



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

HAUTE AUTORITÉ DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ET POUR L'ÉGALITÉ

Le Président

Paris, le **24 DEC. 2008**

N/Réf: CD/CODETRAS/2007-1309-001

Monsieur,

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie par le CODETRAS (Collectif de défense des travailleurs étrangers dans l'agriculture) d'une réclamation relative à la situation des travailleurs agricoles étrangers dans les Bouches-du-Rhône.

Je vous informe que le Collège de la haute autorité a adopté la délibération n° 2008-283 du 15 décembre 2008.

Je vous prie d'agréer, Monsieur, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Louis SCHWEITZER

Monsieur Louis BRETTON
Directeur
Association ESPACE-Accueil aux étrangers
22 rue Mathieu Stilatti
13003 MARSEILLE

11, rue Saint Georges - 75009 Paris
Tél. : 01 55 31 61 00 - Fax : 01 55 31 61 49
www.halde.fr

Délibération n° 2008-283 du 15 décembre 2008

Le Collège :

Vu les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 1^{er} du Protocole n° 1 additionnel à la Convention ;

Vu l'article 6 de la Convention OIT n° 97 ;

Vu les articles 2-2 et 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ;

Vu l'article 8 de la Convention de main-d'œuvre entre la France et le Maroc du 1^{er} juin 1963 ;

Vu la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 ;

Vu le Code du travail ;

Vu le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Sur proposition du Président,

Décide :

La haute autorité a été saisie le 2 mars 2007 par le CODETRAS (Collectif de défense des travailleurs étrangers dans l'agriculture) concernant les travailleurs étrangers saisonniers de longue durée employés dans le domaine agricole, lesquels seraient victimes de discrimination.

Le CODETRAS sollicite l'avis de la HALDE sur les pratiques de l'administration des Bouches-du-Rhône, et plus particulièrement, la Direction départementale du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle sous contrôle de la Préfecture, à l'égard de ces travailleurs étrangers introduits en France selon la procédure dite des contrats « OMI ».

Le Collectif fait valoir qu'en principe, la durée de ces contrats saisonniers « OMI » ne peut excéder six mois. Or, dans les Bouches-du-Rhône, la pratique d'étendre ces contrats à huit mois se serait généralisée, alors que la loi ne l'envisage qu'à titre dérogatoire et exceptionnel. Par son caractère systématique, le recours à des contrats d'une durée de huit mois constituerait un détournement de procédure qui aurait pour effet de pourvoir aux besoins permanents de travail agricole avec une main d'œuvre recrutée sous statut de saisonnier.

Parallèlement à sa demande d'avis, le CODETRAS a saisi la HALDE de 19 dossiers individuels cités en référence.

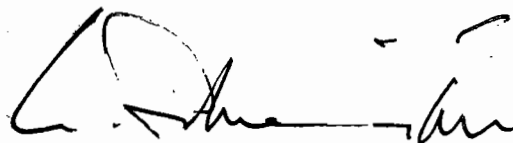
La HALDE a également reçu plus de 400 pièces du Tribunal administratif de Marseille portant sur des demandes d'autorisations de travail et d'autorisations de séjour concernant des travailleurs étrangers saisonniers.

Le Collège de la haute autorité adopte l'avis annexé ci-après.

Le Collège décide de porter cette délibération à la connaissance du Préfet des Bouches-du-Rhône, de la Direction départementale du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle de Marseille, de la Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles des Bouches-du-Rhône, du Tribunal administratif de Marseille, du Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité Nationale et du Codéveloppement, du Ministre du Travail, des Relations Sociales, de la Famille et de la Solidarité.

Le Collège de la haute autorité se réserve la possibilité de présenter ses observations en vertu de l'article 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 dans le cadre de recours engagés par les travailleurs étrangers saisonniers de longue durée devant les juridictions judiciaires et administratives, et en particulier devant le Conseil d'Etat dans le dossier de Monsieur Baloua AIT BALOUA.

Le Président

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Louis Schweitzer', written in a cursive style.

Louis SCHWEITZER

Note de la HALDE sur les travailleurs agricoles étrangers dans les Bouches-du-Rhône

LES FAITS :

La haute autorité a été saisie le 2 mars 2007 par le CODETRAS (Collectif de défense des travailleurs étrangers dans l'agriculture) concernant les travailleurs étrangers saisonniers de longue durée employés dans le domaine agricole, lesquels seraient victimes de discrimination.

Le CODETRAS sollicite l'avis de la HALDE sur les pratiques de l'administration des Bouches-du-Rhône, et plus particulièrement, la Direction départementale du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle sous contrôle de la Préfecture, à l'égard de ces travailleurs étrangers introduits en France selon la procédure dite des contrats « OMI ».

Le Collectif fait valoir qu'en principe, la durée de ces contrats saisonniers « OMI » ne peut excéder six mois. Or, dans les Bouches-du-Rhône, la pratique d'étendre ces contrats à huit mois se serait généralisée, alors que la loi ne l'envisage qu'à titre dérogatoire et exceptionnel. Par son caractère systématique, le recours à des contrats d'une durée de huit mois constituerait un détournement de procédure qui aurait pour effet de pourvoir aux besoins permanents de travail agricole avec une main d'œuvre recrutée sous statut de saisonnier.

Le CODETRAS conclut à une discrimination en matière de droit au séjour, d'emploi et de conditions de travail et en matière de protection sociale (maladie, chômage, vieillesse, accidents du travail et maladies professionnelles).

Parallèlement à sa demande d'avis, le CODETRAS a saisi la HALDE de 19 dossiers individuels cités en référence.

La HALDE a également reçu plus de 400 pièces du Tribunal administratif de Marseille portant sur des demandes d'autorisations de travail et d'autorisations de séjour concernant des travailleurs étrangers saisonniers.

LE DROIT APPLICABLE :

Des conventions bilatérales signées entre la France et certains pays étrangers (Maroc, Tunisie, Pologne), autorisent les exploitants agricoles à recruter de la main d'œuvre saisonnière dans ces pays, grâce à des contrats « OMI » du nom de l'Office des Migrations Internationales, ancien organisme chargé de leur recrutement et de leur transport, devenu l'ANAEM¹.

Le statut de travailleur étranger saisonnier est déterminé par un ensemble de textes et les demandes de main d'œuvre étrangère sont soumises au contrôle de la direction départementale du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle (DDTEFP), sous l'autorité du Préfet.

¹ Depuis la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006, le recours aux travailleurs saisonniers étrangers ne nécessite plus la conclusion d'une convention bilatérale.

