

REVUE

2017/2

DE DROIT COMPARÉ
DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

REVUE SOUTENUE PAR L'INSTITUT DES SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES DU CNRS

International Association of Labor Law Journals

IALLJ

La **Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale** est membre du « *International Association of Labor Law Journals* », réseau d'échange de publications, d'idées, de développements juridiques et économiques.

Les autres membres de l'association sont :

Análisis Laboral (Pérou)
Arbeit und Recht (Allemagne)
Australian Journal of Labor Law (Australie)
Bulletin on Comparative Labour Relations (Belgique)
Canadian Labour and Employment Law Journal (Canada)
Comparative Labor Law & Policy Journal (États-Unis)
Derecho de las Relaciones Laborales (Espagne)
Diritti lavoro mercati (Italie)
Employees & Employers – Labour Law and Social Security Review : Delavci in delodajalci (Slovénie)
Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht : EuZA (Allemagne)
European Labour Law Journal (Belgique)
Giornale di Diritto del lavoro e relazioni industriali (Italie)
Industrial Law Journal (Royaume-Uni)
Industrial Law Journal (Afrique du Sud)
International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (Pays-Bas)
International Labour Review (OIT)
Japan Labor Review (Japon)
Labour and Social Law (Biélorussie)
Labour Society and Law (Israël)
La Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale – RGL (Italie)
Lavoro e Diritto (Italie)
Pécs Labor Law Review (Hongrie)
Relaciones Laborales (Espagne)
Revista de Derecho Social (Espagne)
Revue de Droit du Travail (France)
Rivista giuridica del lavoro e della sicurezza sociale (Italie)
Russian Yearbook of Labour Law (Russie)
Temas Laborales (Espagne)
Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Allemagne)

1

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

LE JUGE ET LE LICENCIEMENT POUR CAUSE ÉCONOMIQUE : ANALYSE DE DROIT COMPARÉ

ALLISON FIORENTINO ET ROCHELLE LE ROUX (COORD.)

P. 6 ALLISON FIORENTINO ET ROCHELLE LE ROUX

LE RÔLE CONTRASTÉ DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

P. 16 RACHEL ARNOW-RICHMAN

POUR UNE LOI AMÉRICAINE SUR LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES

P. 24 SÉBASTIEN RANC

LA (RE)CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE DU DROIT DU LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE EN FRANCE

P. 32 HUGO BARRETTO GHIONE

LE POUVOIR DE L'EMPLOYEUR ET LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE EN URUGUAY : UNE ANALYSE CRITIQUE DE L'OPINION DOMINANTE

P. 38 NICOLA GUNDT

UNE RÉFORME LÉGALE DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE AUX PAYS-BAS, SOURCE D'INCERTITUDE

P. 46 ROCHELLE LE ROUX

L'ÉQUITÉ PROCÉDURALE ET L'ÉQUITÉ SUBSTANTIELLE DANS LE CADRE DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE EN AFRIQUE DU SUD : UN DOUBLE TROUBLE

P. 54 TÁMÁS GYULÁVARI

OMBRES ET LUMIÈRES DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE DANS LA JURISPRUDENCE HONGROISE

P. 62 TOSHIHARU SUZUKI

LE POUVOIR CRÉATEUR DU JUGE EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE AU JAPON

P. 70 MARILYN J. PITTARD

LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES EN AUSTRALIE : UN CADRE LÉGAL ÉQUITABLE ?

P. 80 PASCALE LORBER

LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES AU ROYAUME-UNI : LES JUGES EN QUÊTE DE CONFORMITÉ AVEC LE DROIT EUROPÉEN

P. 88 ISABELLE MARTIN ET GUYLAINE VALLÉE

LES MESURES DE PROTECTION DE L'EMPLOI DU SALARIÉ LICENCIÉ POUR DES MOTIFS ÉCONOMIQUES EN DROIT QUÉBÉCOIS ET FÉDÉRAL CANADIEN

2

JURISPRUDENCE SOCIALE INTERNATIONALE

COMMENTAIRES

- p. 96** **FILIP DORSEMONT**, Professeur Université Catholique de Louvain et à l'Université Saint-Louis de Bruxelles
- p. 112** **MARIACHIARA MERCORIO**, Attachée temporaire d'Enseignement et de Recherche, Université Paris 1, Doctorante en droit du Travail

ACTUALITÉS

- p. 122** **MARIE LAFARGUE**, Maître de Conférence, Université de Vannes
- p. 126** **ELENA SYCHENKO**, Doctorante, Université de Catane

3

LITTÉRATURE DE DROIT SOCIAL COMPARÉ : APERÇU RÉTROSPECTIF DE 2015

AUTONOMIE OU SUBORDINATION DU DROIT DU TRAVAIL ? DÉBATS HORS DES FRONTIÈRES NATIONALES EN 2015

- p. 132** **MATTEO BORZAGA**, Università degli Studi di Trento
- MARIALAURA BIRGILLITO**, Castilla - La Mancha Universidad
- MANUEL ANTONIO GARCIA-MUÑOZ ALHAMBRA**, Castilla - La Mancha Universidad

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

COORDONNÉE PAR

ALLISON FIORENTINO

ET

ROCHELLE LE ROUX

**LE JUGE ET LE LICENCIEMENT POUR CAUSE ÉCONOMIQUE :
ANALYSE DE DROIT COMPARÉ**

MARILYN J. PITTARD

Professeure, Faculté de droit, Université de Monash, Clayton

LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES EN AUSTRALIE : UN CADRE LÉGAL ÉQUITABLE ?

