'il était préférable de ne pas insérer l'article 79 dans la Convention, parce qu'ils ont constaté que cet article n'est pas nécessaire dans le cadre de la Convention internationale¹⁰⁴ et qu'il peut affaiblir les autres dispositions.¹⁰⁵ L'ambiguïté à propos de l'article 79 émane surtout du débat sur l'interprétation du terme 'autorisation'. Certains représentants, surtout des pays d'immigration, se sont prononcés en faveur d'une large interprétation du terme autorisation. Ils invoquent l'argument que le droit souverain relatif à l'autorisation de travailleurs migrants et des membres de leur famille ne concerne pas uniquement les contrôles aux frontières, mais aussi les questions sur le séjour et l'éloignement des étrangers.¹⁰⁶ Par ailleurs, il convient d'observer que la deuxième phrase de l'article 79, qui fait référence aux 'autres questions relatives au statut juridique et au traitement', exclurait éventuellement une telle interprétation. Appliquer l'article 79 de manière telle qu'il ne viserait qu'une politique d'autorisation et non une politique de migration, ne semble pas tenir compte de la nature essentielle du

¹⁰² CHOLEWINSKI, R., *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their protection in countries of employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 192-193.

¹⁰³ *Working Group Report*, juin 1988.

¹⁰⁴ *Working Group Report*, novembre 1982, octobre 1987, juin 1988.

¹⁰⁵ *Working Group Report*, juin 1988: c'était l'opinion de la délégation suédoise

¹⁰⁶ *Working Group Report*, juin 1988: c'était l'opinion des USA, de la France, du Canada et de l'Allemagne. L'auteur Kitamura (KITAMURA, Y., 'Recent developments in Japanese Immigration Policy and the United Nations Convention on Migrant Workers', *UBC Law Rev.*, 1993, 25.) estime cependant qu'une telle interprétation est inacceptable lorsque le terme autorisation est compris dans le contexte et selon l'objectif de la Convention. Selon ses arguments, l'article 79 renvoie uniquement au pouvoir d'un Etat déterminé de décider d'autoriser un étranger à pénétrer dans le pays, ce qui ne couvre pas le pouvoir discrétionnaire d'éloigner à nouveau cet étranger plus tard.

phénomène actuel de la migration du travail et du rôle que les autorités nationales peuvent encore jouer.

Par ailleurs, la Convention fait de nombreuses références au principe de souveraineté d'Etat. Le préambule mentionne 'l'harmonisation entre les attitudes des Etats' comme une raison d'être et un objectif de la Convention, tandis que l'article 34 stipule que le travailleur migrant a l'obligation de se conformer aux lois et règlements de tout Etat de transit et de l'Etat d'emploi et de respecter l'identité culturelle des habitants de ces Etats. Selon l'article 35, il relève de la compétence de l'Etat souverain de procéder à la régularisation de la situation des travailleurs migrants ou des membres de leur famille dépourvus de documents ou en situation irrégulière'.¹⁰⁷ Dans la Sixième Partie, l'article 69 dispose que les Etats parties doivent prendre les mesures appropriées pour que la situation des travailleurs migrants et des membres de leur famille en situation 'irrégulière' sur leur territoire ne se prolonge pas. Selon l'article 82, les Etats parties doivent prendre les mesures appropriées pour assurer que les principes de la Convention soient respectés.

Il convient enfin de souligner le fait que plusieurs dispositions de la Convention n'ont pas d'effet direct.¹⁰⁸ Dans ce cas, il relève de la compétence des Etats nationaux de prendre les mesures d'exécution appropriées, avant que le travailleur migrant individuel puisse invoquer les droits prévus.

(2) Application de la Convention

Les dispositions relatives à l'application de la Convention internationale sont citées dans la Septième Partie. L'évaluation de l'application concrète de la Convention se fera par le nouveau Comité encore à créer pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.¹⁰⁹ Ce Comité est composé initialement de dix membres, mais il pourra plus tard s'étendre à 14 experts élus.¹¹⁰

Le Comité a une triple mission. Il doit examiner les rapports relatifs aux mesures prises, dans le cadre de la Convention (2.1). Ensuite, le Comité peut aussi recevoir les plaintes, tant des Etats (2.2) que de personnes individuelles (2.3).

(2.1) L'analyse de certains rapports

Les Etats parties sont obligés de présenter à intervalles réguliers un rapport sur 'les mesures législatives, judiciaires, administratives et autres qu'ils ont prises pour donner effet aux dispositions de la présente Convention'.¹¹¹ Le Comité examine ces rapports et peut transmettre les 'commentaires appropriés' à l'Etat partie.¹¹²

(2.2) La réception de plaintes interétatiques

L'article 76 prévoit un système de droit de plaintes entre Etats. En vertu de cette disposition, un Etat partie peut, lorsqu'il constate qu'une autre partie ne respecte pas les obligations de la Convention, en informer par écrit le Comité.

L'intérêt de cette disposition se trouve certainement dans l'instrument ainsi offert à chaque Etat individuel pour faire pression sur une autre partie. En ratifiant la Convention, un Etat partie dispose d'une autorité étendue et de la possibilité de renforcer l'exécution des droits prévus dans la

¹⁰⁷ A la suite d'une décision de régularisation, ils doivent, sur la base du deuxième alinéa de l'article 69 'tenir dûment compte des circonstances de leur entrée, de la durée de leur séjour dans l'Etat d'emploi ainsi que d'autres considérations pertinentes, en particulier celles qui on trait à leur situation familiale'.

¹⁰⁸ Cf. infra

¹⁰⁹ Art. 72 Convention internationale

¹¹⁰ Respectivement après ratification de la Convention par 10 et 41 Etats (art. 72).

¹¹¹ Article 73 Convention internationale

¹¹² Article 74 Convention internationale

Convention sur le plan international. Toutefois, ce système de plaintes est optionnel et il ne peut s'appliquer qu'entre deux Etats qui reconnaissent la juridiction du Comité en la matière et ont fait une déclaration dans ce sens.¹¹³

(2.3) La réception de plaintes individuelles

L'article 77 prévoit un droit individuel de plaintes. Le Comité est compétent pour recevoir des communications 'par ou pour le compte de particuliers qui prétendent que leurs droits individuels établis par la présente Convention ont été violés par un Etat partie'. Ces plaintes doivent remplir un certain nombre de conditions pour qu'elles puissent être recevables.¹¹⁴ A l'instar du système de plaintes entre Etats, cette possibilité est optionnelle. La procédure peut uniquement s'appliquer entre les parties Etats parties qui ont fait la déclaration nécessaire, conformément à l'article 77.

(3) Caractère contraignant de la Convention

(3.1) Mécanismes de contrainte dans les Traités de l'ONU

En dehors des procédures relatives aux plaintes entre les Etats et les plaintes individuelles, la Convention ne contient pas de mécanisme formel pour contraindre le respect des droits qu'elle cherche à protéger. Lorsqu'un Etat partie commet une infraction à la Convention, le Comité ne dispose pas de sanctions impératives pour imposer la Convention à l'Etat partie. Ce manque de mécanismes de contrainte impérative est caractéristique des traités des Nations Unies sur les droits de l'homme.

Dans le cadre de la Convention internationale, aucune instance judiciaire autonome n'a été créée. La force juridique des commentaires que fera le Comité semble faible. Il convient d'observer que le Comité est composé d'experts élus par les Etats parties eux-mêmes, ce qui donne en partie un contenu politique à cette instance. Cependant, les membres du Comité doivent 'être d'une haute intégrité, impartiaux et dont les compétences sont reconnues dans la domaine couvert par la Convention',¹¹⁵ et de plus, ils 'bénéficient des facilités, privilèges et immunités accordés aux experts en mission pour l'Organisation des Nations Unies'.¹¹⁶

(3.2) Le rôle de l'Etat partie

D'autres dispositions spécifiques relatives au caractère contraignant des droits de la Convention sont mentionnées aux articles 83 et 84. Ils se rapportent tous les deux aux Etats. L'article 83 prévoit que 'chaque Etat partie s'engage: (a) à garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés dispose d'un recours utile même si la violation a été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles; (b) à garantir que toute personne exerçant un tel recours obtienne que la plainte soit examinée et qu'il soit statué sur elle par l'autorité judiciaire, administrative ou législative compétente ou par toute autre autorité compétente prévue dans le système juridique de l'Etat, et à développer les possibilités de recours juridictionnels; et (c) à garantir que les autorités compétentes donnent suite à tout recours qui aura été reconnu justifié'. L'article 84 impose à l'Etat partie 'de s'engager à prendre toutes les mesures législatives et autres nécessaires à l'application des dispositions de la présente Convention'.

(3.3) Le rôle des Organisations non gouvernementales

En vertu de certains mécanismes informels, les ONG peuvent remplir un rôle précis pour imposer le respect des droits prévus dans la Convention. Les ONG peuvent assister la personne individuelle, lorsqu'elle dépose une plainte.¹¹⁷ Par ailleurs, les ONG peuvent, en parallèle et en collaboration avec

¹¹³ Article 76 Convention internationale

¹¹⁴ Parmi ces conditions, 'toutes les voies de recours nationales disponibles' doivent être épuisées.

¹¹⁵ Article 72, 1, b Convention internationale

¹¹⁶ Article 72, 9 Convention internationale

¹¹⁷ Article 77, 1 Convention internationale

le Comité jouer un rôle dans l'examen des rapports que les Etats doivent présenter.¹¹⁸ En outre, les ONG peuvent stimuler le débat politique et public, après la rédaction et la diffusion des rapports des Etats. Lorsque des Etats ratifient la Convention internationale, ils sont dans l'obligation de rédiger les rapports mentionnés ci-dessus et de 'les mettre largement à la disposition du public dans leur propre pays'.¹¹⁹

3.2.1.2. Effet direct

Pour qu'une règle de droit international puisse ressortir un effet direct, elle doit être suffisamment précise et complète. Elle doit aussi pouvoir être invoquée par des particuliers, sans qu'une règle interne soit nécessaire, donc sans autres arrêtés d'exécution.¹²⁰

La question de l'effet direct de droits et de libertés qui émanent de dispositions conventionnelles internationales et qui s'appliquent à l'ordre juridique interne, est importante.¹²¹ Sur la base de la doctrine établie par l'arrêt Franco-Suisse Le Ski de la Cour de cassation,¹²² les cours et tribunaux sont tenus d'exclure l'application de normes législatives et d'actes administratifs qui sont aux dispositions conventionnelles à effet direct.

En outre, la Cour d'arbitrage a étendu sa compétence de contrôle (articles 10 et 11 de la Constitution) à ces droits et devoirs.¹²³ La Cour d'arbitrage a confirmé que les droits et libertés qui émanent de dispositions conventionnelles internationales impératives, et qui ont été rendus applicables par un acte de consentement dans l'ordre juridique interne, relèvent des droits et des libertés garanties par les articles 10 et 11 de la Constitution. C'est du moins le cas pour les droits et les libertés qui ont un effet direct.¹²⁴ De l'avis de certains auteurs, la question de l'effet direct des dispositions juridiques manque même de pertinence, parce que la Cour d'arbitrage aurait abandonné l'exigence selon laquelle une disposition conventionnelle doit avoir un effet direct pour pouvoir être utilisée comme critère de contrôle en relation avec les articles 10 et 11 de la Constitution.¹²⁵

Le Conseil d'Etat s'est aussi prononcé avec beaucoup de clarté sur la question relative à un conflit entre un traité et la Constitution. Il a affirmé que les dispositions à effet direct émanant d'une institution de droit public international priment sur la Constitution¹²⁶.

Il convient d'observer en outre que les dispositions contractuelles elles-mêmes pourraient être contrôlées par la Cour d'arbitrage sur le plan de la concordance avec la Constitution. En effet, la Cour d'arbitrage est compétente pour examiner l'éventuelle loi d'approbation de la Convention – et partant, les dispositions de la Convention qui sont une partie de la loi – à la lumière des droits et libertés mentionnées au Titre II de la Constitution.

3.2.1.3. La Convention et la possibilité de formuler des réserves

(1) La formulation de réserves

¹¹⁸ Article 74, 4 Convention internationale

¹¹⁹ Article 73, 4 Convention internationale

¹²⁰ VAN EYKEN, C., Voorstel van resolutie betreffende de raamovereenkomst van de Raad van Europa ter bescherming van de Nationale Minderheden, *Parl.St.* VI. R. 1996-97, 9 april 1997, nr. 624/1, 3.

¹²¹ THEUNIS, J., 'Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor corrigerende ongelijkheden en doorwerking in private rechtsverhoudingen.' dans *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaat recht*, Gent, Mijs en Breesch, 1997, 148.

¹²² Cass. 27 mai 1971, Etat belge c./N.V. Fromagerie Franco-Suisse Le Ski, *Pas.* 1971, I, 886 ; *J.T.* 1971, 460 ; *Arr. Cass.* 1971, 959, *R.W.* 1971-72, 424 ; *T.B.P.* ? 1972, 39.

¹²³ Cour d'arbitrage n° 18/90, 23 mai 1990, *M.B.* 27 juillet 1990.

¹²⁴ H. PAS, 'Vreemdelingen en sociale minimumvoorzieningen', dans CUYPERS, D., FOLETS, M-C. en HUBEAU, B. (eds.) *Migratie en migrantenrecht*.5. Bruges, die Keure, 2000, 266 e.v.

¹²⁵ VANDAELE, A. en CLAES, E., 'Het arrest nr. 110/98 van het Arbitragehof: lessen voor de problematiek van niet-gemengd onderwijs en de techniek van directe werking?', *R.W.* 1998-99, 1235.

¹²⁶ Conseil d'Etat 5 novembre 1996, *J.T.* 1997, 254-255.

On retrouve les principes généraux applicables en matière de droit des traités dans le Traité de Vienne.¹²⁷ Ce traité s'applique aussi en Belgique. L'article 19 du Traité de Vienne stipule qu'un Etat peut formuler une réserve au moment de la signature, de l'adoption ou de l'approbation d'un traité ou lors de l'adhésion à un traité. Toutefois, la possibilité de formuler une telle réserve ne peut pas être exclue par le traité lui-même. De plus, la réserve doit aussi être compatible avec l'objet et le but du traité.

(1.1) La possibilité de formuler une réserve n'a pas été exclue par le traité

La Convention internationale n'exclut pas la possibilité de formuler des réserves. L'article 91 traite explicitement l'hypothèse relative à d'éventuelles réserves et déclarations d'Etats qui ont ratifié. 'Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies recevra et communiquera à tous les Etats le texte des réserves qui auront été faites par des Etats parties au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion. Les réserves peuvent être retirées à tout moment par voie de notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, lequel informera tous les Etats'.

Il est cependant important de souligner 'qu'aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention ne sera autorisée'. La Convention confirme ainsi les conditions générales applicables pour formuler des réserves, sur la base du Traité de Vienne.

(1.2) La réserve doit être compatible avec l'objet et le but du traité

La Convention de l'ONU s'applique à 'tous les travailleurs migrants et aux membres de leur famille sans distinction aucune'.¹²⁸ Les discussions apparues lors de la rédaction de l'article 88 soulignent clairement les limites fixées par la Convention pour formuler des réserves.

A l'article 88, la Convention indique quelles réserves seront qualifiées comme étant contraires à l'objet et au but du traité. Ainsi, 'un Etat qui ratifie la présente Convention ou y adhère ne peut exclure l'application d'une partie quelconque de celle-ci ou, sans préjudice de l'article 3,¹²⁹ exclure une catégorie quelconque de travailleurs migrants de son application'.

(1.2.1) Aucune exclusion de la moindre partie

Contrairement, par exemple, à la Convention de l'OIT n° 143 et à la Charte Sociale Européenne, qui prévoient une possibilité de ratification sélective de certaines dispositions, la Convention requiert qu'aucune partie ne soit exclue de la ratification.

Lors de la rédaction du texte, quelques délégations avaient entrepris des tentatives pour permettre aux Etats que certaines parties de la Convention soient uniquement applicables à leurs nationaux, sur la base de la réciprocité. Certains représentants ont même défendu la possibilité d'exclure certaines parties de la ratification. Ces deux tentatives n'ont pas été honorées dans la version définitive. La réciprocité a été rejetée au motif que c'est 'contraire à l'universalité des droits de l'homme et cela risquerait d'entraîner une discrimination entre les travailleurs migrants en raison de leur provenance d'un pays déterminé'.¹³⁰

(1.2.2.) Exclusion d'aucune catégorie de travailleurs migrants

¹²⁷Loi du 8 juin 1992 portant approbation du Traité de Vienne relatif au droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales et de l'Annexe, établis à Vienne le 21 mars 1986, *M.B.* 25 décembre 1993.

¹²⁸ Article 1 Convention internationale

¹²⁹ L'article 3 cite les catégories d'étrangers qui ne relèvent pas du champ d'application de la Convention.

¹³⁰ *Working Group Report*, octobre 1984, juin 1989, juin 1990. Les Etats qui ont défendu la possibilité d'introduire cette réciprocité ont affirmé que toutes les dispositions de la Convention n'ont pas de lien strict avec les droits de l'homme (France, Allemagne et Italie) et prévoir cette possibilité augmenterait la probabilité de ratifications plus nombreuses (Italie).

Tout comme il est impossible pour les Etats d'exclure une partie entière de la Convention lors de la ratification, il est également impossible d'exclure toute une catégorie de travailleurs migrants. Sous réserve de l'application de l'article 3, qui exclut certaines catégories d'étrangers du groupe cible de la Convention.

(1.2.3) Réserves autorisées

Ceci implique que les réserves portant sur une 'Partie' entière ne sont pas possibles. Un Etat ne peut pas décider de ratifier la Convention tout en formulant une réserve sur la Troisième Partie ou la Quatrième Partie, par exemple. Par contre, les réserves à l'égard d'articles (individuels), qui ne sont pas contraires au but et à l'objet de la Convention, sont possibles.¹³¹¹³²

Aucune disposition de la Convention empêche un Etat de formuler, par exemple, des réserves à propos d'articles qui ont pour objet les droits des travailleurs en séjour illégal. Il est aussi possible de soumettre certaines dispositions spécifiques à la réciprocité.¹³³

La décision de formuler des réserves revient à l'autorité qui ratifie. Comme il est indiqué ci-dessus, elle doit respecter certaines limites.

3.2.2. Octroi d'une protection étendue des droits

Cette partie aborde la question de savoir si la Convention internationale accorde une extension de la protection des droits (inter)nationale actuellement d'application aux travailleurs migrants en situation régulière. Cette question de protection plus étendue vaut aussi pour les travailleurs migrants en situation irrégulière, pour autant que les droits qui prévoient une protection plus étendue, aient été insérés dans la Troisième Partie de la Convention, qui s'applique tant aux étrangers tant en situation régulière qu'irrégulière (3.2.2.1).