L'article R.341-4 du Code du travail, en vigueur jusqu'au 30 juin 2007², dispose que « *sauf dans le cas où l'étranger bénéficie de plein droit de la carte de résident par application des articles 15 et 16 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, pour accorder ou refuser le titre de travail sollicité, le préfet du département où réside l'étranger prend notamment en considération les éléments suivants d'appréciation :*

- 1. La situation de l'emploi présente et à venir dans la profession demandée par le travailleur étranger et dans la zone géographique où il compte exercer cette profession ;*
- 2. Les conditions d'application par l'employeur de la réglementation relative au travail ;*
- 3. Les conditions d'emploi et de rémunération offertes au travailleur, qui doivent être identiques à celles dont bénéficient les travailleurs français ;*
- 4. Les dispositions prises par l'employeur pour assurer ou faire assurer, dans des conditions normales, le logement du travailleur étranger ».*

Ce texte définit le cadre dans lequel le Préfet prend une décision d'autorisation ou de refus d'introduction de travailleur étranger. Ce texte s'applique non seulement pour les travailleurs ayant vocation à occuper un emploi permanent, mais aussi pour les travailleurs saisonniers.

L'article R. 341-7-2 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure au 1^{er} juillet 2007, pose le cadre juridique de l'introduction et de l'utilisation de main-d'œuvre étrangère saisonnière.

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

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

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

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

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

L'arrêté du 5 juin 1984 établit la liste des activités de production agricole ouvrant droit à la dérogation prévue au dernier alinéa de l'ancien article R. 341-7-2 du Code du travail. Il s'agit des cultures maraîchères intensives dont le cycle de production dure plus de 6 mois, de l'arboriculture fruitière lorsque les opérations de taille et de récolte excèdent 6 mois et des exploitations de coupes de bois en altitude de plus de 800 mètres. Ces dispositions ne sont pas d'application directe ; leur caractère dérogatoire exige que la décision de les appliquer soit adoptée annuellement par les préfets de chaque département susceptible d'être concerné.

² Entrée en vigueur à compter du 1^{er} juillet 2007 des nouvelles dispositions suite à la parution du décret n° 2007-801 du 11 mai 2007. Il s'agit désormais des articles R. 5221-3 et R. 5221-18 et suivants du Code du travail (suite à la recodification).

Ainsi, selon la procédure dite d'introduction, l'employeur sollicite auprès de la préfecture l'autorisation d'embaucher à l'étranger un travailleur saisonnier. Cette autorisation ne peut en théorie être délivrée que lorsque toutes les possibilités d'embauche des demandeurs d'emploi du marché local de l'emploi, voire national, ont été exploitées. Si aucun demandeur d'emploi ne peut satisfaire l'offre, l'ANPE délivre une attestation qui permet à l'employeur de déposer un dossier d'introduction à la DDTEFP.

L'employeur doit donc être en mesure de justifier du rejet des candidatures éventuellement reçues, notamment si elles lui ont été présentées par l'ANPE ou par un organisme de placement.

En principe, l'employeur souscrit à des contrats de travail anonymes. Toutefois, un employeur peut également demander la réintroduction en France de travailleurs embauchés l'année précédente, et dans ce cas, le contrat est nominatif. Avant leur déplacement, les saisonniers s'engagent à retourner dans leur pays d'origine à l'expiration de leur contrat.

Depuis les lois n° 2006-911 du 24 juillet 2006 et n° 2007-1631 du 20 novembre 2007, et du décret n° 2007-801 du 11 mai 2007, de nouvelles dispositions sont désormais prévues aux articles R.5221-3, R. 5221-20, R.5221-23, R.5221-25 et L. 1242-1 du Code du travail, ainsi qu'à l'article L. 313-10³ du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

L'ENQUETE :

Sur les éléments recueillis auprès des mis en cause

L'application, par l'administration, du statut de saisonnier à des travailleurs étrangers permanents pouvant entraîner un désavantage dans l'application des dispositions du Code du travail et des engagements internationaux en matière d'emploi et de protection sociale, le service juridique a adressé plusieurs courriers à la Préfecture des Bouches-du-Rhône et à la DDTEFP de Marseille afin d'obtenir les informations suivantes :

- la procédure suivie concernant les travailleurs étrangers introduits en France avec les contrats « OMI » ;
- les conditions de recours à la main d'œuvre étrangère sous statut saisonnier ;
- les critères d'appréciation autorisant la prolongation d'un contrat de travail saisonnier pour les travailleurs étrangers ;
- la législation sociale applicable aux travailleurs étrangers agricoles (maladie, accident du travail) ;
- tout document relatif aux conditions d'emploi de la main d'œuvre étrangère dans l'agriculture des Bouches-du-Rhône (statistiques, rapport, note de service ...) ;
- toutes explications sur la situation de Messieurs Mohamed Najahi, Stiout El Barakah, Mimoun Oukili, Baloua Aït Baloua, Marzouk Belhaj, Mohamed El Hayani et Hamid Lachhab.

La Préfecture a répondu au courrier d'enquête de la HALDE qu' « *en matière d'introduction de saisonniers agricoles, le département des Bouches-du-Rhône occupe une place à part en France. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un département très agricole, c'est celui qui recourt au plus grand nombre d'introductions de saisonniers agricoles, et ce depuis de nombreuses années* ».

³ La loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration a modifié le CESEDA en instaurant une carte de séjour temporaire portant la mention « *travailleur saisonnier* » valable trois ans (au lieu d'un auparavant), l'intéressé s'engageant à « *maintenir sa résidence habituelle hors de France* ».

(au moins 30 ans). En valeur absolue, ceci représente depuis quelques années aux alentours de 4 000 saisonniers agricoles étrangers ».

Elle ajoute que « plus de 95 % des saisonniers agricoles étrangers sont originaires du Maroc principalement, et de Tunisie, dans une moindre mesure ».

La Préfecture a transmis à la HALDE un document intitulé *« Introduction de travailleurs saisonniers agricoles/Bilan de l'année 2006 »*, lequel indique qu'en 2005, 4 345 demandes d'introduction ont été faites, dont 3 911 relatives à des personnes non-primos immigrantes. 4 079 autorisations d'introduction ont été accordées, dont 3 846 relatives à des personnes non-primos immigrantes, en majorité de nationalité marocaine (3 600). En 2006, 3 474 demandes ont été faites, dont 3 349 relatives à des personnes non-primos immigrantes. 3 348 autorisations d'introduction ont été accordées, dont 3 333 relatives à des personnes non-primos immigrantes, en majorité de nationalité marocaine (2948).

Par ailleurs, la Préfecture des Bouches-du-Rhône rappelle que l'employeur doit justifier de sa recherche de main d'œuvre locale. Cependant, l'administration indique que *« dès 1995, il a été convenu entre le préfet et les syndicats d'exploitants agricoles, de la mise en place dans le département, d'un double régime pour les introductions »* :

- *L'automaticité pour le renouvellement des introductions déjà réalisées au profit de saisonniers ayant participé à deux campagnes dans le département au cours des trois dernières années*
- *L'examen au cas par cas pour toute autre demande d'introduction, obligatoirement précédée d'un dépôt d'offre à l'ANPE ».*

Concernant la discrimination alléguée, la Préfecture estime que *« seul le Conseil des prud'hommes aurait compétence pour éventuellement requalifier les contrats de travail de saisonniers agricoles. En l'absence d'une telle décision de justice, le débat sur de très hypothétiques discriminations, dont la nature n'est d'ailleurs pas précisée, peut sembler déplacé ».*

La HALDE a également sollicité de la Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles des Bouches-du-Rhône (FDSEA) la communication des éléments suivants :

- la convention collective régissant le travail dans l'agriculture, notamment le travail saisonnier ;
- les critères de sélection et de recrutement des travailleurs étrangers saisonniers agricoles ;
- tout document relatif aux conditions d'emploi de la main d'œuvre étrangère dans l'agriculture des Bouches-du-Rhône (statistiques, rapport, notes ...).