On examinera ensuite si la Convention étend certains droits dont les travailleurs migrants en situation régulière peuvent déjà disposer en vertu de certaines autres sources juridiques internationales, à la catégorie des étrangers résidant avec un statut illégal (3.2.2.2).

Enfin, on se penchera sur la question de savoir si la Convention prévoit un régime de protection plus étendu que le régime actuel pour les membres des familles des travailleurs migrants en situation (ir)régulière (3.2.2.3.).

Cette partie doit être lu avec le schéma (uniquement en néerlandais) qui suit plus loin dans cette analyse. La Convention internationale est présentée de manière schématique en regard de la réglementation actuellement en vigueur. On traitera ci-après uniquement les dispositions dont il n'est pas clair à première vue si elles prévoient pas protection plus étendue des droits, à défaut de trouver une disposition équivalente dans les autres sources juridiques (inter)nationales.¹³⁴

¹³¹ Working group: (1) 1990 – A/C.3/45/1:57 VS, la France et la Finlande proposent d'écrire 'Part' à la place de 'part', pour que l'on comprenne plus clairement que cela concerne les différentes Parties de la Convention et non chaque article; (2) 1990 – A/C.3/45/1:62 Les Pays-Bas observent que le terme 'Part' dans la proposition finlandaise doit être écrit avec une majuscule, pour éviter l'exclusion de certaines catégories de travailleurs immigrés; (3) 1990 – A/C.3/45/1: 53: un des soucis principaux de nombreux membres du Groupe de Travail est que certains Etats tentent uniquement de ratifier certaines parties de la Convention ou de placer seulement certaines catégories d'étrangers sous le champ d'application de la Convention.

¹³² Dans ce contexte, il est utile de souligner les déclarations faites et les réserves formulées, par exemple, lors de la ratification des Pactes internationaux du 19 décembre 1966 relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels. En effet, certains articles de la Convention ont été établis sur la base de ces Pactes.

¹³³ CHOLEWINSKI, R., *Migrant workers in International Human Rights Law. Their protection in countries of employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 148 e.v.

¹³⁴ Dans le schéma, les dispositions sont marquées de: ++ (la Convention internationale contient une disposition plus étendue tant à l'égard des étrangers en situation régulière qu'irrégulière) ou T (le commentaire de cet article suit dans le texte introductif).

3.2.2.1. Octroi de nouveaux droits aux étrangers en situation (ir)régulière

Dans l'hypothèse où il faudrait conclure pour cette partie que les étrangers en situation régulière disposeront, après approbation de la Convention, d'une extension de la protection des droits existante, en vertu des droits prévus dans la Troisième Partie de la Convention (articles 8 à 35), il faudrait conclure que cette extension s'applique aussi aux travailleurs migrants en situation irrégulière. En effet, tant les étrangers en situation régulière qu'irrégulière relèvent du champ d'application personnel de la Troisième Partie de la Convention.

Par contre, un élargissement de la protection qui découlerait des droits prévus dans la Quatrième Partie de la Convention (articles 36 à 56) s'appliquerait uniquement aux étrangers qui séjournent et sont employés en situation régulière. Les étrangers en situation irrégulière ont effectivement été exclus du champ d'application de la Quatrième Partie.

(1) *Non-discrimination et égalité*

L'article 7 de la Convention oblige les Etats à garantir les droits prévus par la Convention pour les travailleurs migrants et leur famille et ce, 'sans distinction aucune, notamment de sexe, de race, de couleur, de langue, de religion ou de conviction, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale, ethnique ou sociale, de nationalité, d'âge, de situation économique, de fortune, de situation matrimoniale, de naissance ou de toute autre situation'. L'article 1 complète cet article 7 en déclarant la Convention applicable, sauf disposition contraire, 'aux travailleurs migrants et à leur famille sans distinction aucune, notamment de sexe, de race, de couleur, de langue, de religion ou de conviction, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale, ethnique ou sociale, de nationalité, d'âge, de situation économique, de fortune, de situation matrimoniale, de naissance ou d'autre situation.'

(1.1. Non-discrimination et travailleurs migrants

La disposition de l'article 7 prévoit uniquement une interdiction de discrimination entre différents groupes de travailleurs migrants pour ce qui concerne la jouissance des droits énumérés dans la Convention. Le principe de non-discrimination n'a donc pas d'effet autonome indépendamment des autres droits énumérés dans la Convention.

Cholewinski se demande si cette obligation qu'ont les Etats de ne pas faire de discrimination entre les travailleurs migrants a pour effet que le régime de l'UE sur la libre circulation (des personnes) doit être étendu aux non ressortissants de l'UE.¹³⁵ En vertu de la réglementation de la CE, un traitement de faveur est accordé aux travailleurs migrants de l'UE par rapport aux non ressortissants de l'UE. Peut-on considérer cela comme une discrimination sur la base de la nationalité ?

Instaurer une différence de traitement ne constitue pas nécessairement une discrimination. Il est permis, sur la base d'une justification objective et raisonnable, d'élaborer un traitement différencié pour différentes catégories de personnes, sans qu'il soit question de discrimination. L'article 7 prévoit uniquement la non-discrimination en ce qui concerne les droits repris dans la Convention.

De plus, la Convention ne vise pas l'instauration d'un régime général de libre circulation. L'objectif est de prévoir des standards minimum et de garantir ainsi certains droits de base à tous les travailleurs migrants. Par ailleurs, la Convention permet librement aux Etats de développer une réglementation plus étendue et plus favorable. L'article 81 dispose à ce propos que 'aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux droits et libertés plus favorables accordés aux travailleurs migrants en vertu : du droit ou de la pratique d'un Etat partie; ou de tout traité bilatéral ou multilatéral liant l'Etat partie considéré'. Cette interprétation est possible parce qu'il est établi que la clause relative à l'égalité de traitement a été élaborée d'une manière non substantielle.

¹³⁵ CHOLEWINSKI, R., *Migrant workers in International Human Rights Law. Their protection in countries of employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 155 e.v.

(1.2.) Non-discrimination entre travailleurs migrants en situation régulière et irrégulière et entre les travailleurs migrants et les nationaux¹³⁶

A l'avenir, la Convention pourra éventuellement être considérée comme une nouvelle étape dans la recherche de l'égalité de traitement entre les travailleurs migrants et les nationaux. Toutefois, il ne s'agit pas d'une égalité de traitement complète. Constaté que la Convention prévoit certains droits prévus pour tous les migrants et d'autres droits que seuls les étrangers en situation régulière peuvent invoquer, confirme l'acceptation de principes de différentes gradations dans l'égalité de traitement, en fonction de la situation légale de l'étranger.¹³⁷ En outre, on peut rappeler que l'égalité n'exclut pas un traitement différent, pour autant qu'elle se justifie de manière objective et raisonnable. Ce n'est que si cette justification fait défaut qu'on parlera de discrimination (interdite).

Il convient d'observer à cet égard que, sur la base des droits fondamentaux, repris dans la Troisième Partie et qui s'appliquent donc tant aux étrangers séjournant en situation régulière qu'irrégulière, l'égalité de traitement est absolue, sauf si une disposition restrictive a été prévue. Dans ce cas, pour que cette disposition soit autorisée, elle doit s'appliquer tant aux nationaux qu'aux étrangers.

(2.) Droits civils, politiques et de séjour

(2.1.) Sécurité personnelle

- Protection contre la violence

Au deuxième alinéa de l'article 16, la Convention garantit à tous les travailleurs migrants un 'droit à la protection effective de l'Etat contre la violence, les dommages corporels, les menaces et intimidations, que ce soit de la part de fonctionnaires ou de particuliers, de groupes ou d'institutions'. Cette disposition s'inscrit dans le contexte du droit plus étendu à la liberté et la sécurité.

Le droit à la protection de l'Etat est une extension du droit à la sécurité, que l'on peut également retrouver dans d'autres instruments internationaux en matière de droits de l'homme.¹³⁸ Il est possible d'inscrire ce droit dans un concept plus large de non-discrimination, en réponse au climat actuel de tensions raciales dans de nombreux pays d'Europe occidentale et dans le monde.¹³⁹

(2.2.) Privation de liberté

- Assistance consulaire ou diplomatique

La Convention prévoit un rôle de protection pour les autorités consulaires ou diplomatiques de l'Etat d'origine du travailleur migrant ou d'un Etat sur le territoire de l'Etat partie, qui prive le travailleur migrant ou un membre de sa famille de sa liberté, qui défend les intérêts du pays d'origine. Ces autorités ont aussi une mission d'assistance, dans le cadre de la Convention.

L'article 23 crée un droit de recours direct auprès de ces autorités diplomatiques 'en cas d'atteinte aux droits reconnus par la présente Convention.' Une intervention particulière est possible dans le cas d'expulsion¹⁴⁰ et de détention¹⁴¹ du travailleur migrant ou d'un membre de sa famille.

¹³⁶ CHOLEWINSKI, R., *Migrant workers in International Human Rights Law. Their protection in countries of employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 156 e.v.

¹³⁷ Les dispositions relatives à l'égalité de traitement se trouvent dans la Troisième Partie, art. 25, 27, 28, 30 et dans la Quatrième Partie : art. 43, 45, 54, 55.

¹³⁸ Par exemple, art. 9 Droits civils et politiques, art. 3 CUDH, art. 5 CEDH.

¹³⁹ CHOLEWINSKI, R., *Migrant workers in International Human Rights Law. Their protection in countries of employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 159 e.v.

¹⁴⁰ Art. 23 Convention internationale

¹⁴¹ Art. 16, 7 Convention internationale: si des travailleurs migrants ou des membres de leur famille sont arrêtés ou emprisonnés ou placés en garde à vue en attendant de passer en jugement ou sont détenus de toute autre manière: (a) les

En vertu de la Convention internationale, les autorités consulaires et diplomatiques doivent pouvoir remplir leur rôle et, le cas échéant, adopter une position active. L'assistance doit garantir une bonne administration de la justice, ainsi qu'un contrôle du pouvoir exécutif, lorsqu'il décide de procéder à l'arrestation de l'étranger.

- Traitement après arrestation

L'article 17 impose à l'Etat certaines obligations qu'il doit respecter, lorsqu'il procède à l'arrestation d'un travailleur migrant ou d'un membre de sa famille. Ainsi, les étrangers, selon qu'ils sont prévenus ou effectivement condamnés, doivent être séparés en cas d'arrestation. Par ailleurs, un certain nombre de conditions doivent être respectées après l'arrestation.

En vertu de la Convention, l'Etat doit, en cas de privation de liberté, traiter et, le cas échéant, séparer les personnes selon leur situation pénale et/ou administrative. Des travailleurs migrants accusés peuvent être placés avec des personnes condamnées uniquement dans des 'circonstances exceptionnelles' et bénéficier d'un traitement analogue à celui de cette catégorie;¹⁴² les travailleurs migrants qui sont arrêtés pour avoir violé la réglementation de séjour d'un Etat partie, doivent 'dans la mesure du possible' être séparés des personnes condamnées ou des personnes arrêtées dans l'attente de leur procès.¹⁴³ La Convention semble accorder une plus grande importance à la séparation des étrangers accusés de ceux qui ont déjà été condamnés qu'à la séparation d'étrangers arrêtés pour cause de violation de la réglementation sur le séjour de ceux qui sont condamnés. De plus, les jeunes accusés¹⁴⁴ et les jeunes contrevenants¹⁴⁵ doivent être séparés des adultes. Sur ce dernier point, la Convention suit le Pacte international de l'ONU relatif aux droits civils et politiques. L'article 10 du Traité international relatif aux droits civils et politiques a servi de base à la rédaction de l'article 17. Il faut rappeler que la Belgique a formulé des réserves explicites lors de l'approbation de ce Pacte international.¹⁴⁶

Différents droits doivent être garantis également après l'arrestation. Au cours de la détention, les étrangers doivent se voir accorder les mêmes droits que les nationaux,¹⁴⁷ ceci impliquant notamment un droit équivalent de visite de la famille.¹⁴⁸ Cette disposition est une application concrète du principe de non-discrimination garanti par la Convention internationale et différentes autres sources juridiques internationales.¹⁴⁹

autorités consulaires ou diplomatiques de leur Etat d'origine ou d'un Etat représentant les intérêts de cet Etat sont informées sans délai, à leur demande, de leur arrestation ou de leur détention et des motifs invoqués; (b) les intéressés ont le droit de communiquer avec lesdites autorités. Toute communication adressée auxdites autorités par les intéressés leur est transmise sans délai et ils ont aussi le droit de recevoir sans délai des communications desdites autorités; (c) les intéressés sont informés sans délai de ce droit et des droits dérivant des traités pertinents liant, le cas échéant, les Etats concernés, de correspondre et de s'entretenir avec des représentants desdites autorités et de prendre avec eux des dispositions en vue de leur représentation légale.

¹⁴² Art. 17, 2 Convention internationale

¹⁴³ Art. 17, 3 Convention internationale

¹⁴⁴ Art. 17, 2 Convention internationale

¹⁴⁵ Art. 17, 4 Convention internationale

¹⁴⁶ A l'article 10.2.a), la Belgique a fait la réserve/déclaration suivante: 'Le gouvernement belge estime que cette disposition doit être interprétée conformément au principe ratifié dans les règles minimales pour le traitement des personnes détenues¹⁴⁶, de manière telle que les personnes, qui font l'objet d'une accusation, ne peuvent être mises, contre leur gré, en contact avec des détenus condamnés¹⁴⁶. S'ils le demandent, on peut les autoriser à participer avec les condamnés à certaines activités communes.

A l'article 10, 2, b) et 3, la Belgique a fait la réserve/déclaration suivante: La disposition de l'art. 10, al.3, selon lequel les jeunes contrevenants doivent rester séparés des adultes et traités conformément à leur âge et leur situation juridique, concernent exclusivement les mesures judiciaires prévues dans le régime sur la protection des mineurs, instauré par la loi belge que la protection de la jeunesse. En ce qui concerne les autres jeunes contrevenants, qui relèvent du droit commun, le gouvernement belge veut se réserver la possibilité de prendre le cas échéant des mesures plus souples dans l'intérêt même des intéressés.

¹⁴⁷ Art. 17, 7 Convention internationale

¹⁴⁸ Art. 17, 5 Convention internationale

¹⁴⁹ Cf. Supra

En cas de privation de liberté, les autorités compétentes ne doivent pas seulement être attentives à la situation de l'étranger arrêté, mais aussi à celle de sa famille.¹⁵⁰ Sur ce dernier point, on ne peut pas affirmer que la Convention envisagerait une extension de la protection des droits déjà en vigueur en Belgique. En effet, la Convention ne précise pas dans quel sens l'Etat doit respecter cette disposition. De plus, il est très improbable que cette disposition ressortisse un effet direct. Par exemple, le droit à l'assistance (financière) des membres de la famille n'est pas explicitement prévu.

- Sanction du travailleur migrant

Lorsqu'une peine est infligée à un travailleur migrant ou à un membre de sa famille, la Convention oblige en son article 19, 2 qu'il 'devrait être tenu compte de considérations humanitaires liées à la condition du travailleur migrant, notamment en ce qui concerne son permis de séjour et son permis de travail.'

On remarquera en premier lieu que cette disposition nécessite d'autres mesures d'exécution pour qu'elle soit applicable dans la pratique en droit interne. Un effet direct sera probablement attribué à cette disposition.¹⁵¹

La Convention ne vise pas la prise en compte de considérations humanitaires dans la décision tendant à condamner ou non à une peine, mais bien au niveau de la mesure de la peine.

Il semble que l'article 19 de la Convention invoque un motif d'excuse. Il est vrai que les motifs d'excuse maintiennent la pénalité du fait commis, mais ils induisent une réduction de la peine. Les motifs d'excuse sont énumérés de manière limitative dans la loi; par contre, le juge est obligé de les appliquer. Ce dernier élément souligne la différence avec les circonstances atténuantes. Celles-ci ne sont pas explicitement précisées dans la loi, elles sont laissées à l'appréciation souveraine du juge pénal. Le juge peut décider de tenir compte de telles circonstances pour prononcer, dans le cas concret, une peine minimale inférieure à la peine légale. On ne peut pas considérer que la disposition de l'article 19 engendre une circonstance purement atténuante, elle semble introduire un motif d'excuse.¹⁵²

La Convention affirme qu'il faudrait tenir compte des considérations humanitaires, qui sont en relation avec le permis de séjour ou de travail. Il appartient au législateur de déterminer s'il s'agit d'un motif d'excuse avec réduction de peine ou d'un motif d'excuse avec exclusion de peine. Alors que la première catégorie aura pour seul effet une réduction de peine, dans la deuxième catégorie la peine est complètement levée.

A ce propos, il faut observer que le motif d'excuse sur la base de la Convention ne peut s'appliquer qu'aux travailleurs migrants ou à un membre de sa famille. Il est probable que si cette disposition est approuvée, sur la base du principe de non-discrimination, ce motif d'excuse sera aussi introduit pour les autres étrangers.

(2.3.) Droits de séjour

- Demande de révision de la décision d'expulsion

Au quatrième paragraphe de l'article 22, la Convention traite du droit de l'étranger (il)légal de demander la révision de son cas, si une décision d'expulsion est prise. Il faut observer au préalable que la Convention exige uniquement que l'étranger doit pouvoir introduire une demande en révision, si la décision définitive n'a pas été prononcée par une autorité judiciaire.

¹⁵⁰ Art. 17, 6 Convention internationale

¹⁵¹ De plus, la version anglaise parle de 'should be' et non de 'shall be taken into account' et la version française dit 'il devrait être tenu compte' et non 'doit tenir compte'. Cette analyse a été effectuée sur la base d'une traduction néerlandaise officielle de la Convention. Seules les versions française et anglaise sont authentiques.

¹⁵² VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht*, Anvers, Maklu, 1999, 196, 199 e.v., 231 e.v., 240 e.v.

L'interprétation de cette disposition, qui semble inspirée par un régime juridique qui diffère considérablement du régime belge, n'est pas simple, parce que la portée précise des termes utilisés n'est pas établie.

Dans l'hypothèse où la 'décision finale prononcée par une autorité judiciaire' de l'article 22, 4 de la Convention vise aussi les arrêts prononcés par le Conseil d'Etat en matière de contentieux de séjour dans les recours en annulation relatifs aux mesures d'éloignement, cet alinéa de l'article 22 n'aura pas de rôle significatif. En raison de la protection juridique, prévue par la loi sur les étrangers et la loi sur le Conseil d'Etat, une nouvelle protection administrative au sens d'un recours en révision auprès d'une instance administrative n'est plus requise.