Concernant les critères de sélection, la FDSEA des Bouches-du-Rhône répond à la HALDE que *« les employeurs ne procèdent à aucune sélection, les ouvriers revenant chaque année sur l'exploitation. Il s'agit d'une main d'œuvre stable, sauf si le salarié ne peut ou ne veut plus revenir (décision personnelle, maladie, retraite) ou si l'administration refuse son introduction ».*

La FDSEA ajoute que *« si l'employeur souhaite agrandir son équipe par l'introduction d'un primo-immigrant, le choix de la personne s'effectue alors « par le bouche à oreille », l'employeur ne connaissant pas, par définition, la personne puisqu'elle n'est jamais venue en France. La plupart du temps, il s'agit d'un membre de la famille d'un salarié de l'exploitation.*

Cette solution permet de rompre l'isolement des travailleurs étrangers du à l'éloignement géographique de la famille, et sur le plan du fonctionnement de l'entreprise, permet d'assurer la cohésion des équipes, qui se trouve renforcée par le lien familial et facilitée par l'identité linguistique. De même, la cohabitation dans les logements de fonction est plus harmonieuse lorsque les salariés ont entre eux un lien familial ».

La FDSEA a transmis au service juridique le rapport annuel d'activité de l'Observatoire départemental de l'emploi salarié agricole des Bouches-du-Rhône, datant de janvier 2005, dans lequel il est indiqué que la population salariée agricole se définit par :

- *la saisonnalité des emplois ;*
- *une durée de la saison dans les cultures spécialisées jusqu'à huit mois qui permet de se rapprocher de la notion « d'emploi pérenne », avec cependant moins de 15 % de CDI ;*
- *une main d'œuvre non qualifiée, mais qui dans les faits, participe aux tâches qualifiées de l'exploitation ;*
- *une main d'œuvre étrangère sous contrat d'introduction de l'OMI importante ;*
- *des conditions de travail particulières dans un environnement difficile, qui constituent un frein important à l'embauche locale ».*

Sur le rapport d'inspection générale n° 2001-118

A l'appui de sa réclamation, le CODETRAS a adressé à la HALDE le rapport d'inspection générale n° 2001-118, intitulé « L'enquête sur l'emploi des saisonniers agricoles étrangers dans les Bouches-du-Rhône ». ⁴

Ce rapport dresse un constat critique des pratiques administratives d'introduction et d'affectation de la main d'œuvre saisonnière dans les Bouches-du-Rhône et dénonce un détournement de la procédure des travailleurs saisonniers étrangers sur des emplois permanents.

- *Sur le recours aux contrats saisonniers étrangers*

Il est ainsi mentionné que le département des Bouches-du-Rhône totalise en moyenne sur les cinq dernières années (1996-2000), 45 % des introductions de saisonniers agricoles réalisés par l'Office des Migrations Internationales pour l'ensemble de la France ; les rapporteurs constatent que cette proportion s'élève même à 60 % si l'on raisonne « hors vendanges ». 3 500 salariés, en moyenne, originaires à plus de 98 % du Maghreb, y viennent chaque année. Ce chiffre est de l'ordre de 500 dans chacun des cinq autres départements faisant le plus appel aux saisonniers étrangers, notamment le Gard et le Vaucluse (page 3 du rapport). Or, l'agriculture des Bouches-du-Rhône ne se distingue pas de celle des régions voisines ni par l'ampleur des productions qui requièrent de la main d'œuvre salariée, notamment saisonnière, ni par les tendances qui restent dans les moyennes nationales et régionales (page 5).

Concernant la prolongation à huit mois des contrats de saisonniers originaires du Maroc et de la Tunisie, le rapport précise qu'« alors que ces dérogations demeurent limitées à quelque dizaines dans les autres départements, elles ont affecté près de 60% des contrats d'introduction souscrits en 2000 dans les Bouches-du-Rhône. Par voie de conséquence, dans ce département, la majorité des saisonniers OMI exécutent des contrats de longue durée » (pages 3-4).

⁴ Rapport présenté par Monsieur Guy CLARY, Inspecteur général des affaires sociales et par Monsieur Yves VAN HAËCKE, Inspecteur général de l'agriculture, en date de novembre 2001, à la demande des ministres de l'emploi et de la solidarité, de l'agriculture et de la pêche

- *Sur la pratique de l'administration des Bouches-du-Rhône*

Le service départemental de l'ITEPSA (Inspection du travail, de l'emploi et de la politique sociale agricoles) présente chaque année à la signature du préfet un projet d'arrêté sur les « projections » susceptibles d'ouvrir droit à la prorogation des contrats « OMI » au-delà de la durée maximale prévue à l'article R. 341-7-2 du Code du travail. Ce texte est pris pour l'application de l'arrêté cadre du 5 juin 1984 qui détermine les activités de production ouvrant droit à la conclusion de contrats dérogatoires.

Le rapport d'inspection générale souligne que « *l'arrêté des Bouches-du-Rhône, par une nuance de rédaction, tend à transformer un système de dérogations exceptionnelles en faculté générale, en contradiction avec le cadre réglementaire* » (page 8).

Les arrêtés pris par la préfecture des Bouches-du-Rhône portant dérogation à la durée maximale des contrats d'introduction de la main d'œuvre étrangère en agriculture (transmis par le CODETRAS) ne précisent pas le caractère exceptionnel de la dérogation. A titre d'exemple, l'arrêté du 31 décembre 1991 dispose : « *sont autorisés au titre de l'année 1992 à conclure des contrats saisonniers d'introduction de travailleurs étrangers pour une durée totale de huit mois sur douze consécutifs, les exploitants agricoles (...)* ». L'arrêté du 25 mai 2001 ne comporte pas plus de restriction à la prolongation des contrats au-delà de 6 mois : « *Au titre de l'année 2001, sont autorisés à proroger des contrats saisonniers d'introduction de travailleurs étrangers pour une durée maximale totale de huit mois sur douze mois consécutifs, les exploitants agricoles pratiquant et déclarant à la Caisse de Mutualité Sociale Agricole des Bouches-du-Rhône, les cultures suivantes (...)* ».

A partir de 2002, après la remise du rapport 2001-118, la Préfecture des Bouches-du-Rhône a introduit, dans ses arrêtés, la mention « *si des circonstances exceptionnelles le justifient* ». Il s'agit d'un amendement purement formel, les recrutements sur les contrats de travail de 8 mois étant restés stables.