Si l'on admet, par contre, que le recours en annulation, en raison du fait que la juridiction du Conseil d'Etat est limitée au contrôle de légalité, n'est pas une 'décision finale' au sens de l'article 22, 4 de la Convention, il faudra vérifier pour les différents statuts de séjour prévus par la législation belge en matière de séjour s'il existe une possibilité de recours administratif ou judiciaire et si, en cas de recours, la suspension de la mise à exécution peut être requise.

Dans cette deuxième hypothèse, on peut constater qu'il existe deux voies de recours, qui répondent toutes les deux à l'article 22, 4 de la Convention : le recours en révision et le recours en annulation auprès du Conseil d'Etat.

Le recours en révision est un recours administratif interne, qui tend à soumettre au jugement du ministre une décision prise par l'Office des Etrangers, en principe après avis rendu par la Commission consultative des étrangers.¹⁵³ Le recours en révision était initialement considéré comme la voie de recours particulière prévue par la loi. Il a toutefois perdu une grande part de son intérêt. Depuis le 1er février 1988, le recours en révision ne s'applique plus aux candidats réfugiés.¹⁵⁴ De plus, le nombre d'expulsions d'étrangers autorisés ou habilités au séjour a fortement diminué, à la suite de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est surtout la jurisprudence relative au droit à la vie familiale, garanti par l'article 8 de la CEDH, qui entraîne des conséquences importantes. Enfin, aucun recours en révision n'est possible lorsque le droit au séjour de plus de trois mois n'a pas été refusé, mais déclaré irrecevable. La révision est la voie de recours la plus utilisée dans la pratique, en cas de refus sur le fond d'accorder un séjour ou un établissement. Toutefois, dans ce cas, l'Office des Etrangers néglige dans la plus grande majorité des dossiers, de porter l'affaire devant la Commission consultative des étrangers et il accorde le séjour ou l'établissement après un certain temps¹⁵⁵, sans avis de la Commission et partant sans nouvelle décision formelle.

Toutes les décisions ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en révision sur la base de la loi sur les étrangers.¹⁵⁶ On s'intéresse d'abord à l'hypothèse où le travailleur migrant qui se trouve en situation régulière introduit une demande en révision contre une décision d'expulsion (§1) pour examiner ensuite l'hypothèse relative au recours par un étranger en situation irrégulière (§2).

§1. La demande en révision introduite par un travailleur migrant en situation régulière.

Les cas où une demande en révision d'une décision d'éloignement peut être introduite, sont énumérés aux articles 44, 44bis et 64 de la Loi sur les étrangers.

¹⁵³ DENYS, L., 'Rechtsmiddelen in de Vreemdelingenwet' dans CUYPERS, D, FOLBLETS, M.Cl., HUBEAU, B., *Migratie en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen. Deel 8*, Bruges, Die Keure, 2001, 114-132.

¹⁵⁴ Les réfugiés et les apatrides sont exclus à l'art. 3, d du groupe cible de la Convention 'sauf disposition contraire de la législation nationale pertinente de l'Etat partie intéressé ou des instruments internationaux en vigueur pour cet Etat.' Cette disposition est à l'origine d'une anomalie: les demandeurs d'asile seront qualifiés de travailleurs migrants et ils pourront invoquer la Convention, s'ils ont été autorisés à travailler dans le pays ; si le réfugié est reconnu, il perd toutefois le statut de travailleur migrant au sens strict de la Convention.

¹⁵⁵ Il faudra souvent vérifier si le mariage qui est à l'origine de la demande de séjour ou d'établissement est un vrai mariage.

¹⁵⁶ Le recours en révision est réglé par les articles 44, 44bis et 64 tot 67 de la Loi sur les étrangers et par les articles 111 à 113 de l'arrêté sur les étrangers.

Un travailleur migrant en situation régulière, ne dispose pas seulement des documents de travail nécessaires, mais il peut en outre revendiquer un séjour légal en Belgique. Le travailleur migrant en situation régulière ne pourra introduire de demande en révision, au sens du droit belge que lorsqu'il est renvoyé, pas lorsqu'il est expulsé ou a reçu un ordre de quitter le territoire.

Un travailleur migrant qui ne séjourne que pour une période de *moins de trois mois* en Belgique et qui reçoit un ordre de quitter le territoire, n'est pas autorisé à introduire de demande en révision contre cette décision administrative. Une mesure d'éloignement prise contre un étranger qui dispose de droits limités, par exemple, un étranger en séjour de courte durée, peut faire l'objet d'un recours en annulation auprès du Conseil d'Etat, de même la suspension de l'exécution peut aussi être requise. Par conséquent, la réglementation en vigueur est en conformité avec le texte de la Convention.¹⁵⁷¹⁵⁸

Lorsque le travailleur migrant en situation régulière est *renvoyé*, il lui est loisible d'introduire une demande en révision, conformément à la réglementation interne. L'étranger qui est autorisé ou habilité à un séjour de plus de trois mois, peut dans certains cas être renvoyé sur décision ministérielle.¹⁵⁹ Cette décision de renvoi peut faire l'objet d'une demande en révision,¹⁶⁰ également si la Commission consultative des étrangers a déjà été consultée préalablement sur la base des obligations qui découlent d'un traité international.¹⁶¹ On peut aussi faire observer que cet étranger peut introduire un recours en annulation et en suspension auprès du Conseil d'Etat.

Une demande en révision d'un arrêté royal *d'expulsion* d'un étranger établi n'est pas possible.¹⁶² En effet, en vertu de l'article 20, deuxième alinéa de la Loi sur les étrangers, l'affaire a déjà été présentée pour avis à la Commission consultative des étrangers avant l'arrêté royal.¹⁶³ La demande en révision introduit contre un arrêté royal d'expulsion peut uniquement être considéré comme une demande gracieuse. La décision de rejet de cette demande gracieuse ne peut pas faire l'objet d'un recours en annulation.¹⁶⁴ Toutefois, un recours en annulation et en suspension de la décision d'expulsion peuvent être introduits auprès du Conseil d'Etat.

Dans la mesure où la demande en révision est possible, cette voie de recours a un caractère suspensif. Par conséquent, aucune mesure d'éloignement ne peut être prise ou exécutée pendant la durée de l'enquête portant sur la demande en révision ou avant que la décision soit revue.

§2. La demande en révision introduite par un travailleur migrant en situation irrégulière.

Le travailleur migrant peut être en situation irrégulière en Belgique parce que, d'une part, il ne dispose pas du séjour légal ou, d'autre part, parce qu'il ne possède pas les documents de travail requis, indépendamment du fait que cet étranger séjourne dans la légalité ou non.

¹⁵⁷ C'est une jurisprudence établie. Cfr p.ex.: Cons.d'Etat. n° 24.580 du 18 janvier 1985; n° 25.957 du 11 décembre 1985; n° 40.014 du 13 juin 1992. Cependant, si un étranger introduit un recours en révision d'un ordre de quitter le territoire, et il épouse ensuite une personne de nationalité belge, le ministre ne peut pas rejeter le recours en révision introduit sans tenir compte de ce nouvel élément (Cons.d'Et. n° 35.765 du 31 octobre 1990; n° 39.255 du 29 avril 1992).

¹⁵⁸ C'est même le cas si l'ordre est la concrétisation d'un refus du droit de séjour au sens de l'article 44 ou 64, 1° de la Loi sur les étrangers

¹⁵⁹ Art. 20 Vw.

¹⁶⁰ De COCK e.a., *De nieuwe verblijfsregelgeving voor vreemdelingen*, 1982, nrs. 12 en 314-327, R.P.D.B. Compl. VI, v° 'Etrangers (Office des)', 1983, nr. 14.

¹⁶¹ Dans ce cas, le ministre ne doit pas soumettre d'abord l'affaire à la Commission consultative des étrangers, avant de prendre une nouvelle décision. Cf. Introduction de l'art. 66 Vw.

¹⁶² DENYS, L., 'Rechtsmiddelen in de Vreemdelingenwet' dans CUYPERS, D, FOLBLETS, M.CI., HUBEAU, B., *Migratie en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen. Deel 8*, Bruges, Die Keure, 2001, 122.

¹⁶³ *Doc.Parl.* Chambre 1974-75, 653/1, 54.

¹⁶⁴ Cons.d'Et. n° 26.530 du 7 mai 1986; n° 38.575 du 24 janvier 1992. Dans l'autre sens: Cons.d'Et. n° 26.154 du 6 février 1986, qui considère la nouvelle décision comme une décision de renvoi, contre laquelle un recours en annulation peut être introduit.

Le travailleur migrant en situation irrégulière qui peut invoquer un séjour légal, relève des hypothèses développées ci-dessus à propos de la position du travailleur migrant en situation régulière. La possibilité d'introduire une demande en révision dépend de la nature du séjour que l'étranger peut revendiquer.

Lorsque l'étranger en situation irrégulière ne séjourne pas légalement en Belgique, il peut être expulsé du pays. Il devra quitter la Belgique, lorsqu'il recevra un ordre de quitter le territoire. Comme il est souligné ci-dessus, cet ordre ne peut pas faire l'objet d'une demande en révision, mais uniquement d'un recours en annulation et en suspension auprès du Conseil d'Etat.

Dans les cas où une demande en révision, qui a en soi déjà un effet suspensif, n'est pas possible, seul un recours en annulation et en suspension auprès du Conseil d'Etat peut être envisagé. Dans la mesure où on considère le Conseil d'Etat comme l'autorité compétente pour juger – et ce, malgré le contrôle de légalité limité exercé par le Conseil – ce recours respectera l'article 22, 4 de la Convention. Par contre, si l'on considère que ce recours n'est pas suffisant au sens de l'article 22, 4 (par exemple, parce que le Conseil ne peut pas contrôler les faits ou parce qu'il peut y avoir un manque d'intérêt en cas d'exécution de la mesure d'éloignement), la réglementation belge en matière de séjour ne respecterait pas entièrement la Convention.

- Droit à une indemnité après l'annulation de la décision d'expulsion

L'article 22 de la Convention dispose en son alinéa 5 que l'étranger concerné a droit à une réparation selon la loi, lorsque la décision d'expulsion qui a déjà été exécutée est par la suite annulée. Cette disposition doit être précisée, pour qu'elle puisse s'appliquer dans la pratique, de sorte que la question d'un éventuel effet direct devra très probablement faire l'objet d'une réponse négative.

Cette disposition qui prévoit un 'droit à une réparation conformément à la loi' peut être appliquée de deux manières. Dans une première interprétation, l'accent est mis sur le droit à la réparation. Dans ce sens, l'étranger dispose d'un droit et l'autorité est obligée de le réaliser en prévoyant un régime d'indemnisation dans la loi. Cette première interprétation entraîne les conséquences les plus étendues: l'étranger a un droit absolu à la réparation. Il convient cependant de faire observer qu'il revient encore toujours à l'autorité nationale d'élaborer le régime légal de réparation. Elle pourrait, par exemple, limiter la réparation.

Une deuxième interprétation consisterait à requérir un dédommagement en vertu du droit national. Dans ce sens, la requête du dédommagement – sur la base des articles 1382-1383 du Code Civil dans le cas d'une décision d'éloignement illégale – et éventuellement annulée par le Conseil d'Etat – respecterait le droit visé à l'article 22, 5 de la Convention.¹⁶⁵

- Droit au retour et conservation du permis de séjour et de travail

A première vue, la situation juridique en Belgique ne semble pas respecter intégralement la disposition de l'article 38 de la Convention internationale. Cet article précise le droit au retour. L'Etat conserve une grande liberté d'action pour développer un système d'absence temporaire, mais il doit garantir que les travailleurs migrants doivent pouvoir être absents de manière temporaire 'sans que cela n'affecte leur autorisation de séjour ou travail, selon le cas'.

Le droit au retour après une absence inférieure à 1 an a été prévu à l'article 19 de la Loi sur les étrangers. La règle en cas d'absence supérieure à 1 an est prévue dans l'Arrêté Royal du 7 août 1995¹⁶⁶ et dans la Circulaire du 5 février 1996.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Liège, 21 décembre 1991, *J.L.M.B.* 1995, 618; *Rev.dr.étr.* 1995, 333; *T.Vreemd.* 1995 (abrégé), 301.

¹⁶⁶ AR du 7 août 1995 déterminant les conditions et les cas dans lesquels l'étranger dont l'absence du Royaume est supérieure à un an, peut être autorisé à y revenir, *M.B.* 2 septembre 1995.

La relation entre la situation du retour après absence et la conservation du permis de travail est réglée par l'Arrêté Royal du 9 juin 1999.¹⁶⁸ L'article 4 de cet AR prévoit que la carte de travail A perd toute sa validité si le titulaire de cette carte reste absent du pays durant une période qui excède un an, sauf si cette absence n'avait pas pour conséquence la perte de son droit ou de son autorisation de séjour, conformément à l'art. 39§§3 et 5 de l'arrêté sur les étrangers. La carte de travail B perd toute validité, si son titulaire perd son droit ou son autorisation de séjour.

Un travailleur migrant qui a une carte de travail A perd uniquement sa carte de travail en cas d'absence de plus d'1 an, lorsqu'il perd son droit ou son autorisation de séjour. Dans cette situation, le travailleur migrant n'a pas le droit au retour, ni en vertu de la réglementation belge, ni en vertu de la Convention. La Convention exige uniquement que l'Etat employeur élabore une réglementation relative à 'l'absence temporaire'. L'absence de plus d'1 an avec perte de droit de séjour peut être qualifiée d'absence non temporaire.

- Séparation travail et séjour

Le premier alinéa de l'article 49 de la Convention stipule que ' quand des permis de séjour et de travail distincts sont requis par la législation nationale, les Etats d'emploi délivrent au travailleur migrant une autorisation de séjour pour une durée au moins égale à celle de son permis de travail pour effectuer une activité rémunérée'.

On peut se référer à l'approche instrumentale de la Convention internationale, traitée ci-dessus.¹⁶⁹

- Expulsion et conservation de certains droits et de certaines considérations humanitaires

En elle-même, l'expulsion de l'Etat d'emploi ne porte atteinte à aucun des droits acquis par les travailleurs migrants.¹⁷⁰ De plus, l'expulsion ne doit pas être utilisée dans le but de priver le travailleur migrant ou un membre de sa famille des droits découlant de l'autorisation de séjour et du permis de travail.¹⁷¹ Ces dispositions sont l'émanation du droit à la propriété, que les étrangers (expulsés) peuvent aussi invoquer.

Toutefois, il n'appartient pas seulement à l'Etat de s'abstenir d'enfreindre ce droit de propriété, les autorités doivent aussi prendre des mesures actives pour garantir un effet plus réel de ce droit. Les Etats parties doivent, par exemple, adopter les mesures appropriées afin de faire en sorte que les travailleurs migrants ne soient pas privés des droits qui dérivent, en raison de l'irrégularité de leur situation en matière de séjour ou d'emploi, du principe d'un traitement aussi favorable que les nationaux, en ce qui concerne la rémunération et certaines conditions de travail. Les initiatives que prendrait un Etat partie ne doivent pas avoir pour effet de dispenser l'employeur de ses obligations légales ou contractuelles ou de restreindre d'une manière quelconque la portée de ses obligations.¹⁷²

Par ailleurs, l'Etat doit veiller, si le travailleur migrant est éloigné du territoire, à lui donner une possibilité raisonnable, avant ou après son départ, de se faire verser tous salaires ou autres prestations qui lui sont dus et de régler toute obligation en suspens.¹⁷³

¹⁶⁷ Circulaire 5 février 1996 relative aux cas dans lesquels et les conditions auxquelles un étranger, dont l'absence du Royaume est supérieure à un an, peut être habilité à y retourner, *M.B.* 21 février 1996.

¹⁶⁸ AR 9 juin 1999 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'emploi de travailleurs étrangers, *M.B.* 26 juillet 1999. BOUCKAERT, S., 'Beroepsmiddelen' in *Administratieve wegwijzer voor vreemdelingen, vluchtelingen en migranten*, Kluwer, I.3-29 e.v.; BÉNYS, L., 'Rechtsmiddelen in de Vreemdelingenwet', dans CUYPERS, D, FOGLETS, M.-C., HUBEAU, B. (eds.) *Migratie en Migrantenrecht*, Bruges, Dir Keure, 2001, 231 e.v.

¹⁶⁹ Cf. *Supra* p.11 e.s.

¹⁷⁰ Art. 22, 9 Convention internationale

¹⁷¹ Art. 56, 2 Convention internationale: cette disposition se trouve dans la Quatrième Partie et s'applique uniquement aux étrangers en situation régulière.

¹⁷² Art. 25, 3 Convention internationale

¹⁷³ Art. 22, 6 Convention internationale

- *Eloignement du territoire et certaines considérations humanitaires*

La Convention dispose en son article 56, paragraphe 3, qu'il faut tenir compte 'de considérations humanitaires et du temps pendant lequel l'intéressé a déjà séjourné dans l'Etat d'emploi', lorsqu'on envisage d'éloigner un travailleur migrant ou un membre de sa famille du territoire.

Pour que cette disposition puisse se concrétiser dans la pratique, il faut prévoir d'autres dispositions d'exécution. L'article ne précise pas ce qu'il faut comprendre par 'considérations humanitaires' et 'durée du séjour' et il manque donc très probablement tout effet direct. En tous les cas, l'Etat conserve une grande liberté politique.

De façon générale, on peut affirmer que la réglementation en Belgique respecte déjà la Convention, dans une certaine mesure. Il convient de souligner à ce propos le rôle important que la CEDH remplit en matière de politique d'éloignement. Selon l'article 3 de la CEDH, personne ne peut être soumis à des traitements inhumains ou humiliants ou à des sanctions. La Cour européenne des Droits de l'Homme a déduit une interdiction de refoulement de cette disposition.¹⁷⁴ L'étranger ne pourra pas être éloigné, si l'éloignement aurait pour conséquence que l'étranger risque d'être la victime d'un traitement interdit par l'article 3 de la CEDH, dans le pays vers lequel l'éloignement est organisé.¹⁷⁵ De plus, on peut souligner le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale prévue à l'article 8 de la CEDH. La Cour des Droits de l'Homme a affirmé dans sa jurisprudence que le respect de la vie familiale n'implique pas seulement des obligations négatives – l'obligation de s'abstenir de toute ingérence – mais aussi des obligations positives – l'obligation de permettre la vie familiale.¹⁷⁶

(2.4) Droits politiques

Contrairement à d'autres instruments internationaux, qui ont pour objet la protection des travailleurs migrants et de leur famille, la Convention prévoit une double définition des concepts des droits politiques. Tous les travailleurs migrants et les membres de leur famille ont en principe le droit de participer à des activités politiques dans l'Etat d'emploi. L'article 26 reconnaît le droit de participer à des réunions et des activités de syndicats et de toutes autres associations créées conformément à la loi. Pour les étrangers en situation régulière, ces droits sont complétés à l'article 40 avec le droit de créer des associations et des syndicats.

Dans les articles 26 et 40, la Convention contient aussi une référence au droit des travailleurs migrants de défendre et de protéger 'd'autres intérêts'. Ces intérêts pourraient éventuellement être interprétés comme s'ils visaient d'autres activités politiques.¹⁷⁷ Malgré le fait que les textes préparatoires de la Convention établissent clairement que de nombreux pays, tant les Etats d'émission que d'accueil, ont explicitement fait savoir qu'ils excluaient les étrangers d'activités politiques dans l'Etat d'emploi.¹⁷⁸ Le projet de texte de l'article 26 a explicitement exclu la participation à des 'partis et des organisations politiques'.¹⁷⁹

Cette interprétation, qui prévoit l'octroi d'autres droits politiques, n'est certainement pas étanche.¹⁸⁰ Cependant, lors de la ratification et de la formulation de réserves, il faut veiller à ne pas donner une interprétation trop stricte, qui pourrait être considérée plus tard comme étant en contradiction avec les

¹⁷⁴ CEDH, Soering/Royaume Uni, 7 juillet 1989, *Publ.Eur.Court H.R.*, série 1, nr. 161, §88 (à propos de l'extradition).

¹⁷⁵ VANHEULE, D., 'Het recht op asiel en de asielprocedure in een nationaal en Europees perspectief', dans FOBLETS, M.-Cl., HUBEAU, B., VANHEULE, D. (eds.), *Migratie en migrantenrecht. Deel 7*, Bruges, Die Keure, 2002, 143 e.v.

¹⁷⁶ JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., 'Familiehereniging in Europa. Werk in de Raad van Europa en de EU', dans FOBLETS, M.-Cl., HUBEAU, B., VANHEULE, D. (eds.), *Migratie en migrantenrecht. Deel 7*, Bruges, Die Keure, 2002, 143 e.v.

¹⁷⁷ CHOLEWINSKI, R., *Migrant workers in International Human Rights Law. Their protection in countries of employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 177 e.v.

¹⁷⁸ *Working group report*, juin 1982 et juin 1987

¹⁷⁹ *Working group report*, juin 1982

¹⁸⁰ CHOLEWINSKI, R., *Migrant workers in International Human Rights Law. Their protection in countries of employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 178 e.v.

articles 41 et 42. Dans cette discussion, il est important d'observer qu'à l'article 41¹⁸¹ les droits politiques sont accordés aux étrangers dans leur pays d'origine et que l'Etat d'emploi continue à bénéficier d'une liberté politique particulièrement grande en ce qui concerne l'application des droits politiques énumérés à l'article 42¹⁸². De plus, on peut déduire de la rédaction du texte que l'article 42 n'a pas d'effet direct. Les droits potentiels qui sont accordés aux migrants en situation régulière sur la base de cet article sont plus étendus que les droits jamais explicités dans ce domaine par des normes internationales.

(3) Droits économiques, sociaux et culturels

(3.1) Communication et information

- Liberté de communication et droit à l'information

'Toute immixtion arbitraire ou illégale dans la correspondance du travailleur migrant ou dans d'autres modes de communication' est exclue sur la base de l'article 14. L'extension de la classique formulation de ce droit fondamental à 'd'autres modes de communication' peut être considéré comme une actualisation du régime de protection actuel. Il ne se limite plus à la seule correspondance de l'étranger.

Différentes dispositions de la Convention donnent au travailleur migrant le droit explicite d'être informé.

En vertu de la Troisième Partie de la Convention, les étrangers réguliers et irréguliers 'doivent être informés sans délai *du droit à l'assistance consulaire et diplomatique*' (article 16, 7) lorsque eux-mêmes ou un membre de leur famille est privé de leur liberté ; ils doivent 'être informés du droit qu'ils ont d'être jugés en leur présence et de se défendre et *de se faire assister d'un défenseur de leur choix*' (art. 18, 3); ces travailleurs migrants ont aussi 'le droit d'être informés par l'Etat d'origine, l'Etat d'emploi ou l'Etat de transit, selon le cas, en ce qui concerne *des droits que leur confère la présente Convention, des conditions d'admission, de leurs droits et obligations en vertu de la législation et des usages de l'Etat concerné et de toute autre question* qui leur permette de se conformer aux formalités administratives ou autres dans cet Etat' (art. 33).

Dans la Quatrième Partie, des droits supplémentaires à l'information sont accordés aux travailleurs migrants en situation régulière. Ils ont 'le droit, avant leur départ, ou au plus tard au moment de leur admission dans l'Etat d'emploi, d'être pleinement informés par l'Etat d'origine ou l'Etat d'emploi, selon le cas, *de toutes les conditions posées à leur admission* et spécialement de celles concernant leur *séjour et les activités rémunérées* auxquelles ils peuvent se livrer ainsi que *des exigences auxquelles ils doivent se conformer* dans l'Etat d'emploi et des autorités auxquelles ils doivent s'adresser pour demander que ces conditions soient modifiées' (art 37). Ils ont le droit d'être pleinement informés des conditions dans lesquelles de telles absences temporaires sont autorisées (art. 38).

Pour encourager les conditions correctes, équitables, humaines et légales de la migration internationale, la Quatrième Partie de la Convention exige que 'les Etats parties maintiennent les

¹⁸¹ Article 41 Convention internationale : 1. Les travailleurs migrants et les membres de leur famille ont le droit de prendre part aux affaires publiques de leur Etat d'origine, de voter et d'être élus au cours d'élections organisées par cet Etat, conformément à sa législation ; 2. Les Etats intéressés doivent, en tant que de besoin et conformément à leur législation, faciliter l'exercice de ces droits.

¹⁸² Article 42 Convention internationale: 1. Les Etats parties envisagent l'établissement de procédures ou d'institutions destinées à permettre de tenir compte, tant dans les Etats d'origine que dans les Etats d'emploi, des besoins, aspirations et obligations particuliers des travailleurs migrants et des membres de leur famille et, le cas échéant, la possibilité pour les travailleurs migrants et les membres de leur famille d'avoir les représentants librement choisis dans ces institutions. 2. Les Etats d'emploi facilitent, conformément à leur législation nationale, la consultation ou la participation des travailleurs migrants et des membres de leur famille aux décisions concernant la vie et l'administration des communautés locales. 3. Les travailleurs migrants peuvent jouir de droits politiques dans l'Etat d'emploi, si cet Etat, dans l'exercice de sa souveraineté, leur accorde de tels droits.

services appropriés pour s'occuper des questions relatives à la migration internationale des travailleurs et des membres de leur famille.¹⁸³ (art. 65).

Les étrangers peuvent faire valoir un droit évident à l'information. Donner des informations sur la Convention et les droits qui en découlent semble être une conséquence évidente de la ratification. Cependant, c'est l'Etat qui peut déterminer très librement les mesures nécessaires à la diffusion de ces informations.

(3.2) Droits culturels

- Respect de l'identité culturelle

Différentes parties de la Convention accordent une attention particulière à la protection de l'identité culturelle des travailleurs migrants. En cas de *privation de liberté*, les travailleurs migrants et leur famille doivent être 'traités avec le respect de leur identité culturelle' (art. 17, 1); de *façon plus générale*, les Etats parties assurent le respect de l'identité culturelle des travailleurs migrants et des membres de leur famille et ne les empêchent pas de maintenir leurs liens culturels avec leur Etat d'origine (art. 31, 1); en matière *d'enseignement*, 'les Etats d'emploi s'efforcent de faciliter l'enseignement aux enfants des travailleurs migrants de leur langue maternelle et de leur culture' (art. 45, 3), 'les Etats d'emploi peuvent aussi assurer des programmes spéciaux d'enseignement dans la langue maternelle des enfants (art. 45, 4). Toutefois, il faut aussi 'mener une politique visant à faciliter l'intégration des enfants dans le système d'éducation local, notamment pour ce qui est de l'enseignement de la langue locale (art. 45, 2). Dans le cadre de l'article 45, l'Etat d'emploi doit, selon le cas, coopérer avec les Etats d'origine.

La Convention prend option, comme règle générale, pour le respect des antécédents culturels de l'étranger. Mais il manque une énumération des actes précis que les Etats doivent poser pour garantir la protection de l'identité culturelle. Aussi, peut-on faire observer à ce sujet que les dispositions de la Convention, qui concernent le respect de l'identité culturelle n'ont très probablement aucun effet direct. Pour remplir les conditions fixées par la Convention, il suffit surtout que l'Etat d'emploi s'abstienne de poser certains actes: s'abstenir de discrimination et ne pas empêcher d'entretenir des liens avec l'Etat d'origine. L'Etat conserve une certaine liberté politique pour décider comment enseigner la langue et la culture propres aux enfants des travailleurs migrants et si des programmes d'éducation spéciaux sont requis dans leur langue et culture. Il est surprenant de constater que la Convention mentionne d'abord l'intégration des enfants étrangers dans le système d'éducation local pour formuler ensuite les droits à la protection de la propre culture.

(3.3) Droits de travail et de sécurité sociale

Nous renvoyons sur ce point à la partie de cette analyse qui développe une approche instrumentale de la Convention internationale.¹⁸⁴

§1. L'emploi de l'étranger

¹⁸³ Leurs tâches impliquent notamment: (a) la formulation et l'application de programmes politiques relatifs à une telle migration; (b) l'échange d'informations, la concertation et la coopération avec les autorités compétentes d'autres Etats parties impliqués dans une telle migration; (c) la diffusion d'une information correcte, surtout aux employeurs, aux travailleurs et à leurs organisations sur les programmes politiques, les lois et les règles relatives à la migration et à l'emploi, sur les accords conclus avec d'autres Etats en matière de migration et d'autres matières pertinentes; (d) la diffusion d'informations et l'octroi d'une assistance appropriée aux travailleurs migrants et à leur famille en ce qui concerne les permis requis et les formalités et les règles pour le départ, le voyage, l'arrivée, le séjour, les activités rémunérées, le départ et le retour, ainsi que sur les conditions de travail et de vie dans l'Etat d'emploi et en matière de douane, de monnaie, d'impôts et autres lois et réglementations pertinentes.

¹⁸⁴ Cf. Supra. p. 15 e.s.

L'étranger non ressortissant de l'UE ne peut pas faire valoir de droit garanti au travail en Belgique. Pour pouvoir être employé, il faudra remplir les conditions relatives au séjour et l'étranger devra disposer des documents de travail nécessaires.

La Convention des NU n'accorde pas le droit au travail aux étrangers. L'article 52 de la Convention accorde aux travailleurs migrants en séjour régulier le droit de choisir librement un travail, ce qui ne peut pas être assimilé à l'octroi d'un droit absolu au travail.

§2. Les conditions de salaire et de travail

L'article 25 prévoit un traitement non moins favorable pour les travailleurs migrants que celui prévu pour les nationaux de l'Etat d'emploi en matière de rémunération et d'autres conditions de travail. La primauté de la réglementation générale est confirmée par la thèse qu'il est illégal de déroger de ce principe d'égalité de traitement dans les contrats de travail privés.

La Convention internationale ne va pas au-delà de la réglementation actuellement en vigueur en Belgique, ni au-delà de la pratique juridique actuelle. On peut renvoyer à l'approche instrumentale de la Convention internationale, qui traite les questions relatives aux conditions de salaire et de travail.¹⁸⁵

§3. L'étranger et la sécurité sociale

La Convention onusienne stipule en son article 27 '(1) En matière de sécurité sociale, les travailleurs migrants et les membres de leur famille bénéficient, dans l'Etat d'emploi, de l'égalité de traitement avec les nationaux, *dans la mesure où ils remplissent les conditions requises par la législation applicable dans cet Etat et les traités bilatéraux et multilatéraux applicables*. Les autorités compétentes de l'Etat d'origine et de l'Etat d'emploi peuvent à tout moment prendre les dispositions nécessaires pour déterminer les modalités d'application de cette norme. (2) Lorsque la législation applicable prive les travailleurs migrants et les membres de leur famille d'une prestation, les Etats concernés *examinent* la possibilité de rembourser aux intéressés les montants des cotisations qu'ils ont versées au titre de cette prestation, sur la base du traitement qui est prévu pour les nationaux qui se trouvent dans une situation similaire.'

La Convention internationale laisse aux Etats individuels une grande liberté d'action pour déterminer si les étrangers peuvent faire appel aux prestations en matière de sécurité sociale. Sur ce plan, la Convention va moins loin que l'actuelle pratique juridique en Belgique, où les étrangers, même ceux qui se trouvent en situation irrégulière de séjour, peuvent revendiquer certaines allocations.¹⁸⁶

(3.4) Droits syndicaux et d'association

L'article 26, 1 donne aux travailleurs migrants – tant en situation régulière qu'irrégulière – le droit de 'demander aide et assistance à tous les syndicats et autres associations créés conformément à la loi.' Ce droit n'est pas accordé sur la base d'autres sources internationales, mais il semble être la conséquence logique du droit qui revient à tous les travailleurs migrants d'adhérer à un syndicat ou à une autre organisation similaire et de prendre part aux réunions.

(3.5) Droits économiques

- Droit aux transferts économiques

En vertu des articles 32 et 47, les travailleurs migrants et les membres de leur famille ont le droit de réaliser certains transferts économiques vers l'Etat d'origine ou vers tout autre Etat. Cela leur permet

¹⁸⁵ Cf. Supra. p. 19 e.s.

¹⁸⁶ Cf. Supra: approche instrumentale de la Convention

de transférer leurs effets personnels et les objets en leur possession, leurs gains et leurs économies vers d'autres pays.

Il ne s'agit en aucun cas d'un droit absolu. Dans les deux articles 32 et 47, le droit est nettement limité par les réglementations (inter)nationales actuelles en la matière. Selon l'article 32, les transferts ne peuvent s'opérer 'que conformément à la législation applicable des Etats concernés' et selon l'article 47, les transferts d'étrangers en séjour régulier¹⁸⁷ doivent être effectués 'conformément aux procédures établies par la législation applicable de l'Etat concerné et conformément aux accords internationaux applicables'. L'Etat conserve en la matière une grande liberté d'action.

L'article 47 prévoit dans un deuxième alinéa que 'les Etats concernés prennent des mesures appropriées pour faciliter ces transferts'. On ne peut établir avec précision ce qu'il faut comprendre par 'mesures appropriées', ce qui a vraisemblablement comme conséquence que cette disposition n'a pas d'effet direct. Aucune autre précision n'est apportée, ni dans les travaux préparatoires de la Convention, ni dans la Convention même. Les Etats individuels pourront aussi déterminer en toute indépendance les mesures qu'ils prendront. Il est toutefois nécessaire que les transferts soient facilités pour les étrangers en situation régulière.

3.2.2.2. Extension de droits existants à la catégorie d'étrangers en situation irrégulière¹⁸⁸

La Convention internationale accorde clairement certains droits à des travailleurs migrants et à des membres de leur famille en situation irrégulière. Néanmoins, pas tous les droits que les étrangers en situation régulière de séjour et d'emploi peuvent revendiquer sont également accordés aux étrangers en situation irrégulière. Les travailleurs migrants et les membres de leur famille en situation irrégulière ne peuvent bénéficier que des droits prévus à dans la Troisième Partie de la Convention.

Outre les nouveaux droits que la Convention accorde aux travailleurs migrants en situation régulière dans la Troisième Partie et qui sont par conséquent aussi des nouveaux droits pour les étrangers en situation irrégulière,¹⁸⁹ quelques droits que les travailleurs migrants peuvent déjà revendiquer sur la base de certaines autres sources juridiques internationales, sont étendus dans la Convention à la catégorie d'étrangers qui se trouvent en situation irrégulière.

Au préalable, il convient d'observer que la Constitution belge dispose en son article 23 que chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. De plus, l'article 191 de la Constitution stipule que tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi. Tous les étrangers qui se trouvent en Belgique, également ceux qui n'ont pas le droit au séjour, ont en principe les mêmes droits que les Belges, sauf si les lois prévoient une exception.¹⁹⁰ Pour ce qui concerne les droits civils, ceci est encore confirmé par l'article 11 du Code civil.

¹⁸⁷ L'article 47 se trouve dans la Quatrième Partie de la Convention internationale qui prévoit uniquement les droits pour les étrangers en situation régulière.

¹⁸⁸ Dans le schéma suivant, ces dispositions sont marquées de: + (la Convention internationale comporte une disposition étendue, mais uniquement à l'égard des étrangers en situation irrégulière).

¹⁸⁹ Cf. supra

¹⁹⁰ Cour d'arbitrage, 5 juillet 1990, n° 25/90: 'Lorsque ni le Constituant ni le législateur n'imposent à l'égard de ces étrangers des dérogations ou des limitations en ce qui concerne la jouissance des droits et des libertés, l'article 191 de la Constitution ne s'oppose donc pas en l'espèce à ce que des étrangers se prévalent des articles 10 et 11 de la Constitution.'; Cour d'arbitrage, 9 janvier 1996, n° 4/96, *M.B.*, 27 février 1996: 'Il résulte de l'article 191 de la Constitution qu'une différence de traitement qui défavorise un étranger ne peut être établie que par le législateur. L'article 191 n'a cependant pas pour objet d'habiliter le législateur à se dispenser, lorsqu'il établit une telle différence, d'avoir égard aux principes fondamentaux consacrés par la Constitution. Si la nationalité est un critère objectif pouvant justifier des traitements différents, il appartient à la Cour de vérifier si le législateur, lorsqu'il établit une différence de traitement, ne méconnaît pas les principes d'égalité et de non-discrimination.'; Le Conseil d'Etat constate que le Constituant voulait que l'art. 191 soit une expression non ambiguë et expresse de la volonté du législateur (Cons.d'Etat, 21 mars 1952, *Gianotis*, n° 1374; Cons.Etat, 30 mai 1952, *Vitalis*, n° 1609).

(1) Travailleurs migrants en situation irrégulière et *le droit de travailler*

Il n'est pas autorisé aux étrangers en situation irrégulière de travailler.¹⁹¹ Ils n'ont pas le droit de travailler en Belgique, même pas après l'éventuelle ratification de la Convention internationale.