Par ailleurs, l'obligation de déposer auprès de l'ANPE une offre d'emploi préalable à toute demande d'introduction d'un travailleur étranger a le plus souvent fait l'objet d'un « *respect purement formel de la part des exploitants* », note le rapport précité (page 12).

Ainsi, la procédure d'introduction des travailleurs saisonniers agricoles par le biais de l'ANAEM (ex OMI), établie en 2006 par la DDTEFP de Marseille, fait perdurer les pratiques antérieures puisqu'il est indiqué : « *le document établi par l'ANPE attestant du dépôt de l'offre d'emploi et de son résultat n'est exigé que pour les seules exploitations souhaitant introduire plus de 10 salariés et/ou des primo immigrants* ». Les conditions de situation de l'emploi et de pénurie de main d'œuvre locale prévues aux articles R.341-4 et R. 341-7-2 du Code du travail ne sont donc pas respectées.

- *Les conséquences*

Les rapporteurs soulignent que « *Depuis fort longtemps, les travaux lourds, correspondant à des emplois quasi permanents, sont en quelque sorte réservés aux saisonniers OMI* » (page 12).

Concernant les contrats « longs » de 4 à 8 mois, ils considèrent que « *beaucoup de saisonniers auraient bénéficié de CDI en d'autres temps. Relativement qualifiés, ils reviennent régulièrement dans les mêmes exploitations. On les trouve essentiellement chez les maraîchers, dans les serres dont les productions sont progressivement dessaisonnalisées, assurant par*

conséquent des tâches variées de plus en plus qualifiées. La problématique de cet emploi salarié agricole est bien connue : précarisation de leur situation juridique, paupérisation due à leur statut de saisonnier, érosion des anciens avantages en nature, alors que les producteurs ont de plus en plus besoin d'eux » (page 14).

En conclusion, l'usage des saisonniers « OMI » dans les Bouches-du-Rhône déborde largement le cadre habituel quant aux durées des contrats, aux types d'exploitations en bénéficiant, aux secteurs de production concernés, aux tâches accomplies, voire aux métiers exercés (page 14).

Sur les réponses apportées par la Préfecture des Bouches-du-Rhône, la FDSEA, le Ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité et le Ministère de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité Nationale et du Codéveloppement

La HALDE a adressé un courrier, le 27 octobre 2008, au Préfet des Bouches-du-Rhône, à la DDTEFP de Marseille, à la FDSEA des Bouches-du-Rhône, au Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité Nationale et du Codéveloppement et au Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la solidarité, par lequel elle les a informés des éléments recueillis lors de l'enquête et les a invités à présenter toutes observations complémentaires.

Par courrier du 21 novembre 2008, le Préfet des Bouches-du-Rhône indique à la HALDE qu'« *en matière agricole, le département des Bouches-du-Rhône occupe une place particulière sur le territoire national. Les cultures présentent un caractère saisonnier* ».

« Même si les prolongations de contrats de 6 à 8 mois ont été accordées en nombre, elles n'ont pour autant pas présenté de caractère systématique puisqu'elles n'ont concerné en règle générale que 30 % environ des contrats. L'introduction de travailleurs, et c'est son objet même, a permis à un secteur d'activité en proie à des difficultés de recrutement, de satisfaire des offres d'emploi que le marché de l'emploi local n'est pas parvenu à pourvoir ».

Le Préfet des Bouches-du-Rhône ajoute que « *l'administration n'a donc nullement contribué à un « détournement de l'utilisation des contrats OMI », mais s'est au contraire efforcée de concilier les exigences de la réglementation, les besoins d'un secteur essentiel d'activité et les aspirations d'une population en recherche de travail et de revenus et néanmoins désireuse de maintenir le centre de ses intérêts personnels et familiaux dans son pays. L'administration ne serait donc être tenue pour l'instrument de pratiques discriminatoires à l'encontre de cette catégorie de travailleurs* ».

Le Préfet tient à préciser que « *pour prendre en compte les demandes d'un certain nombre de saisonniers dans le cadre de mon pouvoir d'appréciation, je procède à la délivrance de titres de séjour portant la mention « salarié » aux saisonniers qui en ont exprimé le souhait, lorsqu'ils comptent plus de 10 années d'introductions successives et que leurs contrats ont été prolongés de 6 à 8 mois de manière systématique ou quasi systématique* ».

Par télécopie reçue le 3 décembre 2008, la FDSEA des Bouches-du-Rhône indique à la HALDE : « *Pour débiter, un préalable indiscutable pour toutes les productions spécialisées françaises : ces activités sont saisonnières et le resteront encore de nombreuses décennies jusqu'à ce que le climat nous permettent de produire 12 mois sur 12* ».

« Ainsi, les maraîchers peuvent pratiquer plusieurs rotations sur leur terre avec des productions différentes, les arboriculteurs planter différentes variétés de fruits dont la cueillette s'étale sur plusieurs semaines. Par ailleurs, la « saison » ne se limite pas à la seule période de cueillette

mais peut s'entendre aussi pour des travaux préalables ou postérieurs à la récolte qui nécessitent plus de main d'œuvre sans pour autant que l'ensemble de ces travaux s'étalent sur l'année. La notion de « saison » au sein des Bouches-du-Rhône varie d'une production à l'autre, d'une année à l'autre, d'une région agricole à l'autre ».

Sur la prolongation des contrats dits « OMI » de 6 à 8 mois, la FDSEA précise que *« cette prolongation, si elle était pratiquée assez fréquemment par certaines exploitations ayant une période saisonnière longue, était loin d'être systématique. Nous pensons que, même sur ces exploitations, les demandes de prolongations de contrat n'étaient pratiquées qu'en cas de nécessité liée à la saison en question et ne se produisaient pas chaque année pour le même nombre de salariés. Par ailleurs, il convient de noter que l'administration, par le biais de la DDTEFP, validaient toutes les autorisations de prolongation ».*

Sur la discrimination, la FDSEA estime que *« la notion de discrimination, selon nous, s'apprécie sur la différence de traitement qui serait appliquée aux salariés étrangers par rapport aux salariés locaux. Or, les salariés saisonniers étrangers bénéficient exactement du même traitement sur les exploitations que les salariés saisonniers locaux ».*

« En aucun cas, on ne peut prétendre que les employeurs agricoles des Bouches-du-Rhône pratiquent une quelconque inégalité de traitement fondée sur l'origine nationale du salarié en ce qui concerne toutes les modalités du contrat de travail. Par ailleurs, toutes les demandes d'introduction ainsi que les demandes de prolongation éventuelles de 6 à 8 mois étaient déposées auprès de la DDTEFP, contrôlées et validées par cette administration ».

Par courrier du 28 novembre 2008, le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité a également fait part de ses observations.

ANALYSE JURIDIQUE :

L'analyse des dix-neuf dossiers transmis par le CODETRAS met en évidence que depuis de nombreuses années, des travailleurs étrangers de nationalité marocaine ont été employés, entre 10, 20 voire 30 ans, souvent sur les mêmes exploitations agricoles des Bouches-du-Rhône, sous couvert de contrat d'introduction de travailleur saisonnier, prolongé au-delà de la durée normale de six mois.

Les éléments versés aux dossiers permettent de douter du caractère saisonnier de ces emplois.

Sur le statut des travailleurs agricoles étrangers au regard du droit du travail

- *Activité saisonnière*

Le caractère saisonnier d'un emploi a été défini par la Cour de cassation. Au terme d'une jurisprudence constante, il concerne *« des tâches normalement appelées à se répéter chaque année à des dates à peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs et qui sont effectués pour le compte d'une entreprise exerçant des activités, obéissant aux mêmes variations »*⁵.

⁵ Cass. soc, 12 octobre 1999, n° 3548 ; Cass. Soc, 26 octobre 1999, n° 4032 ; Cass. Soc., 9 mars 2005 n° 02-7469 ; Cass. soc, 5 décembre 2007, n° 06-41.313 ; Cass. soc, 17 septembre 2008, n° 07-42.463

Pour pouvoir être qualifiées de saisonnières, les variations d'activité doivent être régulières, prévisibles, cycliques et, en tout état de cause, indépendantes de la volonté des employeurs ou des salariés⁶.

Dans les secteurs d'activité obéissant à des variations saisonnières, tous les emplois offerts n'ont donc pas nécessairement un caractère saisonnier. Il faut qu'il y ait une correspondance entre les tâches offertes et l'activité saisonnière de l'entreprise. Ainsi, l'affectation d'un salarié à des tâches multiples, diverses, sans corrélation avec le rythme des saisons, ou à des tâches accomplies à toutes les époques de l'année ne saurait s'opérer par le biais de contrats à durée déterminée saisonnier.

La Cour de cassation a déjà posé le principe selon lequel le mode de gestion de l'employeur peut avoir pour conséquence d'écarter le recours au contrat à durée déterminée saisonnier. Ainsi, après avoir constaté *"que la salariée était employée depuis plusieurs années consécutives pour des périodes allant généralement de début janvier à fin juillet à la fabrication d'articles de maroquinerie dans une entreprise dont l'activité ne variait pas en fonction du rythme des saisons, mais en fonction de la seule volonté de l'employeur qui ne répartissait pas sa production sur l'ensemble de l'année"*, la Cour conclut que l'intéressée n'a pas été embauchée pour occuper un emploi à caractère saisonnier⁷.

Par ailleurs, la notion de saison doit être indépendante de toute intervention de l'employeur. *« L'employeur ne saurait qualifier de saisonniers les contrats conclus avec la salariée alors que le nombre et les dates des saisons étaient fixés par lui et variaient d'une année sur l'autre en fonction de critères relevant de son appréciation et qu'il n'allègue pas que leur terme obéissait à des fluctuations cycliques indépendantes de sa volonté »*⁸.

De même, une entreprise dont l'activité de nature agricole s'étend sur l'ensemble de l'année peut naturellement embaucher du personnel saisonnier lorsque survient, à peu près aux mêmes dates et de façon prévisible, des activités saisonnières comme la cueillette des fruits⁹. Il doit s'agir d'embauches ponctuelles ayant, comme cela a été souligné, un rapport direct avec la saison.

Cependant, même si l'activité de l'entreprise est liée à des productions saisonnières, l'étalement de l'exploitation toute l'année ne permet pas la conclusion de contrats à durée déterminée saisonniers¹⁰. Tout emploi qui a vocation à s'exercer tout au long de l'année ne peut se voir qualifier de saisonnier : les contrats conclus avec un ouvrier agricole pour de longues périodes de temps, dix mois voire la totalité de l'année, ne peuvent être qualifiés de saisonniers¹¹.

Ainsi, il ne doit pas s'agir d'une activité qui existe toute l'année et qui connaît, à une certaine saison, un pic de production. Dans une telle hypothèse, il n'y a pas d'activité saisonnière. Il existe une relation à durée indéterminée lorsque les contrats couvrent les besoins de l'exploitation sur une longue période qui n'est pas déterminée en fonction des saisons¹².

⁶ Circ. DRT n° 92/14, 29 août 1992, BOMTEF n° 1992/21

⁷ Cass. Soc, 4 mai 1993, n° 89-43.379

⁸ CA Aix-en-Provence, 18^{ème} ch., 7 octobre 1995

⁹ CA Montpellier, 11 mars 1998

¹⁰ CA Dijon, 10 mai 1995

¹¹ CA Aix-en-Provence, 17 janvier 1995, n° 040949

¹² Cass. soc, 20 décembre 2006, n° 04-47.458

Dans sa réponse apportée à la HALDE, le Préfet des Bouches-du-Rhône indique concernant la prolongation des contrats de saisonniers agricoles étrangers que « *les cultures concernées nécessitent effectivement des travaux sur une période annuelle de plus de 6 mois* :

- *Arboriculture fruitière (pêches et nectarines) : 9 mois de travail*
- *Pommes d'automne et poires : 10 mois de travail*
- *Tomates sous serres puis en plein champ : 9 mois de travail*
- *Salade : travail toute l'année*
- *Courgettes, poivrons, aubergines : 9 mois de travail*

Il ressort d'ailleurs de l'examen des dossiers individuels transmis par le CODETRAS que les dates d'arrivée des travailleurs marocains ne dépendent pas de facteurs saisonniers mais du mode d'organisation de l'employeur et des contraintes administratives liées aux autorisations de travail. L'activité normale et permanente des exploitations agricoles mises en causes se répartit sur les douze mois de l'année, avec une baisse d'activité de deux ou trois mois pour certaines (cf note en annexe).

A titre d'exemple, Monsieur X se rend chaque année depuis 1981 sur la même exploitation agricole. Depuis 26 ans, il arrive en général au mois de mars pour en partir fin novembre, mi-décembre de la même année. A son arrivée, le réclamant prépare les champs pour la plantation de la courgette. En avril, il s'occupe de la plantation des melons sous arceaux. Aux mois de mai et juin, il est affecté au cueillage des choux plantés avant son arrivée et à l'entretien des plants de melons. De juin à la mi-août, débute la cueillette des melons et en juillet, la plantation des choux et des artichauts. En août, il plante également les haies de cannes et les attache en vue de protéger les champs du mistral. Jusqu'en septembre, il s'occupe en outre du nettoyage des champs, du ramassage des plastiques couvrant les plants de melon et nettoie jusqu'à la mi-septembre les fossés d'irrigation. Jusque fin novembre-mi décembre, il ramasse des choux. Il repart ensuite au Maroc pour trois mois.

Dans sa réponse apportée à la HALDE concernant les travailleurs agricoles étrangers, la Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles des Bouches du Rhône (FDSEA) emploie d'ailleurs les termes de « *main d'œuvre stable* ».

Il en résulte que les tâches sur les exploitations agricoles des Bouches-du-Rhône, pour lesquelles sont recrutés les travailleurs saisonniers étrangers, s'étalent sur 9, 10 ou 12 mois, et non pas sur une saison. Il s'agit d'une main d'œuvre permanente.