Pour un étranger qui souhaite travailler dans la légalité, il ne suffit pas de payer les cotisations de sécurité sociale comme indépendant ou que son employeur le fasse, il doit aussi respecter d'autres conditions légales pour pouvoir travailler. Il doit notamment être en possession d'un permis de travail valable¹⁹² ou d'une carte professionnelle¹⁹³ et de plus, il doit avoir un permis de séjour valable. Ce texte a déjà traité précédemment de manière circonstanciée de l'accès à l'emploi pour les étrangers en situation irrégulière.

(2) Extension de la protection des travailleurs migrants en situation régulière et irrégulière

Cette partie examine dans quelle mesure les droits, dont bénéficient déjà les étrangers qui sont en situation de séjour et de travail régulière, peuvent être étendus aux travailleurs migrants en situation irrégulière, sur la base de la Convention internationale.

(2.1) Droits de séjour

- Expulsion des travailleurs migrants et de leur famille en situation irrégulière

L'article 22, 4 traite le recours en révision comme voie de droit pour l'étranger. La demande en révision a été examinée dans la présente analyse. La demande en révision par l'étranger en situation irrégulière y a aussi été abordée.

(2.2) Communication et information

Dans le cadre de l'Organisation internationale du Travail, une structure éventuelle est déjà prévue qui doit permettre de procurer les informations nécessaires aux travailleurs migrants.

L'article 2 de la Convention de l'OIT n° 97 dispose que 'chaque Partie à la Convention doit fournir les efforts nécessaires pour garantir un service adéquat et gratuit qui assiste les travailleurs migrants et leur fournit en particulier les informations exactes ou doit s'assurer qu'un tel service est prévu'. Sur la base de l'article 7 de la même Convention de l'OIT, 'chaque Partie doit prendre les mesures nécessaires pour garantir que les services fournis par les services publics pour l'emploi aux travailleurs migrants sont gratuits'.

Cependant, la Convention de l'OIT n° 97 s'applique uniquement aux étrangers en situation régulière. Sur la base de la Convention internationale, la réglementation en matière d'information relativement bien développée pour l'étranger en situation régulière est étendue aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille qui se trouvent en situation irrégulière.

Dans la Troisième Partie de la Convention internationale, l'article 33 stipule que 'les Etats parties prennent toutes les mesures qu'ils jugent appropriées pour diffuser lesdites informations ou pour veiller à ce qu'elles soient fournies par les employeurs, les syndicats ou autres organismes ou institutions appropriés. Au besoin, ils coopèrent à cette fin avec les autres Etats concernés. Les informations adéquates sont fournies, sur demande, aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille, gratuitement et, dans la mesure du possible, dans une langue qu'ils comprennent.'

¹⁹¹ BRUGESN W., NEUCKENS D., SOMERS E., *In slechte papieren? Opvangbeleid voor mensen zonder wettig verblijf in Vlaanderen*, Vlaams Minderhedencentrum, mars 2003, 26.

¹⁹² Applicable au travailleur et à l'employeur.

¹⁹³ Applicable au travail indépendant.

3.2.2.3. Nouveaux droits pour les membres des familles des étrangers

- Droit au libre choix du travail

En vertu de l'article 53 de la Convention internationale, 'les membres de la famille qui ont eux-mêmes une autorisation d'admission ou de séjour qui est sans limitation de durée ou est automatiquement renouvelable, sont autorisés à choisir librement une activité rémunérée.'¹⁹⁴

Il n'est pas correct d'interpréter cette disposition de manière telle que chaque membre de la famille d'un travailleur migrant en situation régulière doit disposer d'un permis de séjour sans limitation de durée a droit au travail. L'article 53 concerne uniquement le libre choix du travail et non le libre accès à l'emploi.

Il ne faut donc pas accorder à chaque membre de la famille un permis de séjour sans limitation de durée une carte de travail A, qui lui accorderait le libre choix du travail. Seuls les membres de la famille qui remplissent déjà les conditions nécessaires pour travailler en tant qu'étranger pourront invoquer le droit prévu au libre choix du travail.

¹⁹⁴ Toutefois dans les mêmes limites que celles qui s'appliquent aux travailleurs migrants et qui sont reprises à l'article 52 de la Convention.

Conclusion

Dans cette analyse exploratoire, la Convention internationale de l'ONU de 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille a été étudiée à la lumière de la réglementation (inter)nationale qui est actuellement d'application en Belgique. L'étude identifie les choix politiques à faire en cas de ratification (I) ainsi que quelques points potentiellement névralgiques liés à une ratification éventuelle (II).

I. La ratification et les choix politiques

1. Bien que certains articles de la Convention prévoient une protection élargie des droits, la réglementation interne en vigueur en Belgique correspond (dans la pratique) dans une large mesure aux dispositions de la Convention. En cas de ratification, l'autorité publique décidera dès lors de consolider l'ancrage juridique de la protection existante en matière de droits de l'homme. En vertu de la *hiérarchie des normes juridiques*, il convient de donner la priorité aux dispositions qui figurent dans un traité et la réglementation nationale doit être mise en conformité avec ces dispositions.¹⁹⁵

2. Une ratification de la Convention internationale, confirmera la tendance vers un impact plus important du *principe d'égalité* dans les différents secteurs de la société¹⁹⁶ ; de plus, elle inscrit l'égalité de traitement dans le domaine de l'emploi et des conditions de travail dans cette même évolution juridique.¹⁹⁷

3. Une ratification démontrerait que les autorités publiques en Belgique sont soucieuses de la concordance *entre la réglementation en matière de séjour d'une part et la réglementation en matière d'emploi* de ressortissants étrangers, d'autre part. La relation entre ces deux réglementations, qui sont toutes deux d'importance cruciale pour les ressortissants étrangers, présente toujours des discordances.¹⁹⁸ La Convention exige une adéquation claire entre les deux réglementations, de sorte qu'un étranger qui obtient l'autorisation de travailler dans l'Etat d'emploi, soit également autorisé à exercer ce droit au travail, sur la base d'un certain statut de séjour.¹⁹⁹

4. En ratifiant la Convention, les autorités publiques opèrent un choix politique, à savoir : le choix de jouer un rôle dans la prévention et l'élimination de toute forme d'exploitation d'étrangers et a fortiori de lutter contre *l'immigration clandestine*. De plus, elles reconnaissent que des travailleurs migrants (il)légaux sont bien plus qu'une simple main d'œuvre ou des facteurs de production économique. Ils constituent des éléments constitutifs de la société, ayant une famille, disposant de certains droits.

La Convention souligne que l'égalité de traitement ne peut pas se limiter aux étrangers qui se trouvent ici en séjour légal et qui sont employés ici, mais que des étrangers en séjour illégal doivent eux aussi dans une certaine mesure pouvoir réclamer l'égalité dans le cadre du droit du travail. Cette égalité ne joue toutefois pas dans le domaine de l'accès au travail mais bien par rapport aux conséquences de la mise au travail. Des travailleurs migrants en séjour illégal doivent en d'autres termes bénéficier d'un traitement aussi favorable que les ressortissants nationaux, notamment en matière de rémunération et de certaines conditions de travail.²⁰⁰

¹⁹⁵ Texte : p. 21.

¹⁹⁶ En droit interne, cette tendance se manifeste notamment par la traduction du principe d'égalité dans des relations contractuelles privées (l'effet dit horizontal) et le rôle de la Loi Anti-discrimination.

¹⁹⁷ Texte : p. 8-11.

¹⁹⁸ Conformément à la réglementation actuelle, un travailleur migrant peut perdre son droit de séjour, alors que le permis de travail reste valable. La situation inverse peut également se présenter.

¹⁹⁹ Texte : p. 11-15.

²⁰⁰ Texte : p. 15-22.

II. La ratification et une extension de la protection des droits de l'homme

5. Certaines dispositions de la Convention prévoient une extension de droits et jouissent en outre d'un *effet direct*. Le travailleur migrant et les membres de sa famille peuvent immédiatement faire valoir ces droits afin de renforcer leur position juridique.

- En fonction de l'évaluation du degré de protection juridique par le Conseil d'Etat, la ratification de la Convention internationale pourrait avoir pour conséquence qu'une *demande de révision* d'une décision d'expulsion doive être garantie dans la mesure où le recours auprès du Conseil d'Etat n'aboutirait ni à une décision finale d'une autorité judiciaire, ni constituerait un recours auprès de l'autorité compétente au sens de l'article 22, 4 de la Convention.²⁰¹

- Les réglementations distinctes en matière de *travail et de séjour* devront faire l'objet d'une adéquation après la ratification. Le travailleur migrant doit se voir délivrer un permis de séjour pour au moins la même durée que celle de l'autorisation à exercer une activité rémunérée.²⁰²

6. D'autres dispositions réalisant une protection étendue n'ont probablement pas d'effet direct. Il s'agit de droits qui – du point de vue juridique – ne sont *pas directement contraignants* et qui ne peuvent être immédiatement invoqués par le ressortissant étranger contre l'autorité publique ou contre des personnes privées.²⁰³

Ces dispositions peuvent au maximum avoir un certain effet non pas strictement juridique mais politique. Elles peuvent servir d'arguments dans le débat public sur le développement de la réglementation à l'égard des ressortissants étrangers. Bien que la Convention internationale s'adresse spécifiquement aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille, un processus de ratification pourrait être l'amorce d'une réflexion sur la nécessité de prévoir une protection analogue pour d'autres ressortissants étrangers se trouvant dans une position vulnérable sur le plan du séjour.²⁰⁴

²⁰¹ Art. 22, 4 Convention internationale. Texte: p.35-37.

²⁰² Art. 49 Convention internationale. Texte : p. 38-39.

²⁰³ L'effet dit horizontal et vertical.

²⁰⁴ Plusieurs articles confèrent une vaste marge d'interprétation: Par exemple: 18.3, 33, 37, 38.2 (droit à l'information); Articles 17.1, 31.1, 45.2, 45. 3, 45.4 (respect pour l'identité culturelle); Art. 17, 6 (en cas de privation de liberté, attention pour la situation de l'étranger détenu et pour sa famille); Art. 19, 2 (Considérations humanitaires dans le cadre de l'application d'une peine); Art. 22, 5 (Réparation après annulation de la décision d'expulsion); Art. 25.3 (Prendre des « mesures appropriées » par rapport à la sauvegarde de certains droits)Art. 56, 3 (Considérations humanitaires en cas d'expulsion).

D'autres articles réfèrent explicitement aux limites légales nationales: Par exemple: Art. 17.3 ('dans la mesure du possible'); Art. 22.2 ('conformément à la loi'); Art. 22.5 ('conformément à la loi'); Art. 27 ('dans la mesure où ils remplissent' et 'examinent'); 31 ('peuvent prendre des mesures'); Art. 33 ('qu'ils jugent appropriées' et 'selon que de besoin'); Art. 42 ('envisagent' et 'peuvent'); Art. 44 ('qu'ils jugent appropriées' et 'envisagent'); Art. 45 ('sous réserve (que)' et 'peuvent'); Art. 46, 47, 48 ('sous réserve de la législation applicable'); Art. 52 ('peut'); Art. 59 ('envisage').

Bibliographie

1. Législation

- Convention internationale relative au statut des réfugiés et annexes, signée à Genève le 28 juillet 1951, approuvée par la loi du 26 juin 1953, *M.B. du 4 octobre 1953*.
- Convention internationale du 19 décembre 1966 sur les droits civils et politiques, *M.B. du 6 juillet 1983*.
- Convention internationale du 19 décembre 1966 sur les droits économiques, sociaux et culturels, *M.B. du 6 juillet 1983*.
- Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, *M.B. du 15 januari 1969*.
- Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B. du 31 décembre 1980*.
- Loi du 8 juin 1992 portant approbation de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales et de l'Annexe, faites à Vienne le 21 mars 1986, *M.B. du 25 décembre 1993*.
- Loi du 22 juillet 1993 portant approbation du Protocole de Bruxelles du 17 mars 1993 portant adaptation de la convention de Porto du 2 mai 1992 relatif à l'EEE, *M.B. du 21 mars 1994*.
- Loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation de travailleurs étrangers, *M.B. du 21 mai 1999*
- Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *M.B. du 17 mars 2003*.
- AR du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B. du 7 octobre 1981*.
- AR du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, *M.B. du 31 décembre 1991, err. M.B. du 13 mars 1992*.
- AR du 9 juin 1999 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation de travailleurs étrangers, *M.B. du 26 juin 1999*
- CCT n° 38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection de travailleurs, modifiée par la CCT n° 38bis du 29 octobre 1991, 38ter du 17 juillet 1998 et 38quater du 14 juillet 1999, AR du 11 juin 1984, *M.B. du 28 juillet 1984*.

2. Jurisprudence

- C.d.J., 8 avril 1976, C-43/75, Defrenne t./ Sabena, *Jur.* 1976, 455, *T.S.R.*, 1976, 199.
- Cour de Justice, 20 septembre 1990, affaire n° 192/89, Sevenice, *Jur.*, 1990, 3461
- C.d.J., 5 octobre 1994, affaire n° 355/93 Eroglu, *Jur.*, 1994, 5131 et *R.W.*, 1994-95, 960, considérant 18.
- C.d.J., 17 février 1998 (Grant), *Jur.* 1998, I, 621, n°s. 27-28, 33, 42.
- C.d.J., 6°k., 26 juin 2001, C-212/99, Commission CE vs. Italie.
- Cour d'arbitrage n° 18/90, 23 mai 1990, *M.B. du 27 juillet 1990*.
- Conseil d'Etat, le 5 novembre 1996, *J.T.* 1997, 254-255.
- Cour d'arbitrage de Liège 28 mai 2001, *Soc.Kron.*, 2002, 468

3. Doctrine

3.1. Littérature

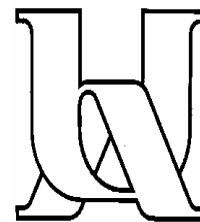
- CHOLEWINSKI, R., *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their protection in countries of employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- DE VOS, M., *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Anvers, Maklu, 2001, 211 et 231.
- MARTENS, A., *25 jaar wegwerparbeiders: het Belgische immigratiebeleid na 1945*, Louvain, S.O.I., 1973, 239-252.
- OVERLEGCENTRUM INTEGRATIE VLUCHTELINGEN, *Uit vrees voor vervolging*, Bruxelles, OCIV, 1992, 20-24.
- STEUNPUNT BEGELEIDERS UITGEPROCEDEERDEN, *Jaarverslag 1994*, Bruxelles, Steunpunt Begeleiders Uitgeprocedeerden, 5.

3.2. Articles

- BAYART, C., 'Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De ras- en kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen', dans CUYPERS, D. (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2003, 23 e.s.
- BOSSUYT, M., 'Inleiding', dans X., *Jaarboek van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten 1996-97*, Anvers, Maklu, 1997, 99-100.
- BOHNING, R., 'The IAO and the New UN Convention in Migrant Workers: The Past and the Future', *International Migration Review*, 1991, vol. 25, p.698 in Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 'Comprehensive examination of thematic issues relating to the elimination of racial discrimination', 31 mai 1999, 51° session, Point 3 de l'ordre du jour provisionnel, E/CN.4/Sub.2/1999/7/1DD.1.
- BOSNIAK, L. 'Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention, 737-240 in Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination

- and Protection of Minorities, 'Comprehensive examination of thematic issues relating to the elimination of racial discrimination', 31 mai 1999, 51^e session, Point 3 de l'ordre du jour provisionnel, E/CN.4/Sub.2/1999/7/1DD.1.
- BOUCKAERT, S., 'De doorwerking van grondrechten in de context van de illegale migratie,' dans CUYPERS, D., FOBLETS, M.-Cl., HUBEAU, B. (eds.), *Migratie en migrantenrecht*. 6, Bruges, Die Keure, 2001, 389-450.
 - BOUCKAERT, S. et M.-C. FOBLETS, 'De tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten in België. Een grondige bespreking van (de toepassing van) de wet van 30 april 1999 en het KB van 9 juni 1999, De belangrijkste ontwikkelingen in de rechtspraak (1999-2002) en een analyse van de wijzigingen ingevolge het KB van 6 februari 2003', dans *Migratie en Migratierrecht. Deel 8*, Bruges, Die Keure, 2003.
 - BRUGGEN W., NEUCKENS D., SOMERS E., *In slechte papieren? Opvangbeleid voor mensen zonder wettig verblijf in Vlaanderen*, Vlaams Minderhedencentrum, mars 2003, 28-29.
 - DENYS, L., 'Rechtsmiddelen in de Vreemdelingenwet' dans CUYPERS, D, FOBLETS, M.Cl., HUBEAU, B., *Migratie en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen. Deel 8*, Bruges, Die Keure, 2001, 114-132.
 - DE STOOP, C., 'Vlijtig volk van vreemde snit', *Knack*, 29 juin 1994.
 - CUYPERS, D., 'There will never be equality in the servants' hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht', dans CUYPERS, D. (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2003, 305 e.s.
 - FOBLETS, M.-Cl., BOUCKAERT, S., 'Nieuwe arbeidsmigratie de lege lata en de lege ferenda', *J.T.T.*, juin 2001, 281.
 - FONTENEAU, G., 'The Rights of Migrants, Refugees or Asylum seekers under International Law', *International Migration* 1992, vol. 30, 57-58 in Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 'Comprehensive examination of thematic issues relating to the elimination of racial discrimination', 31 mai 1999, 51^e session, Point 3 de l'ordre du jour provisionnel, E/CN.4/Sub.2/1999/7/1DD.1.
 - JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., 'Familiehereniging in Europa. Werk in de Raad van Europa en de EU, dans FOBLETS, M.-Cl., HUBEAU, B., VANHEULE, D. (eds.), *Migratie en migrantenrecht. Deel 7*, Bruges, Die Keure, 2002, 143 e.v.
 - JORENS, Y., 'Illegaliteit en sociale zekerheid: over de koppeling tussen het vreemdelingenrecht en het recht op sociale zekerheid', dans FOBLETS, M.-Cl., HUBEAU, B., DE MUYNCK, A. (eds.), *Migrantenonderzoek naar de toekomst. Huldeboek Ruud F. Peeters*, reeks Minderheden in de samenleving (Deel 4), Louvain, Acco, 1998, 193-200.
 - KITAMURA, Y., 'Recent developments in Japanese Immigration Policy and the United Nations Convention on Migrant Workers', *UBC Law Rev.*, 1993, 25.
 - LIETAERT, B. et NEYT, K., 'Toegang van de onderdaan uit de derde landen tot de Belgische arbeidsmarkt', dans CUYPERS, D., FOBLETS, M-C. en HUBEAU, B. (eds.) *Migratie en migrantenrecht.2*. Bruges, die Keure, 306-308.
 - MARTENS, A., '25 jaar wegwerparbeiders. Het Belgisch immigratiebeleid na 1945, ' dans *De gids op maatschappelijk gebied*, jaargang 64, 675-696.
 - MIGNON, E., 'Overzicht van de meest recente maatregelen ter bestrijding van de illegale tewerkstelling', *T.V.R.* 1993, 158-166.
 - MOULAERT, F., 'Labour migration and the role of the state. The immigration policy of the Belgian government,' dans MOULAERT, F. et SALINAS, P. (ed.), *Regional Analysis and the New International Division of Labor*, Boston, Kluwer, 1983, 145-161.
 - MOULAERT, F., 'Met vreemde arbeid tegen de crisis', dans *De gids op maatschappelijk gebied*, jaargang 70, 195-205.
 - PAS, H., 'Vreemdelingen en sociale minimumvoorzieningen', dans CUYPERS, D., FOBLETS, M-C. en HUBEAU, B. (eds.) *Migratie en migrantenrecht.5*. Bruges, die Keure, 2000, 266 e.s.
 - RAUWS, W., SCHYVENS, H., 'De bescherming van werknemersgrondrechten binnen de individuele arbeidsverhouding', dans RIMANQUE, K. (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in de private verhoudingen*, Anvers, Kluwer, 1982, 147 e.s.
 - STOKX, R., 'De Sociale Zekerheid en de illegaal', dans INSTITUUT VOOR SOCIAAL RECHT (ed.), *Vreemdelingen en de Sociale Zekerheid*, Gand, Mys & Breesch, 1996, 45-62.
 - STOLS, E., 'Emigratie en immigratie in historisch perspectief', dans MARTENS, A. et MOULAERT, F. (ed.), *Buitenlandse minderheden in Vlaanderen-België*, Anvers, De Nederlandse Boekhandel, 1985, 140 e.s.
 - TARAN, P.A., *Current dynamics of migration and the response of international standards WCRX*, (Parallel events International parliamentary union. The action of parliaments and their members. Durban, 2 september 2001. Foundations of dignity), <http://www.december18.net/UNWconfNGO16.htm>.
 - THEUNIS, J., 'Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor corrigerende ongelijkheden en doorwerking in private rechtsverhoudingen.' dans *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaat recht*, Gand, Mijs en Breesch, 1997, 148.
 - TRAEST, M., 'Enkele overwegingen over de toepasselijkheid van de wet ter bestrijding van discriminatie in internationale (arbeids)verhoudingen', dans CUYPERS, D. (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2003, 65 e.s.
 - VANACHTER, O., 'Vreemdelingen en arbeidsrecht', dans *De vreemdelingenwet. Commentaar op de wet van 15 december 1980*, VAN HOUTTE (ed.), Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1981, 126
 - VANACHTER, O., 'Gelijke behandeling op grond van leeftijd, ras, etnische oorsprong, nationaliteit' dans VANACHTER, O., *Gelijke behandeling en arbeidsverhoudingen*, Anvers, Intersentia, 1999, 209-212.
 - VANDAELE, A. en CLAES, E., 'Het arrest nr. 110/98 van het Arbitragehof: lessen voor de problematiek van niet-gemengd onderwijs en de techniek van directe werking?', *R.W.* 1998-99, 1235.
 - VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht*, Anvers, Maklu, 1999, 196 e.s.
 - VAN EYKEN, C., Voorstel van resolutie betreffende de raamovereenkomst van de Raad van Europa ter bescherming van de Nationale Minderheden, *Parl.St.* VI. R. 1996-97, 9 avril 1997, n° 624/1, 3.
 - VANHEULE, D., 'Het recht op asiel en de asielprocedure in een nationaal en Europees perspectief', dans FOBLETS, M.-Cl., HUBEAU, B., VANHEULE, D. (eds.), *Migratie en migrantenrecht. Deel 7*, Bruges, Die Keure, 2002, 143 e.s.