- *Le contrat de travail*

Le contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise et ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire.¹³

Selon la jurisprudence, l'employeur ne peut pas recourir de façon systématique aux CDD pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre¹⁴.

A défaut, les contrats à durée déterminée successifs sont requalifiés en CDI selon les dispositions de l'article L. 1245-1 du Code du travail (ancien L.122-3-13). La requalification

¹³ Articles L. 1242-1 et L.1242-2 du Code du travail (ancien L. 122-1 et L. 122-1-1)

¹⁴ Cass. soc, 11 octobre 2006, n° 05-42.632

d'un CDD en CDI peut intervenir dès lors que les règles essentielles régissant le recours au CDD n'ont pas été respectées par l'employeur.

Le Code de l'entrée et du séjour des étrangers, lorsqu'il traite de la carte de séjour temporaire mention « travailleur saisonnier », renvoie au contrat de travail saisonnier et aux dispositions du Code du travail. Autrement dit, le travailleur saisonnier étranger doit, pour prétendre à cette qualité, exercer un emploi satisfaisant aux exigences en matière de réglementation sociale.

L'enquête de la HALDE a révélé, d'une part, l'absence de saisonnalité des tâches effectuées par les travailleurs agricoles étrangers, et d'autre part, l'absence de contrôle de l'administration sur les dérogations prévues par la loi et sur les obligations imposées à l'employeur en matière de recherche de main d'œuvre sur le territoire national.

Cette situation a favorisé le contournement du dispositif légal prévu dans le Code du travail en privant les salariés, français ou étrangers, de bénéficier de la possibilité d'obtenir un contrat à durée indéterminée.

Or, les contrats « OMI » concernent par nature les travailleurs étrangers, et parmi eux, une très large majorité de marocains ainsi que l'a indiqué le Préfet dans son courrier de réponse à la HALDE.

La diversité des tâches que sont amenés à effectuer ces travailleurs et le caractère de plus en plus désaisonnalisé des productions agricoles constituent des arguments juridiques susceptibles d'être invoqués devant le Conseil de Prud'hommes.

D'ailleurs, le Code du travail prévoit, dans ses articles L. 3123-31 et suivant, le contrat de travail intermittent, qui figure également dans la convention collective des exploitations agricoles et des coopératives d'utilisation de matériels agricoles du département des Bouches-du-Rhône. Cette forme de contrat de travail se caractérise par une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées, ce qui permet à l'entreprise de proportionner très exactement sa main d'œuvre aux fluctuations de la production et de la demande. Le contrat de travail intermittent est conclu pour pourvoir un emploi permanent.

Sur la position des juridictions administratives concernant les travailleurs agricoles étrangers dans les Bouches-du-Rhône

Concernant cette interprétation du caractère permanent ou non de l'emploi, et alors qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de procéder à la requalification des contrats mais de se prononcer sur le droit au séjour des étrangers, le tribunal administratif de Marseille a été saisi à plusieurs reprises par des travailleurs saisonniers qui ont demandé l'annulation de la décision du Préfet leur refusant un titre de séjour.

Dans un contentieux opposant la Préfecture des Bouches-du-Rhône à Monsieur AIT BALOUA, le Tribunal administratif de Marseille a, par ordonnance du juge des référés en date du 18 septembre 2006, considéré que: « M. AIT BALOUA a, de la saison 1983-1984 à la saison 2004-2005, été employé sur la même exploitation agricole sous couverts de contrats d'introduction de travailleur saisonnier tels que prévus par les dispositions précitées du code du travail d'une durée initiale de quatre mois ; que, toutefois, ces contrats ont été constamment et de manière régulière portés à huit mois en application des mêmes dispositions du code du travail qui n'ouvrent pourtant cette possibilité qu'à titre exceptionnel et conditionnel ; qu'au vu de tels faits, doit être admis l'argument selon lequel M. AIT BALOUA occupait en fait un emploi

permanent de la dite exploitation et que son séjour régulier au Maroc chaque année pour quatre mois, du mois d'avril au mois de juillet, n'était que la conséquence obligée de l'apparence juridique que son employeur et l'administration avaient entendu donner à son embauche et à son séjour sur le territoire français ; (...) est illégale comme entachée d'une erreur dans la qualification juridique des faits dès lors le préfet a analysé la situation du requérant comme étant celle d'un travailleur saisonnier alors qu'il était en réalité un travailleur permanent car occupant un emploi permanent ».

Cette ordonnance a été confirmée par un jugement au fond du tribunal administratif en date du 8 février 2007 avec la même motivation d' « apparence juridique ».

Sur appel de la Préfecture, la Cour administrative d'appel de Marseille a annulé ce jugement, le 14 janvier 2008, au motif que le requérant Monsieur AIT BALOUA « ne justifie d'aucun séjour régulier sur le territoire français et n'a pas établi y avoir résidé de manière habituelle. Le refus de délivrance d'un titre de séjour par le Préfet des Bouches-du-Rhône n'a pas porté au droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée eu égard au but poursuivi par ce refus. Le Préfet n'avait pas compétence pour requalifier les contrats de travailleur saisonnier de Monsieur AIT BALOUA en un contrat permanent ». L'affaire de Monsieur AIT BALOUA doit être portée devant le Conseil d'Etat.

Toutefois, postérieurement à cet arrêt, le tribunal administratif de Marseille a persisté dans sa position et a rendu 23 ordonnances en date du 26 mars 2008 dont un extrait est retranscrit ci-dessous :

« Considérant (...) que sa date d'arrivée, chaque année, sur cette exploitation vouée principalement à la production de salades et d'aubergines ne dépend pas de facteurs saisonniers particuliers mais de contraintes administratives liées à l'introduction des travailleurs saisonniers et qu'il n'exerçait pas de tâches spécifiques et saisonnières permettant la conclusion d'un contrat à durée déterminée.

(...) que les contrats conclus chaque année ont été constamment et de manière systématique portés à huit mois en application des mêmes dispositions du Code du travail qui n'ouvrent pourtant cette possibilité qu'à titre exceptionnel et conditionnel et alors que les pratiques n'ont justifié ni de l'exception, ni des conditions des dites prolongations.

(...) que, dans les circonstances particulières de l'espèce,

- *eu égard à la mise en œuvre d'un processus d'immigration de travail contrôlé par les pouvoirs publics sans pour autant que soient respectées les conditions légales et réglementaires en vigueur,*
- *eu égard aux besoins permanents du secteur agricole concerné dans les Bouches-du-Rhône,*
- *eu égard à sa contribution pendant 24 années consécutives au maintien d'une agriculture compétitive dans ce département,*
- *eu égard à l'ancienneté et à la stabilité de son insertion de nature à établir qu'il a situé le centre de ses intérêts économiques et professionnels en France,*
- *eu égard à la discrimination de fait qu'il subit et*
- *eu égard, enfin, à la précarité financière aggravée à laquelle il se trouve exposé*

Le moyen tiré de ce que le refus opposé en tant qu'il implique un refus de délivrance d'une autorisation de travail est entaché d'erreur manifeste d'appréciation des conséquences de ce refus paraît propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision en date du 26 septembre 2007 du préfet des Bouches-du-Rhône ».

Les conséquences discriminatoires de l'usage abusif du statut de travailleur saisonnier

Ainsi, c'est par un détournement de l'objet des contrats saisonniers OMI que des travailleurs de nationalité marocaine ont été maintenus sous un statut juridique de travailleur saisonnier très défavorable alors que la qualité de salarié en CDI aurait pu leur être reconnue avec les conséquences juridiques qui en découlent en matière de droit du travail, de protection sociale, de droit au séjour et de droit au respect de la vie privée et familiale.

Cette situation qui a perduré avec le concours de l'administration entraîne une différence de traitement en raison de critères prohibés par la loi et les engagements internationaux.

La France s'est engagée, en vertu de l'article 6 de la Convention OIT n° 97, en date du 1^{er} juillet 1949, à « *appliquer sans discrimination de nationalité (...) aux immigrants qui se trouvent légalement dans les limites de son territoire un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants en ce qui concerne les matières suivantes : a) la rémunération (...); b) la sécurité sociale (à savoir les dispositions légales relatives aux accidents du travail, aux maladies professionnelles, à la maternité, à la maladie, à la vieillesse et au décès, au chômage et aux charges de famille (...))* ».

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, pose en son article 2-2 un principe de non-discrimination pour la jouissance des droits qu'il énonce, notamment en raison de l'origine nationale, et indique en son article 7 que « *Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables qui assurent notamment : a) la rémunération qui procure, au minimum, à tous les travailleurs ; i) un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune ; ii) une existence décente pour eux et leur famille ; b) la sécurité et l'hygiène du travail* ».

Le droit communautaire prohibe toutes formes dissimulées et indirectes de discrimination qui, bien que fondées sur des critères en apparence neutre, aboutissent en fait à une inégalité de traitement défavorable en raison de la nationalité ou de l'origine. Dans un arrêt Sotgiu¹⁵ portant sur la libre circulation des travailleurs des Etats membres, la CJCE a eu à se prononcer sur la qualification de faits donnant lieu à une discrimination indirecte : « *les règles d'égalité de traitement prohibent non seulement les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées. (...) Des critères tels que le lieu d'origine ou le domicile d'un travailleur peuvent constituer dans leur effet pratique l'équivalent d'une discrimination de nationalité* ».

D'ailleurs, toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique, notamment dans le domaine de l'emploi et de la protection sociale, est interdite par la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000. Cette interdiction de discrimination doit également s'appliquer aux ressortissants de pays tiers, mais elle ne vise pas les différences de traitements fondées sur la nationalité et est sans préjudice des dispositions régissant l'entrée et le séjour des ressortissants de pays tiers et leur accès à l'emploi et au travail.

¹⁵ CJCE, 12 février 1974, C-152/73

- *Le droit au respect de la vie privée et familiale*

Les articles 8 et 14 de la CEDH garantissent à toute personne résidant en France, sans discrimination notamment à raison de sa nationalité, le droit au respect de sa vie privée et familiale.

Le principe posé par l'article 8 de la CEDH n'emporte pas le droit pour un étranger qui a des attaches dans un Etat signataire de la Convention d'y établir la résidence de sa famille, dès lors que la cellule familiale peut être reconstituée ailleurs. La Cour précise cependant que l'article 8 peut engendrer des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale. Une obligation positive existe donc à la charge de l'Etat au titre de l'article 8.¹⁶

Eu égard à l'ancienneté et à la stabilité de l'insertion professionnelle des travailleurs agricoles étrangers dans les Bouches-du-Rhône, le détournement de la loi et de l'objet des contrats « OMI », semble avoir porté une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

- *Les conditions d'emploi et de travail*

L'article L. 1132-1 du Code du travail (ancien L. 122-45) pose un principe de non discrimination directe ou indirecte, qui interdit toute inégalité de traitement fondée sur l'origine et la nationalité du salarié, en ce qui concerne toutes les modalités du contrat de travail.

Contrairement à ce qu'allègue la FDSEA, l'examen des dossiers individuels met en évidence que les salariés saisonniers étrangers n'ont pas bénéficié du même traitement sur les exploitations que les salariés saisonniers locaux.

Concernant les conditions d'emploi et de travail, affectés d'une année sur l'autre au même poste, les travailleurs agricoles marocains échappent à toute évolution salariale ou professionnelle. Ils sont recrutés et rémunérés, chaque année, au coefficient minimum en qualité de simples manœuvres, alors que dans les faits, compte tenu de leur ancienneté, ils sont des ouvriers qualifiés. Ils n'ont pas accès à la formation professionnelle.

Leur statut est en apparence différent de celui des permanents employés en CDI, mais dans la réalité, leurs fonctions auprès des employeurs comme leur rôle dans les processus de production en font de véritables collaborateurs dont le statut ne devrait pas être différent.

Il ressort également du rapport de l'inspection générale n° 2001-118 précité que la prime d'ancienneté, prévue par la convention collective des exploitations agricoles et des coopératives d'utilisation de matériels agricoles du département des Bouches-du-Rhône, et attribuée aux salariés totalisant trois ans de durée effective sur l'exploitation, que le salarié soit titulaire d'un CDI ou d'un CDD, n'est pas versée aux travailleurs étrangers (pages 11 et 15 du rapport). Or, ces dispositions s'appliquent sans restriction aux travailleurs étrangers (article 2).

D'autre part, l'enquête « Surveillance médicale des risques » (SUMER) menée par le ministère du travail en 2003 confirme que 53 % des salariés de la production agricole sont exposés à des produits chimiques dans leur activité professionnelle et 20 % à des cancérogènes. Il s'agit là d'une estimation basse puisque l'enquête est basée sur les observations des médecins du travail

¹⁶ CEDH, 21 décembre 2001, Sen c. Pays-Bas

qui ne voient presque jamais les saisonniers OMI dans la mesure où la visite médicale d'embauche leur est rarement proposée.¹⁷

Hormis le contrôle médical effectué par l'ANAEM (ex OMI) prévu aux articles L. 5221-5 et R. 5221-1 du Code du travail (ancien L. 341-2), les travailleurs agricoles étrangers ne bénéficient d'aucun suivi médical. Or, malgré l'exposition à des produits toxiques à effets différés, le retour des travailleurs agricoles étrangers, dans leur pays d'origine, empêche toute visibilité du caractère professionnel de la pathologie et toute prise en charge en cas de maladies professionnelles.

- *Les droits sociaux*

Aux termes de l'article R. 5421-3 du Code du travail (ancien R. 351-25), « *les travailleurs étrangers bénéficient du revenu de remplacement prévu à l'article L. 351-1 dans les mêmes conditions que les travailleurs français s'ils se trouvent en situation régulière au regard des dispositions réglementant l'exercice pour eux des activités professionnelles salariées* ».