- VELAERS, J., 'De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen' dans *Vrijheid en Gelijkheid*, Anvers, Maklu, 2003, 287-326.
- VERSCHUEREN, H., *Internationale arbeidsmigratie. De toegang tot de arbeidsmarkt voor vreemdelingen naar Belgisch, internationaal en Europees gemeenschapsrecht*, Bruges, Die Keure, 1990, 144-149.



La Convention internationale de l'ONU de 1990

Conséquences juridiques d'une ratification belge: une étude exploratoire

- SCHEMA -

Prof. M.-Cl. Foblets (K.U.Leuven)
Prof. D. Vanheule (U.Antwerpen)
S. Loones (K.U.Leuven)

Table des Matières

4. La Convention et la protection (inter)nationale des droits

4.1. Rappel de quelques instruments (inter)nationaux

4.1.1. Conseil de l'Europe

4.1.1.1. Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CEDH)

- (1) Généralités
- (2) La notion de "travailleur migrant"

4.1.1.2. La Convention européenne d'établissement

- (1) Généralités
- (2) La notion de "travailleur migrant"

4.1.1.3. Charte sociale européenne

- (1) Généralités
- (2) La notion de "travailleur migrant"

4.1.1.4. La Convention européenne relative au statut des travailleurs migrants.

- (1) Généralités
- (2) La notion de "travailleur migrant"

4.1.1.5. Recommandation 990

4.1.2. Union européenne

4.1.2.1. Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne

4.1.2.2. Droit communautaire

- (1) Généralités
 - (1.1) Ressortissants de l'UE
 - (1.2) Non ressortissants de l'UE:
- (2) La notion de "travailleur migrant"
 - (2.1) Ressortissant étranger UE
 - (2.2) Ressortissant étranger non UE
 - A. Etrangers non UE en situation légale
 - A.1. la libre circulation des personnes
 - A.2. la libre circulation des travailleurs
 - A.3. Etrangers non UE et quelques droits limités à la libre circulation en vertu du droit communautaire.
 - A.3.1. Droits dérivés
 - A.3.2. Conventions avec des pays tiers
 - B. Etrangers non UE en situation illégale

4.1.3. Nations Unies

4.1.3.1. La Charte de l'ONU et la Déclaration universelle des Droits de l'Homme

4.1.3.2. Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

4.1.3.3. Pacte international relatif aux Droits civils et politiques et Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

4.1.4. Organisation internationale du Travail (OIT)

4.1.4.1. Convention n° 97: ratifiée le 27 juillet 1953.

4.1.4.2. Convention n° 143: non ratifiée.

4.2. Un aperçu schématique

4.3. La Convention internationale

Traduction officieuse du texte original (en anglais) de la Convention internationale par la Cellule Traductions du Ministère de la Communauté flamande.

4. La Convention et la protection (inter)nationale des droits

Dans ce chapitre, la Convention internationale est confrontée aux actuels instruments (inter)nationaux de protection des droits de l'homme. Un premier volet dresse l'inventaire de quelques sources juridiques qui prévoient déjà une protection des droits des travailleurs migrants et de leur famille (4.1). Ensuite, ces instruments juridiques sont confrontés à la Convention afin de vérifier avec précision si la Convention offre ou non une protection juridique plus étendue (4.2).

Comme nous l'avons souligné ci-avant, le schéma sert de base à l'analyse plus approfondie dans le texte liminaire, qui ne traite que des dispositions de la Convention qui font subsister des doutes quant à la question d'une extension potentielle de la protection des droits. Le présent inventaire des sources juridiques en vigueur peut servir de 'légende' à la lecture du schéma.

4.1. Rappel de quelques instruments (inter)nationaux

En vertu du régime des droits de l'homme, les travailleurs migrants et leur famille peuvent d'une part avoir recours aux instruments généraux de protection des droits de l'homme et d'autre part, ils sont protégés par des sources de droit qui ont été spécialement développés pour préserver leurs droits.

Parmi les sources générales de protection des droits de l'homme, il y a notamment le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH). Ces textes confèrent, par le biais de l'utilisation d'une terminologie inclusive, certains droits à chaque individu en sa qualité de membre de la collectivité, à tout individu se trouvant en séjour légal sur le territoire d'un Etat signataire du Traité ou à tous les individus qui relèvent de l'autorité judiciaire d'un Etat déterminé. En ce sens, la protection offerte par ces sources vise aussi les travailleurs migrants qui ressortissent au pouvoir judiciaire d'un Etat signataire. De plus, ces textes comportent essentiellement des clauses de non discrimination qui visent l'égalité de traitement de tous les individus.

Les travailleurs migrants discriminés bénéficient en outre de la protection d'instruments spécifiques, tels que la Convention internationale visant à éliminer toute forme de discrimination raciale, la Convention visant à bannir toute forme de discrimination à l'égard des femmes et la Convention n° 111 de l'Organisation internationale du Travail relative à la discrimination en matière d'emploi, tous des instruments qui visent à supprimer la discrimination.²⁰⁵ De plus, la Convention internationale visant à protéger tous les travailleurs migrants et leur famille et le Traité européen relatif au statut des travailleurs migrants confèrent des droits spécifiques aux travailleurs migrants et à leur famille tout en prévoyant certaines obligations que doivent respecter les Etats dans le cadre de leur politique d'immigration.

4.1.1. Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe a adopté plusieurs Traités qui soit ont un caractère général et s'appliquent dès lors aussi aux travailleurs migrants, soit visent exclusivement la protection de ces migrants.²⁰⁶

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, le but n'a jamais été de favoriser ou d'encourager la libre circulation des travailleurs mais plutôt de garantir les droits des travailleurs migrants dans le domaine économique, social, politique et culturel.²⁰⁷ Les travailleurs migrants ne disposent donc pas de droits absolus, qui les mettent au même niveau en termes de protection que les ressortissants nationaux.

²⁰⁵ NIESSEN, J., 'Migrant workers' dans EIDE, A., KRAUSE, C. et ROSAS, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural rights*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, 389-406.

²⁰⁶ Pour un aperçu des activités du Conseil de l'Europe dans ces domaines, voir e.a. *Activities of the Council of Europe in the Migration field*, 1998.

²⁰⁷ CATALANO, F., 'Les travailleurs migrants aujourd'hui. Réflexions, problèmes et solutions prioritaires', *Annuaire européen*, 1976, 53-71 et VERSCHUEREN, H., *Grensoverschrijdende arbeid*, Bruges, die Keure, 2000, 73.

4.1.1.1. Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CEDH)

(1) Généralités

La CEDH est le seul instrument juridique du Conseil de l'Europe qui s'applique à toutes les personnes qui séjournent dans un Etat qui est partie signataire de la Convention, et partant, qui s'applique indépendamment de la question de savoir si leur pays d'origine a ratifié la Convention, ou encore si le pays d'origine est membre du Conseil de l'Europe. Cela se traduit clairement dans la terminologie utilisée dans la Convention, qui réfère souvent à 'toute personne' (ou 'quiconque') et 'nul'.

Malgré l'utilisation de ces termes (inclusifs) au sens large, l'importance de la CEDH pour la protection des droits économiques, sociaux et culturels de travailleurs migrants et de leur famille s'avère plutôt minimale, l'accent étant mis en premier lieu sur la protection des droits civils et politiques.

Outre les citoyens des Etats membres du Conseil de l'Europe, des ressortissants étrangers peuvent eux aussi faire valoir un droit à l'égalité de traitement par rapport à ces droits absolus et fondamentaux, tels que le droit à la vie (Article 2 CEDH) et l'interdiction de la torture (Article 3 CEDH). La seule exception explicite au principe général d'applicabilité de la CEDH aux travailleurs migrants, est définie à l'article 16, laissant aux Etats membres du Conseil de l'Europe la possibilité de restreindre les droits politiques des étrangers.

Une manifestation claire de la restriction de la souveraineté d'Etat par la CEDH peut être trouvée dans les dispositions réglant le caractère contraignant de cette Convention. Soulignons à cet égard l'article 34, qui offre à 'toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles' le droit d'introduire des requêtes individuelles auprès de la Cour des Droits de l'Homme.

(2) La notion de 'travailleur migrant'

La CEDH ne comporte aucune définition de la notion de 'travailleur migrant'. Contrairement à la CEDH, les autres standards du Conseil de l'Europe s'appliquent uniquement aux travailleurs migrants qui sont des ressortissants des Etats membres qui sont parties à ces textes.²⁰⁸

Il ne fait aucun doute que la CEDH protège les droits absolus et fondamentaux, également en faveur des travailleurs migrants en séjour illégal et leur famille. La Convention s'applique en effet à toutes les personnes qui résident sur le territoire d'un Etat, Partie au Traité. La CEDH limite toutefois certaines dispositions spécifiques aux étrangers en présence légale ou en séjour légal.²⁰⁹

Un seul article de la CEDH réfère explicitement aux étrangers en séjour illégal. L'article 5 garantit en effet le droit à la liberté et la sûreté de la personne, moyennant une exception à l'article 5, 1, f) qui admet l'arrestation et la détention régulières d'individus pour les empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre lesquels une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. La détention au sens de l'article 5, 1, f) n'est pas admise lorsque ce moyen est utilisé à d'autres finalités.

4.1.1.2. La Convention européenne d'établissement

²⁰⁸ La convention européenne d'établissement limite le groupe-cible dans ses Articles 1 et 2, qui obligent les Etats membres à simplifier dans certains cas l'accès et le séjour de ressortissants étrangers, aux seuls 'ressortissants des autres Parties'. Si la Charte sociale européenne ne comporte en son Article 19 aucune disposition explicite limitant les effets aux seuls ressortissants nationaux, il convient de souligner que cette interprétation a bien été retenue par le Comité d'experts indépendants: *Conclusions I*, 81, cité par D. Harris, *The European Social Charter* (1984) 158. Cette interprétation est cohérente avec le reste du texte de la CSE. De plus, l'Appendice de la CSE stipule clairement que les articles 1 à 17 s'appliquent uniquement aux étrangers pour autant qu'ils soient des ressortissants des Parties contractantes. La Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant définit en son article 1, 1 le travailleur migrant au sens de cette Convention comme 'ressortissant d'une Partie contractante'.

²⁰⁹ Art. 2, 1 du 4^e Protocole (le droit à la liberté de circulation sur le territoire d'un Etat signataire) et Art. 1 du 7^e Protocole (garanties procédurales par rapport à l'éloignement arbitraire de ressortissants étrangers).

(1) Généralités

La Convention européenne d'établissement fut signée le 13 décembre 1955 à Paris par 15 Etats membres du Conseil de l'Europe et ultérieurement ratifiée par 12 d'entre eux, parmi lesquels la Belgique.²¹⁰ Il s'agit de la première convention multilatérale au niveau européen portant sur le statut juridique des ressortissants étrangers, qui n'entend pas influencer la politique d'admission des pays même.²¹¹

La Convention d'établissement entend faciliter la possibilité de visiter temporairement un pays qui est partie signataire et d'y résider pour une durée plus longue, voire même de façon permanente.²¹² Il comporte des dispositions relatives à l'entrée et au séjour dans un Etat membre ainsi qu'à l'égalité de traitement de ressortissants de parties contractantes dans le domaine de l'emploi. Il comprend en outre des dispositions concernant le droit à l'égalité de traitement par rapport à des organisations économiques et professionnelles et le droit à l'enseignement.

La Convention s'applique aux ressortissants des pays qui l'ont signée et ratifiée. Les ressortissants étrangers doivent en outre avoir leur résidence habituelle sur le territoire du pays où ils veulent séjourner ou travailler.²¹³ Le champ d'application personnel de cette Convention est dès lors plus restreint que celui de la CEDH. La convention d'établissement vise uniquement à assurer l'égalité de traitement entre ressortissants d'Etats qui sont parties au Traité.

Les mécanismes de contrôle sont limités par rapport à ceux qui s'appliquent dans le cadre de la CEDH. De plus, cette Convention semble uniquement pouvoir jouer un rôle pratique par rapport aux ressortissants de la Turquie, vu que tous les autres Etats parties à la Convention d'établissement sont soit entre-temps devenus membres de l'UE, soit relèvent du régime de l'Espace économique européen²¹⁴. Tant au sein de l'UE que dans l'EEE, les droits à la libre circulation sont beaucoup plus étendus.

Par le passé, la convention d'établissement a joué un rôle de précurseur pour bon nombre de dispositions du Traité CE et de catalyseur pour l'établissement de normes diverses dans le cadre du Conseil de l'Europe portant sur le traitement de travailleurs étrangers qui résident dans les Etats membres.

(2) La notion de “travailleur migrant”

La convention européenne d'établissement ne comporte aucune définition de la notion de ‘travailleur migrant’. Contrairement à la CEDH, cette Convention s'applique uniquement aux personnes qui sont des ressortissants des Etats membres qui sont parties à ces textes.

La Convention d'établissement ne s'applique pas aux travailleurs migrants en séjour illégal; ils ne sont pas repris dans le groupe d'étrangers en séjour légal auquel se limitent les effets de la Convention.

4.1.1.3. Charte sociale européenne

(1) Généralités

La Charte sociale européenne a été établie dans le corollaire de la conclusion de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).²¹⁵ La

²¹⁰ Loi du 24 mars 1961, *M.B.* 24 août 1965.

²¹¹ VERSCHUEREN, H., *Grensoverschrijdende arbeid*, Bruges, die Keure, 2000, 73.

²¹² Articles 1 et 2

²¹³ Art. 30, alinéa deux, Traité constitutif

²¹⁴ Exemple: la Norvège

²¹⁵ Loi du 11 juillet 1990, *M.B.* 28 décembre 1990. Décret Conseil de la Communauté française 8 juillet 1983, *M.B.* 18 août 1983. Décret du Conseil flamand 22 mars 1990, *M.B.* 5 mai 1990.

Charte constitue un complément à la CEDH. L'accent est mis sur les droits économiques et sociaux, en ce compris la politique sociale et les relations du travail.

La CSE est scindée en deux parties, dont la première partie doit être considérée comme une définition des objectifs des parties tandis que la deuxième traduit ces objectifs en obligations légales concrètes. Les Etats peuvent déterminer de manière sélective les dispositions de la deuxième partie auxquelles ils veulent souscrire, sous réserve de l'obligation d'approuver au moins 5 des 7 'articles-clefs' et d'adopter au total 10 articles au moins, ou 45 paragraphes.

L'impact de quelques dispositions de l'OIT est manifeste, à cette différence près que les dispositions sont formulées de manière moins précise dans la CSE et qu'elles s'inspirent davantage du contexte des droits de l'homme. L'OIT a influencé les mécanismes de surveillance de la mise en oeuvre de la Charte, ce qu'elle continue à faire à ce jour.

(2) La notion de "travailleur migrant"

Contrairement à la CEDH, la CSE s'applique uniquement aux travailleurs migrants qui sont des ressortissants des Etats membres qui sont parties à ces textes. La CSE ne comporte toutefois pas de définition claire et compréhensive de la notion de 'travailleur migrant'. Une définition peut toutefois être dérivée de l'article 19.