S'agissant des droits au chômage, les conditions de cotisation et de durée de travail sont remplies par tous les travailleurs OMI qui travaillent en France sur des contrats d'au moins quatre mois.

Cependant, les travailleurs agricoles étrangers ne peuvent bénéficier des allocations chômage à l'issue de leur contrat, au motif qu'ils ne sont pas en situation régulière à la fin de leur contrat de travail. Ces travailleurs ne pouvant plus justifier d'un titre de séjour perdent toute couverture sociale (alors que les travailleurs locaux en CDD ont droit à une protection sociale).

Par ailleurs, les ouvriers agricoles âgés et fatigués par leurs conditions de travail après des années d'exercice ne reviennent plus en France et ne peuvent bénéficier, comme les travailleurs étrangers résidents, de revenus de substitution comme le chômage ou le RMI, et ce bien qu'ils aient cotisés aux droits sociaux durant de très longues années.

Dans un rapport du 20 décembre 2006 intitulé « L'agriculture et l'emploi irrégulier en Europe », l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe précise en son paragraphe 12 qu'« *en France, les contrats types de l'Office des Migrations Internationales (OMI) sont très prisés par les exploitants. Toutefois, ces contrats ont été pervertis et, à l'heure actuelle, le travailleur sous contrat OMI a parfois moins de droits qu'un travailleur clandestin. Il existe également une différence dans les droits aux prestations par rapport aux travailleurs français même si les cotisations sont prélevées sur le salaire* ».

La convention de main d'œuvre entre la France et le Maroc en date du 1^{er} juin 1963 dispose en son article 8 que « *les travailleurs marocains jouissent sur le territoire français du même traitement que les travailleurs français en ce qui concerne (...) les allocations de chômage* ».

En ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'Homme, une différence de traitement liée à la jouissance de l'un des droits garantis par la Convention, entre des personnes placées dans une situation analogue, se révèle discriminatoire, au sens des dispositions de l'article 14 de la CEDH, si elle n'est pas objectivement justifiée et raisonnable c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

¹⁷ Revue du GISTI, Plein Droit n° 78

Dans l'arrêt *Gaygusuz c/ Autriche* (16 septembre 1996), la Cour européenne a dégagé, pour la première fois, un principe de non-discrimination pour le bénéfice de prestations sociales par l'application combinée des articles 14 et 1^{er} du protocole n° 1. Mr Gaygusuz, ressortissant turc, a légalement séjourné en Autriche et y a travaillé pendant certaines périodes en payant des contributions à la caisse d'assurance chômage au même titre et sur la même base que les ressortissants autrichiens. La Cour constate que le requérant se trouvait dans une situation analogue à celle des ressortissants autrichiens quant à son droit à l'obtention de cette prestation. Le refus des autorités de lui accorder l'allocation d'urgence reposait exclusivement sur le constat qu'il ne possédait pas la nationalité autrichienne.

Concernant les travailleurs agricoles étrangers, l'« *apparence juridique* » de travailleur saisonnier imposée par les employeurs, avec l'autorisation de l'administration, a empêché des travailleurs de nationalité marocaine, ayant une ancienneté souvent comprise entre 10 et 30 ans, de pouvoir bénéficier des droits sociaux, au même titre que les travailleurs étrangers permanents.

- *La retraite*

Le statut de travailleur saisonnier a également des incidences dans le domaine de la retraite, en raison de la précarité de leur statut, de leur salaire moindre et du refus de leur accorder un droit au séjour qui leur permettrait de poursuivre un emploi en France. Les conditions d'obtention d'une retraite de base de la sécurité sociale sont identiques à celles applicables aux autres salariés. Si, beaucoup de ces travailleurs saisonniers cotisent pendant vingt ou trente ans à l'assurance vieillesse, très peu poursuivent cette activité pendant une période suffisante pour valider une retraite à taux plein. Par ailleurs, en pratique, il leur est difficile d'effectuer les démarches nécessaires à l'obtention de la retraite, à partir de leur pays d'origine, plusieurs années plus tard.

Avec des conditions de travail et de vie pénibles, les travailleurs agricoles étrangers sont de fait des travailleurs sans droits, même lorsqu'ils ont poursuivi leur activité en France chez le même employeur durant de nombreuses années.

En conséquence, la pratique des employeurs, validée par l'administration des Bouches-du-Rhône, consistant à recruter des travailleurs agricoles marocains pendant de nombreuses années, souvent sur la même exploitation agricole, sous couvert de contrats OMI systématiquement renouvelés et prolongés, empêche l'application des dispositions relatives à l'emploi et à la protection sociale, en raison du statut dans lequel ils ont été « *enfermés* », avec le concours de l'administration.

Dans le rapport du 20 décembre 2006 précité, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommande « *de soumettre les conditions de travail dans l'agriculture à un cadre juridique contraignant adapté aux différentes situations des travailleurs, qu'ils soient permanents ou saisonniers, étrangers ou nationaux afin de mettre fin à la disparité des réglementations. Ce cadre juridique doit être assorti des sanctions applicables aux contrevenants et de moyens de contrôle pertinents et efficaces* ».

EN CONCLUSION :

Le Collège de la haute autorité recommande au Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité Nationale et du Codéveloppement, conjointement avec le Ministre du Travail, des Relations Sociales, de la Famille et de la Solidarité, en concertation avec le CODETRAS, la Préfecture des Bouches-du-Rhône, les exploitants agricoles et la FDSEA des Bouches-du-Rhône, d'engager une réflexion permettant de prendre en compte la situation des travailleurs étrangers saisonniers présents sur les exploitations agricoles du département des Bouches-du-Rhône depuis de nombreuses années. Cette réflexion pourrait notamment s'appuyer sur une actualisation du rapport d'inspection générale n° 2001-118 établi en novembre 2001 par Messieurs Guy CLARY et Yves VAN HAECKE. Il est demandé de rendre compte à la haute autorité des mesures entreprises dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la présente délibération.

Le Collège recommande à la FDSEA des Bouches-du-Rhône d'alerter les exploitants agricoles sur les pratiques pouvant entraîner des discriminations à l'égard des travailleurs agricoles étrangers, et d'en rendre compte à la haute autorité dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente délibération.

Le Collège recommande également à la FDSEA de prendre les mesures en vue de la requalification des contrats desdits travailleurs étrangers saisonniers en contrats à durée indéterminée et de leur indemnisation au regard du préjudice subi, et de rendre compte à la haute autorité des mesures prises en ce sens dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente délibération.

Le Collège recommande au Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité Nationale et du Codéveloppement de procéder au réexamen de la situation desdits travailleurs étrangers saisonniers en vue de la délivrance d'un titre de séjour, et de rendre compte à la haute autorité des mesures prises en ce sens dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la présente délibération.

Enfin, le Collège de la haute autorité se réserve la possibilité de présenter ses observations en vertu de l'article 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 dans le cadre de recours engagés par les travailleurs étrangers saisonniers de longue durée devant les juridictions judiciaires et administratives, et en particulier devant le Conseil d'Etat dans le dossier de Monsieur Baloua AIT BALOUA.