L'annexe à la Charte stipule que, hormis quelques cas, les personnes qui sont visées dans la Charte sont uniquement 'les ressortissants des autres Parties résidant légalement ou travaillant régulièrement sur le territoire de la Partie intéressée'. Il est clair qu'en vertu de l'article 19, les étrangers en séjour illégal sont exclus de l'application de la Charte.²¹⁶ En vue de l'article 19, 8 de la CSE, qui prévoit la protection contre l'expulsion, le concept de séjour légal a été défini par le Comité d'experts indépendants comme suit : être en possession de tous les documents légalement requis par le pays de séjour, en ce compris – si cette exigence est prévue – la possession d'un permis de séjour et d'un permis de travail.²¹⁷

Dans son article 19, 10, la CSE impose aux Etats membres l'engagement spécifique 'à étendre la protection et l'assistance prévues par le présent article aux travailleurs migrants travaillant pour leur propre compte, pour autant que les mesures en question sont applicables à cette catégorie'.²¹⁸

L'article 19 porte aussi sur les familles des travailleurs migrants, comme en témoigne le titre de cet article, à savoir: 'Droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance'. Selon l'Appendice à la Charte, il convient d'entendre par famille du travailleur migrant au moins 'le conjoint du travailleur et ses enfants non mariés de moins de 21 ans qui sont à la charge du travailleur'. Dans son interprétation de l'article 19, la Commission d'experts indépendants a souligné que les enfants doivent être à charge du travailleur.²¹⁹ En règle générale, on admet qu'il convient d'entendre par 'enfants de moins de 21 ans', les enfants qui sont mineurs d'âge dans le système de droit de l'Etat d'accueil.

4.1.1.4. La Convention européenne sur le statut des travailleurs migrants.

(1) Généralités

Cette Convention européenne a été signée le 24 novembre 1977 dans le cadre du Conseil de l'Europe. Il s'agit d'une convention multilatérale qui porte en premier lieu sur les travailleurs migrants. Cette

²¹⁶ Plusieurs paragraphes de l'article 19 stipulent explicitement que seuls ceux qui 'se trouvant légalement sur leur territoire' ou 'autorisé à s'établir sur le territoire' peuvent réclamer un certain nombre de choses. De plus, l'appendice à la CSE impose le séjour légal et l'emploi régulier comme conditions d'application des articles 1 à 17 de la Charte.

²¹⁷ *Conclusions II*, 97, citée dans: Conseil de l'Europe, *Case Law on the European Social Charter*, Strasbourg, 1982, 71.

²¹⁸ Plusieurs mesures s'avèrent inapplicables aux étrangers indépendants. Il s'agit notamment des dispositions de l'article 19, 4 concernant l'égalité de traitement entre étrangers et ressortissants nationaux dans le domaine de l'emploi et des droits syndicaux.

²¹⁹ *Case Law on the European Social Charter, Supplement*, 1986, 50-51.

notion réfère toutefois uniquement aux travailleurs migrants qui sont des ressortissants des Etats membres du Conseil de l'Europe. Là encore, les effets de ce texte reposent sur l'exigence de réciprocité. Seuls deux des traditionnels pays d'accueil en Europe ont ratifié le texte, à savoir : les Pays-Bas et la France ; de plus, trois pays de l'Europe du sud ont procédé à la ratification, à savoir : l'Italie, l'Espagne et le Portugal. Il en va de même pour la Norvège, la Suède et la Turquie.

La Belgique n'a pas encore ratifié cette Convention. Entre-temps, la Convention a toutefois été signée. Dès signature, l'Etat signataire est tenu de s'abstenir de tout acte contraire à l'objet ou à l'objectif de la Convention. Si l'Etat belge n'est donc pas encore liée au plan international, une certaine attitude cohérente est d'ores et déjà requise.

Malgré le préambule, qui met l'accent sur le progrès économique et social, très peu de dispositions de la Convention sont formulées en termes de droits pour les travailleurs migrants. La Convention semble attacher une attention plus grande aux obligations interétatiques qu'à la fixation de droits individuels qui doivent ensuite être consolidés dans la législation nationale. Ces droits spécifiques comprennent le droit de sortie du territoire et le droit à l'admission à condition d'avoir obtenu au préalable l'autorisation nécessaire (Article 4, 1), l'égalité de droits par rapport aux ressortissants nationaux par rapport à la prévention d'accidents du travail et de certaines maladies (Article 20), le droit d'accès aux tribunaux et aux autorités administratives dans l'Etat d'accueil (Article 26), l'exercice du droit d'association (Article 28) et une clause qui stipule que des droits nés d'autres textes nationaux, multi-ou bilatéraux restent maintenus (Article 31).

Par conséquent, cette Convention semble moins importante par rapport à la protection directe de travailleurs migrants, qu'on ne pourrait le croire à première vue.

(2) La notion de "travailleur migrant"

L'article 1, 1 de la Convention définit le travailleur migrant comme le ressortissant d'une Partie contractante qui a été autorisé par une autre Partie contractante à séjourner sur son territoire pour y occuper un emploi salarié. La mention de la nécessité d'une autorisation exclut des étrangers qui sont ressortissants d'une autre Partie contractante, mais qui se trouvent dans une position illégal.

La Convention s'applique uniquement aux étrangers qui exécutent un 'emploi salarié', les indépendants et les personnes non économiquement actives²²⁰ étant ainsi exclus du champ d'application. A titre de complément à cette définition, l'article 1, 1 comporte une liste de catégories d'étrangers qui ne peuvent pas invoquer les dispositions de la Convention.²²¹

Bien que la définition à l'article 1er ne réfère pas explicitement aux familles des travailleurs migrants, force est de constater que celles-ci sont clairement concernées compte tenu des différentes références aux familles dans le texte de la Convention.

4.1.1.5. Recommandation 990

La Recommandation 990 de 1984 approuvée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la migration clandestine en Europe commence par une prémisse qui stipule que tous les travailleurs migrants, quel que soit leur statut, doivent pouvoir bénéficier de la protection de leurs droits de l'homme et ce, dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'Etat d'emploi.²²² Le

²²⁰ Les touristes, étudiants et pensionnés peuvent être rangés dans cette catégorie. Les étudiants étrangers qui ont achevé leurs études et sont à la recherche d'un emploi dans le même pays, ne relèvent pas de la définition, à moins d'avoir obtenu l'autorisation de séjourner dans ce pays pour y trouver du travail (*Explanatory report on the EMW (1978) 8*, paragraphe 13).

²²¹ Cette liste semble correspondre à la liste des étrangers exclus qui figure à l'article 11 de la Convention OIT n° 143, à cette différence près que la Convention européenne exclut les travailleurs saisonniers et que l'exclusion des étrangers exécutant des contrats de travail spécifiques est délimitée de manière plus large et plus précise dans la Convention que dans l'article 11, 2 e de la Convention OIT.

²²² Paragraphes 5 et 11, c, i.

texte plaide également pour que les Etats membres du Conseil considèrent la régularisation des travailleurs migrants déjà intégrés comme un premier pas. Dans ce cadre, la régularisation est toutefois considérée comme un régime exceptionnel et non renouvelable.²²³ La Recommandation prône également ‘de sévères sanctions administratives et pénales pour ceux qui emploient des immigrés en séjour illégal ainsi que ‘l’égalité de traitement et des conditions de travail égales pour les travailleurs migrants’, et ce, afin de ‘faire échec à la migration illégale’.²²⁴ Compte tenu de cette approche, la Recommandation rejoint la Convention onusienne, qui part également du principe que la garantie de droits fondamentaux d’étrangers en séjour illégal aura un impact dissuasif sur leur emploi ultérieur et n’aboutira pas à une augmentation du nombre d’étrangers en séjour illégal.

4.1.2. Union européenne

4.1.2.1. Charte des Droits fondamentaux de l’Union européenne

La Charte des Droits fondamentaux a été adoptée par le Parlement européen, le Conseil européen et la Commission européenne le 7 décembre 2000.

La Charte énonce plusieurs droits à dimension sociale, comme par exemple le droit à l’éducation, la liberté de choisir une profession, le droit à la propriété, le droit du travailleur à l’information, la protection en cas de licenciement injustifié, des conditions de travail justes et équitables, sécurité sociale et assistance, conciliation entre vie familiale et vie professionnelle, soins de santé, accès aux services, protection des consommateurs,... Il convient de mentionner dans ce contexte le principe de non discrimination et le principe d’égalité.²²⁵

L’article 1er de la Charte stipule, sans la moindre réserve ou restriction, que la dignité humaine est inviolable et qu’elle doit être protégée et respectée. Les droits fondamentaux inscrits dans la Charte ne s’appliquent pas uniquement aux ressortissants de l’UE mais doivent être garantis par les institutions et organes de l’Union européenne à l’égard de ‘toute personne’. Les seules exceptions à cette règle concernent un nombre très restreint de droits fondamentaux qui sont explicitement réservés aux ressortissants de l’Union et/ou aux non ressortissants de l’Union qui se trouvent en séjour légal et qui voyagent au sein de l’Union européenne.²²⁶

Le fait que la Charte n’est pas un Traité légalement contraignant n’empêche pas que cette source juridique joue un certain rôle réglementaire. Auparavant déjà, la Cour de Justice a invoqué les principes généraux du droit communautaire comme source juridique pertinente.²²⁷ Il semble assez probable que cette Charte soit considérée comme une interprétation importante des traditions constitutionnelles des Etats membres.

4.1.2.2. Droit communautaire (UE)

(1) Généralités

Les normes européennes régissant la libre circulation de travailleurs prévoient une protection très étendue pour les travailleurs migrants et leur famille. Outre la libre circulation de marchandises, de services et de capitaux, la libre circulation de personnes constitue l’une des quatre libertés qui sont utilisées pour atteindre les objectifs économiques et sociaux au sein de l’Union européenne.

²²³ Paragraphe 11, b.

²²⁴ Paragraphe 11, c, ii.

²²⁵ ROSAS, A., ‘Social Rights and the European Union’, dans VAN DER AUWEAURT, P., DE PELSMACKER, T., SARKIN, J., VANDE LANOTTE, J. (eds.), *Social, Economic and Cultural Rights. An appraisal of Current European and International Developments*, Anvers, Maklu, 2002, 155-156.

²²⁶ BRUGGEN W., NEUCKENS D., SOMERS E., In slechte papieren? Opvangbeleid voor mensen zonder wettig verblijf in Vlaanderen, Vlaams Minderhedencentrum, mars 2003, 46.

²²⁷ Voir aussi l’article 6 §2 du Traité sur l’UE.

L'interprétation qui est conférée par le droit communautaire à cette libre circulation de personnes se différencie de celle qui figure dans les différentes conventions sur les droits de l'homme. Là où ces dernières limitent le contenu au droit de tout un chacun de voyager librement dans les pays et au droit de quitter chaque pays et de retourner vers son pays, le droit communautaire adopte une vision plus instrumentaliste. L'UE utilise la libre circulation comme moyen pour régler la migration et l'immigration de ressortissants UE qui déménagent au sein de l'Union. Pendant très longtemps, l'immigration d'en dehors de l'Union et la circulation de ressortissants de pays tiers au sein de l'UE est restée une compétence exclusive des Etats membres individuels. Cela a donné lieu à une grande diversité de régimes différents qui mettent les ressortissants de pays tiers dans une autre position que les ressortissants de l'UE. Cela a toutefois changé depuis le Traité d'Amsterdam.²²⁸

(1.1) Ressortissants de l'UE

Le Traité qui a institué la Communauté européenne en 1957, offre une solide base juridique pour l'action communautaire dans le domaine de la libre circulation de personnes. Le résultat est une politique dans laquelle la libre circulation et l'égalité de traitement entre ressortissants de l'UE et ressortissants de l'Etat membre ont été de plus en plus étendues. La pertinence de la réglementation communautaire concernée s'applique maintenant à un nombre accru de personnes et ce, par l'extension du droit à la libre circulation à des catégories autres que les seuls travailleurs salariés, tels que des indépendants et prestataires de service, mais aussi par l'extension continue de l'Union à 15 et bientôt à 25 Etats membres. De plus, la Cour de Justice a joué un rôle important dans le développement d'une interprétation progressiste de la libre circulation de personnes.

Les ressortissants de l'UE qui voyagent en Europe dans le cadre d'une occupation bénéficient de droits importants. Le débat doit surtout porter sur la question de savoir si les non ressortissants de l'UE peuvent également faire valoir ces droits. Une question centrale qui se pose à cet égard est de savoir si ces non ressortissants de l'UE pourront également invoquer les droits qui sont attribués à certaines personnes sur la base de textes européens. Dans cette analyse des conséquences de la ratification éventuelle de la Convention internationale de 1990 visant à protéger les droits de tous les Travailleurs migrants et leur famille, on traite plus particulièrement du statut juridique des non ressortissants de l'UE.

(1.2) Non ressortissants de l'UE:

La différence de traitement entre ressortissants des Etats membres et ceux de pays tiers subsiste. Tout comme des ressortissants de pays tiers bénéficient eux aussi d'un régime différent. Cela est renforcé par le fait que la compétence de régler l'immigration relevait pendant longtemps exclusivement des Etats membres individuels. Au milieu des années quatre-vingt, les Etats membres ont noué une collaboration, une collaboration qui a été ultérieurement formalisée dans le Traité sur l'UE. Le Traité a étendu dans une mesure restreinte la compétence communautaire dans le domaine de la migration²²⁹ et offre la possibilité de soumettre davantage d'éléments aux compétences communautaires. Le Traité d'Amsterdam a ajouté un nouveau quatrième titre au Traité CE, dans le but de mettre en place une Union libre, sûre et équitable. Les domaines politiques liés à l'asile, l'accès et le séjour de personnes issues de pays tiers et à l'immigration ont été communautarisés et transférés du troisième pilier, qui regroupait initialement les compétences justice et politique intérieure, vers le premier pilier.

Pour ce qui concerne la politique sociale européenne, il s'avère dans de nombreux cas impossible de déterminer si seuls les ressortissants de l'UE sont visés, ou aussi des ressortissants de pays tiers. Ainsi, la réglementation européenne relative à la santé et la sécurité sur le lieu du travail n'opère aucune distinction entre les deux groupes précités. Dans le même sens, les mesures dans le cadre de l'égalité de traitement des hommes et des femmes s'appliquent à l'ensemble des travailleurs et pas uniquement aux travailleurs UE. L'article 137 (3) du Traité CE permet à la Communauté d'intervenir dans le

²²⁸ EIDE, A., KRAUSE, C., ROSAS, A. *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, 399.

²²⁹ Notamment pour ce qui concerne la politique des visas

domaine des conditions de travail, lorsque celles-ci concernant des personnes issues de pays tiers se trouvant en situation légale.

Nonobstant ces évolutions, la différence de traitement entre les ressortissants de pays tiers entre eux ainsi que la différence entre les premiers et les ressortissants UE reste très grande.

(2) La notion de “travailleur migrant”

(2.1) Etranger UE

Dans le droit communautaire, la définition du travailleur migrant est plus large que la définition retenue dans la Convention européenne sur le statut des travailleurs migrants et plus large que la définition qui peut être dérivée de la Charte sociale européenne. Cela découle du fait que le régime CE fonctionne à un autre niveau que le Conseil de l'Europe. Là où le premier vise à abaisser, voire même supprimer les limites de la souveraineté de l'Etat, le Conseil de l'Europe doit se limiter à améliorer le traitement des travailleurs migrants par rapport et avec respect à l'égard des ressortissants nationaux, afin d'essayer ainsi d'atteindre l'égalité dans certains domaines.

Tant la convention européenne d'établissement, la Convention européenne sur la position juridique du travailleur migrant, la Charte sociale européenne et le droit CE sont basés sur un système de réciprocité et s'appliquent dès lors uniquement aux ressortissants des Etats membres contractants.

Les travailleurs qui relèvent de la protection du droit CE constituent un groupe très large. La Cour de Justice a affirmé que le principe fondamental de la liberté de mouvement des ouvriers exige que le terme de ‘travailleurs’ au sens de l'article 39 du Traité CE soit interprété au sens large et doive obtenir une définition communautaire objective et ne peut être tributaire d'une concrétisation subjective par les Etats membres.²³⁰

La Cour a jugé qu'aussi longtemps que l'étranger exerce des services pour le compte et sous l'autorité et la surveillance d'autrui et en échange d'une indemnité, il doit être qualifié de travailleur au sens du droit communautaire.²³¹ Les activités du travailleur doivent toutefois être ‘économiques, effectives et sincères’.²³² Des activités à petite échelle sont exclues de la définition dans la mesure où elles sont qualifiées de ‘marginales et subordonnées’.²³³ Les travailleurs migrants qui se retrouvent au chômage mais qui sont en mesure d'assumer une autre fonction,²³⁴ et ceux qui cherchent un emploi²³⁵ relèvent également de l'article 39 du Traité CE.

Les indépendants peuvent faire valoir les dispositions à partir de l'article 43 du Traité CE, réglant le droit à l'établissement et le droit au libre exercice de services.

Des ressortissants de l'UE peuvent eux aussi avoir un ‘statut irrégulier’. Cela ne sera toutefois le cas que lorsque ces ressortissants ne parviennent pas à remplir les formalités requises concernant la

²³⁰ Cour de Justice, *Hoekstra v. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, Affaire 75/63, 1964; *Levin v. Secrétaire d'Etat à la Justice*, Affaire 53/81, 1982.

²³¹ Cour de Justice, *Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg*, Affaire 66/85, 1986; *Betray v. Secrétaire d'Etat à la Justice*, Affaire 344/87, 1989; *Brown v. Secretary of State for Scotland*, Affaire 197/86, 1988.

²³² Cour de Justice, *Levin v. Secrétaire d'Etat à la Justice* et *Betray v. Secrétaire d'Etat à la Justice* (cf. supra). *Kempf v. Secrétaire d'Etat à la Justice*, Affaire 139/85, 1986: Le travail à temps partiel relève également de ‘effective and genuine activity’, même lorsque le revenu d'un individu est complété par des moyens publics. *Levin, Lawrie-Blum* en *Bernine v. Ministre de l'Enseignement et des Sciences*, Affaire C-3/90, 1992: ‘Effective and genuine activities’ peuvent également viser le travail de stagiaire, mais dans l’Affaire *Bernini*, la Cour a souligné que les tribunaux nationaux peuvent enquêter sur la durée de l'emploi, afin de vérifier si le stagiaire a acquis suffisamment d'expérience professionnelle pour pouvoir exercer la fonction en question.

²³³ *Betray* (Cf. Supra)

²³⁴ *Hoekstra* (Cf. Supra)

²³⁵ Cour de Justice *Immigration Appeal tribunal*, Affaire C-292/89, 1991 : Un ressortissant belge se vit imposer l'ordre de quitter le territoire parce qu'après 6 mois de séjour au Royaume Uni il n'avait toujours pas trouvé d'emploi. La Cour de Justice décida que, vu l'absence de réglementation européenne spécifique sur ce point, il est raisonnable que la législation nationale prévoit une période durant laquelle le ressortissant étranger doit trouver du travail, et que la période de 6 mois prévue par le Royaume Uni était suffisante dans ce cadre. Après cette période, les migrants UE ne peuvent toutefois pas être expulsés dans la mesure où ils peuvent prouver qu'ils sont toujours à la recherche de travail et qu'ils ont des chances raisonnables d'en trouver.

possession de permis de séjour.²³⁶ Ces personnes ne peuvent toutefois pas être expulsées du fait de ce constat.²³⁷

(2.2) Etrangers en dehors de l'UE

Le nombre de travailleurs migrants non issus d'un Etat membre de l'UE dépasse depuis plusieurs années leurs homologues européens²³⁸ ; en 1994, les Etats d'emploi dénombraient presque deux fois plus de travailleurs migrants non européens (UE) qu'européens.²³⁹

A. Etrangers non UE en situation légale

A.1. la libre circulation de personnes

En vertu de l'article 14 du Traité CE,²⁴⁰ la Commission a fait observer que la libre circulation de personnes au sein du marché intérieur s'applique à toutes les personnes, qu'elles soient économiquement actives ou non et indépendamment de leur nationalité. Le marché intérieur ne peut fonctionner dans les mêmes conditions que celles qui s'appliquent à un marché national si la libre circulation de personnes sur ce marché était entravée par des contrôles aux frontières intérieures.²⁴¹ La Commission a toutefois souligné que cette libre circulation de personnes ne donne pas lieu dans ce contexte à l'octroi des mêmes droits que ceux formulés par les dispositions relatives à la libre circulation dans le Traité CE. La Commission a affirmé en ce sens que la libre circulation de personnes ne peut être confondue avec les droits qui découlent directement des articles 39 à 55, plus particulièrement le droit d'assumer une activité économique comme indépendant ou comme salarié et le droit de séjour subséquent, qui s'appliquent uniquement aux ressortissants des Etats membres.²⁴²

A.2. La libre circulation de travailleurs

La libre circulation de travailleurs au sein de l'UE ne s'applique toutefois pas aux ressortissants étrangers non européens (non UE). La Commission européenne et le Parlement européen ont insisté à plusieurs reprises auprès des Etats membres sur une amélioration du statut légal et social des ressortissants non UE en séjour légal.²⁴³ Jusqu'à présent, ces efforts n'ont pas abouti à des changements substantiels.

A.3. Ressortissants étrangers non UE et quelques droits limités à la libre circulation en vertu du droit communautaire.

A.3.1. Droits dérivés

²³⁶ Council Directive 64/221/CE du 15 février 1964 concernant la coordination de mesures particulières relatives à la circulation et au séjour de ressortissants étrangers, *OJ Sp. Ed.* 1963-64, 117.

²³⁷ Cour de Justice, *State v. Royer*, 1976 ECR 497, 1977, 2 CMLR 585.

²³⁸ La libre circulation de travailleurs au sein de l'Union n'a pas abouti à une augmentation substantielle de la migration de travailleurs entre les différents Etats membres. Au contraire même: en 1959, lorsque cette libre circulation n'en était que dans une première phase, 75% des travailleurs migrants dans les 6 Etats membres originaux étaient issus d'un autre Etat membre (à l'époque surtout de l'Italie). En 1973, lorsque la libre circulation commençait vraiment à sortir des effets, pas moins de 75% des travailleurs migrants dans l'Union, qui s'était entre-temps élargie à 9 Etats membres, venaient d'un pays tiers. Voir: Commission of the European Community, *Action Programme in Favour of Migrant Workers and their Families*, 1974, 1.

²³⁹ *Labour Force Survey results*, 1994, n. 26 en haut, 42.

²⁴⁰ Article 14 Traité CE: '2. Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des personnes est assurée selon les dispositions du présent traité.'

²⁴¹ Commission of the European Communities, Communication to the Council and to the Parliament, *Abolition of Border Controls*, SEC (92) 877 fin le 8 mai 1992, Annex I, 10, para. 6, appuyée par le Parlement européen par la Résolution du 19 novembre 1992.

²⁴² Commission of the European Communities, Communication to the Council and to the Parliament, *Abolition of Border Controls*, Cfr *Supra* n. 67.

²⁴³ Exemple: En 1974, la Commission a proposé un programme d'action au bénéfice des travailleurs migrants et de leur famille; Le 8 juillet 1985, la Commission a adopté la décision contraignante 85/381/EEC (adaptée par la décision 88/384/EEC du 8 juin 1988) qui oblige les Etats membres d'informer la Commission et les autres Etats membres au préalable concernant toute nouvelle réglementation dans le domaine, notamment, de l'accès au territoire, du séjour, de l'emploi, de l'égalité de traitement en matière de conditions de vie et d'emploi, de salaires et de droits économiques et d'intégration des immigrés et leurs familles dans la société et la vie culturelle; et la Déclaration politique par la Commission en 1994, *Immigration and Asylum Policies*, 1994, 3 para. 6.

De manière indirecte, le droit communautaire prévoit dans certains cas que des ressortissants étrangers non UE peuvent bénéficier quand même de certains droits. Le droit au regroupement familial permet au travailleur migrant de se faire accompagner par son conjoint et d'autres personnes dépendant de lui et ce, quelle que soit leur nationalité.²⁴⁴ Il ne s'agit en l'occurrence pas d'un droit individuel, indépendant mais bien d'un droit dérivé qui découle du statut de l'ayant droit primaire, c'est-à-dire le travailleur migrant.

Les ressortissants étrangers non UE peuvent également acquérir un droit limité à la libre circulation en application de l'article 49 e.s., qui concrétisent la libre circulation de services. La Cour de Justice a souligné qu'une entreprise européenne qui propose des services dans un autre Etat membre, ne doit pas nécessairement avoir des permis de travail nationaux pour des étrangers non UE qui y sont légitimement employés.²⁴⁵

A.3.2. Conventions avec des pays tiers

L'UE et ses Etats membres ont conclu plusieurs Accords d'association et de coopération²⁴⁶ avec quelques pays tiers, tels que la Turquie,²⁴⁷ les pays du Maghreb²⁴⁸ et des pays de l'Europe centrale et de l'Est.²⁴⁹ La Cour de Justice a veillé à ce que ces conventions et les décisions prises en vertu de celles-ci soient considérées comme partie intégrante de l'ordre juridique européen²⁵⁰ et a prévu la possibilité d'effets directs de ces conventions dans les Etats membres pour autant qu'elles comprennent des règles qui sont suffisamment claires et précises et qui puissent être appliquées sans que d'autres mesures ne s'imposent.²⁵¹ La Communauté européenne a également conclu des accords avec des pays (ACP) d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, comportant des dispositions relatives à la protection réciproque de leurs ressortissants qui se trouvent en séjour légal.²⁵²

²⁴⁴ Règl. 1612/68/EEG, Art. 10, 1: Le droit au regroupement familial est limité au conjoint, aux enfants de moins de 21 ans et ceux de plus de 21 ans à condition qu'ils soient toujours à charge du travailleur migrant, et enfin aussi, aux parents et grands-parents qui sont à sa charge; Art. 10, 2: Les Etats membres sont uniquement obligés de « favoriser » le regroupement d'autres membres de sa famille avec le travailleur migrant.

²⁴⁵ Cour de Justice, *Rush Portuguesa Lda v. Office National d'Immigration*, Affaire C-113/89, 1990 ECR I-1417, 1991, 2 CMLR 818 ; confirmé dans *Vander Elst v. Office des Migrations Internationales*, Affaire C-43/93, 1994, ECR I-3803.

²⁴⁶ Ce qui est possible en vertu des articles 94 et 308. De plus, l'article 310 prévoit une compétence spécifique pour conclure des accords d'associations.

²⁴⁷ Décision du Conseil du 23 décembre 1963 portant conclusion de la Convention réalisant une association entre la CE et la Turquie, *JO. L* 3685/64, 29 décembre 1964.

²⁴⁸ Voir par exemple: Maroc: Règlement (CE) n° 2211/78 du Conseil du 26 septembre 1978 portant conclusion de l'Accord de coopération entre la CE et le Royaume du Maroc, *JO L* 264, 27 septembre 1978, Loi du 15 février 2000 portant assentiment à l'Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et les Etats membres, d'une part, et le Royaume du Maroc, d'autre part, *M.B.* 22 décembre 1999, afl. 284, 28342; Algérie: Règlement (CE) n° 2210/78 du Conseil du 26 septembre 1978 portant conclusion de l'accord de coopération entre la Communauté économique européenne et la République algérienne démocratique et populaire, *JO L* 263, 27 septembre 1978; Tunisie: Loi du 15 février 2000 portant assentiment à l'Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République de Tunisie, d'autre part, *M.B.* 9 octobre 2001, afl. 284, 34041.

²⁴⁹ Voir par exemple : Hongrie: Loi du 18 mars 1993 portant approbation des actes internationaux suivants : Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République de Hongrie, d'autre part, *M.B.* 21 septembre 1995, afl. 183, 26793; Pologne: Loi du 18 mars 1993 portant approbation des actes internationaux suivants: les Accords européens entre l'UE et la Pologne, *M.B.* 21 septembre 1995, afl. 183, 26793; Roumanie: Loi du 29 novembre 1994 portant approbation de l'Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la Roumanie d'autre part, *M.B.* 12 juin 1997, afl. 109, 15821.

²⁵⁰ Cour de Justice, *Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd*, Affaire C-12/86, 1987, ECR 3719, 1989, 1 CMLR 421; *Sevenice v. Secrétaire d'Etat à la Justice*, Affaire C-192/89, 1990, ECR 3461, 1992, 2 CMLR 57.

²⁵¹ Maroc: Cour de Justice, *Yousfi v. Secrétaire d'Etat à la Justice*, Affaire C-58/93, 1994, ECR I-1353 et *Kziber v. Office National de l'Emploi*, Affaire C-18/90, 1991, ECR I-199: L'article 41, 1 de l'accord CE-Maroc, concernant l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale, est considéré par la Cour comme ayant un impact direct; Turquie: *Kus v. Landeshauptstadt Wiesbaden*, Affaire C-237/91, 1993, 2 CMLR 887, *Eroglu v. Land Baden-Württemberg*, Affaire C-355/93, 1994, ECR I-5113; *Sevenice*, cf. supra: les dispositions du conseil d'association relatives à l'accès à l'emploi ont été cataloguées comme ayant un impact direct.

²⁵² Voir par exemple : la quatrième Convention ACP-CE, Lomé, 15 décembre 1989, *OJ* 1991, L 229/3: article 5, 2 §3 incite les Parties à veiller à ce que 'les travailleurs migrants, étudiants et autres ressortissants étrangers se trouvant légalement sur leur territoire ne fassent l'objet d'aucune discrimination sur la base de différences raciales, religieuses, culturelles ou sociales, notamment en ce qui concerne le logement, l'éducation, la santé, les autres services sociaux et l'emploi'. Il est toutefois douteux que cette disposition soit à effet direct, vu que l'obligation est subordonnée aux « mesures légales ou administratives adoptées ou à adopter par les Etats ». De plus, il semble peu probable que la Déclaration commune relative aux travailleurs qui sont ressortissant de l'une des Parties contractantes et qui se trouvent en séjour légal, ait un effet direct. Cette déclaration figure dans l'Annexe VI au Final Act de cette quatrième Convention de Lomé, et prône l'égalité de traitement en faveur de ces travailleurs par rapport aux ressortissants nationaux pour ce qui concerne les conditions de travail, de rémunération et les prestations de sécurité sociale liées à l'occupation.

Les droits que peuvent faire valoir les ressortissants de pays qui ont conclu une convention avec la CE, portent essentiellement sur le droit au travail égal et à des conditions de travail égales, à l'accès au marché du travail et à la sécurité sociale.

Il paraît défendable de qualifier ces conventions de dispositions trop ponctuelles et partielles, qui ne permettent pas d'instaurer une égalité totale entre les étrangers non UE et leur famille d'une part, et les ressortissants de l'UE, d'autre part.

B. Ressortissants étrangers non UE en situation illégale

Des ressortissants non UE qui sont employés de manière illégale dans un pays d'accueil européen ne sont pas directement protégés en vertu du droit communautaire.

4.1.3. Nations Unies

4.1.3.1. La Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des Droits de l'homme

La Charte des Nations Unies incite les Etats membres à promouvoir et à encourager les droits de l'homme et les libertés fondamentales et ce, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue ou de religion.²⁵³

La Déclaration universelle des Droits de l'Homme comprend uniquement des dispositions indirectes par rapport à la libre circulation de travailleurs. Il s'agit du droit de quitter son propre pays et d'y revenir²⁵⁴ et le droit au travail, au libre choix de son travail et au « salaire égal à travail égal ».²⁵⁵

Ces dispositions ne garantissent pas la libre circulation de personnes et certainement pas, la libre migration de travailleurs. De plus, ces dispositions ne sont juridiquement guère contraignantes.²⁵⁶

4.1.3.2. Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale²⁵⁷

La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 7 mars 1966 définit – en son article 1er – la notion de discrimination raciale comme 'toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui 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.'

Les dispositions de cette Convention sont également d'application au 'droit au travail et au libre choix de son travail'²⁵⁸ En principe, la distinction fondée sur la nationalité n'est pas considérée en soi par la Convention comme de la discrimination raciale de sorte qu'une législation distincte dans le domaine de l'accès au marché du travail pour les ressortissants étrangers n'est pas en contradiction avec la Convention.²⁵⁹ Dans ce cadre, il y a lieu de référer à la récente loi anti-discrimination adoptée en Belgique, qui est examinée dans le texte introductif.

4.1.3.3. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

²⁵³ Art. 1, 3 et 13, 1b de la Charte de l'ONU

²⁵⁴ Art. 13, 2 DUDH

²⁵⁵ Art. 23, 1 et 2 DUDH

²⁵⁶ VERSCHUEREN, H., *Internationale arbeidsmigratie*, Bruges, die Keure, 1990, 215.

²⁵⁷ Ratification le 7 août 1975, M.B. 11 décembre 1975.

²⁵⁸ Art. 5, e, i Convention anti-discrimination

²⁵⁹ Cela n'est pas contesté pour les droits socio-économiques, mais bien pour certains droits politiques et civils.

La loi du 15 mai 1981 portait approbation tant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques que du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Après la ratification en date du 21 avril 1983, la Belgique est devenue le 21 juillet 1983 partie à ces deux pactes onusiens.

L'effet direct des principales dispositions du Pacte relatif aux droits civils et politiques est généralement reconnu. Cela implique que, pour ce qui concerne les dispositions contenues dans ledit pacte, la Belgique est tenue de s'y conformer et que le juge peut sanctionner tout non respect de ces dispositions. Le Pacte relatif aux droits civils et politiques ne comporte toutefois aucune disposition portant directement sur l'accès au marché du travail.

Pour ce qui concerne le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, l'effet direct n'est pas admis. Le Pacte octroie toutefois le droit au travail. Ce droit implique le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté.²⁶⁰ De par l'effet direct limité du Pacte, cette disposition n'a pas d'importance immédiate pour la pratique juridique en Belgique.

4.1.4. Organisation internationale du Travail (OIT)

L'Organisation internationale du Travail fut fondée en 1919 par le Traité de Versailles. Elle joue un rôle central dans l'élaboration de normes internationales dans quasi tous les domaines du droit social. Les normes sont concrétisées dans des conventions internationales qui sont adoptées par la Conférence internationale du Travail et ensuite soumises aux Etats membres pour ratification ou développées par le biais de recommandations.²⁶¹

Pour ce qui concerne le statut des travailleurs migrants, l'OIT peut s'appuyer sur le Préambule de la Charte de l'OIT qui désigne la "défense des intérêts de travailleurs employés à l'étranger" comme l'un des objectifs de l'organisation.

4.1.4.1. Convention n° 97: ratifiée le 27 juillet 1953.

La Convention n° 97 sur les Travailleurs migrants de 1949 jette la base de l'égalité de traitement entre les ressortissants nationaux et les étrangers en situation légale et ce, dans différents domaines. Sont notamment visés : les procédures de recrutement, les conditions de logement et de travail, l'accès à la justice, les impôts et les réglementations en matière de sécurité sociale,... Cette Convention définit les détails concernant les conditions des contrats, la participation des étrangers au "job-training"; de plus, elle comporte des dispositions dans le domaine du regroupement familial et de la possibilité d'introduire un recours contre une cessation d'emploi illégitime et l'expulsion/éloignement.²⁶²

4.1.4.2. Convention n° 143: non ratifiée.

La Convention n° 143 sur les Travailleurs migrants de 1975 a été adoptée durant une période de préoccupations croissantes concernant les étrangers en séjour illégal. Les deux objectifs principaux de la Convention sont : régler les flux de migration, éliminer l'émigration illégale et lutter contre la traite des êtres humains d'une part et d'autre part, promouvoir l'intégration des étrangers dans le pays d'accueil.

La Convention prévoit des normes minimales spécifiques de protection d'étrangers en séjour illégal ou d'étrangers employés de manière illégale, en ce compris les étrangers qui n'entrent pas en ligne de compte pour une régularisation. Ce principe est énoncé à l'article 1, qui engage tous les Etats parties à

²⁶⁰ Art. 6, 1 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

²⁶¹ VERSCHUEREN, H., *Grensoverschrijdende arbeid*, Bruges, die Keure, 2000, 79.

²⁶² TARAN, P.A., *Globalization, Migration and Exploitation: Irregular Migrants and Fundamental Rights at Work*, International Conference on Undocumented Migrant Workers, European Parliament, Bruxelles, 26 mai 2003, 7.

la convention à respecter les droits de l'homme fondamentaux de tous les travailleurs migrants et ce, quel que soit leur statut en tant qu'étranger ou leur situation légale dans le pays d'accueil.²⁶³

Cette convention n'a pas encore été ratifiée par la Belgique malgré la Promesse faite par le Ministre des Affaires étrangères, de soumettre la Convention au Parlement.²⁶⁴

²⁶³ TARAN, P.A., *Globalization, Migration and Exploitation: Irregular Migratns and Fundamental Rights at Work*, International Conference on Undocumented Migrant Workers, European Parliament, Bruxelles, 26 mai 2003, 7.

²⁶⁴ Q. et R.. Sénat, 1976-77, 21 décembre 1976, 353 (Question n° 11, SCHUGENS).