Vue l'importance du travail pour les salariés et au regard de l'impact des technologies et autres changements majeurs sur les emplois, la protection contre les licenciements en Australie prend plusieurs formes : l'obligation de l'employeur de payer une indemnité de licenciement pour compenser la perte de revenus des salariés licenciés ; le devoir de l'employeur de consulter les salariés sur les licenciements proposés et de les éviter autant que possible ; enfin, le devoir de l'employeur de consulter les syndicats quand il envisage le licenciement d'au moins 15 personnes. L'origine de ces obligations est variée : la loi, les accords de branche, les décisions des juridictions du travail.

Actuellement l'indemnité de licenciement est une règle légale de base en Australie, et la plupart des salariés australiens y ont droit. Elle est inscrite dans les normes professionnelles nationales (*National Employment Standards*, NES) qui font partie du *Fair Work Act 2009* (Cth) (*FWAct*). Cela n'a pas toujours été le cas. En effet, auparavant, l'indemnité de licenciement et les obligations de consultation trouvaient leur source dans une décision prononcée par un tribunal indépendant lors du règlement de conflits sur les salaires et les conditions de travail entre employeur et salarié. La question de l'indemnité de licenciement était alors traitée au coup par coup, avec des avantages différenciés pour les salariés selon les secteurs ou les postes occupés.

Les normes minimales générales en matière d'information préalable à un licenciement, d'indemnité de licenciement et de procédure ont été définies en Australie dans le cadre d'une affaire datant de plus de trente ans⁰¹. Le tribunal du travail a défini un cadre général pour l'indemnité de licenciement applicable à toutes les conventions et dans tous les secteurs, établissant ainsi une règle minimale pour tous. C'est dans la même affaire que furent introduites, via des clauses spécifiques, des règles uniformes pour la consultation des travailleurs ou de leurs syndicats par les employeurs en cas de projet de licenciements, ainsi que l'obligation d'informer des effets probables sur l'emploi. Cette affaire a jeté les bases des normes actuelles, même si de telles décisions de jurisprudence ne sont plus la source principale des droits à une indemnité ou à une consultation. Dans cette contribution seront examinés les droits actuels à l'indemnité de licenciement (I) et le devoir de consultation (II).

01 *Termination Change and Redundancy Case* (1984) 294 CAR 175; décision complémentaire *Case* (1984) 295 CAR 673.

I - L'indemnité de licenciement : normes minimales du *Fair Work Act* 2009 (Cth)

L'obligation de verser une indemnité de licenciement est actuellement inscrite dans le texte régissant les relations de travail au niveau fédéral en Australie, le *FWAct*, et elle constitue l'une des dix règles d'emploi minimales applicables par les tribunaux⁰². L'indemnité est calculée par rapport à l'ancienneté du salarié au-delà d'une année de présence dans l'entreprise, cette durée étant un prérequis nécessaire pour pouvoir y prétendre. Comme l'indique le premier tableau, un salarié disposant d'une ancienneté de 1 à 2 ans a droit à une somme équivalente à quatre semaines de rémunération ; un salarié disposant d'une ancienneté de 5 à 6 ans reçoit l'équivalent de 10 semaines de salaire. Au maximum, un salarié ayant 9 à 10 ans d'ancienneté reçoit 16 semaines de salaire. Curieusement, on constate une diminution à 12 semaines pour les salariés dont l'ancienneté est égale ou supérieure à 10 ans car, dans ce cas, les congés d'ancienneté (congés payés après 10 ans d'ancienneté en rétribution d'un emploi de longue durée) sont pris en compte.

<i>DURÉE DE L'INDEMNITÉ DE LICENCIEMENT</i>		
	ANCIENNETÉ AU MOMENT DU LICENCIEMENT	INDEMNITÉ DE LICENCIEMENT
1	Entre 1 an et 2 ans	4 semaines
2	Entre 2 ans et 3 ans	6 semaines
3	Entre 3 ans et 4 ans	7 semaines
4	Entre 4 ans et 5 ans	8 semaines
5	Entre 5 ans et 6 ans	10 semaines
6	Entre 6 ans et 7 ans	11 semaines
7	Entre 7 ans et 8 ans	13 semaines
8	Entre 8 ans et 9 ans	14 semaines
9	Entre 9 ans et 10 ans	16 semaines
10	Au-delà de 10 ans	12 semaines

Tableau 1 : section 119 du *Fair Work Act*

A - Origine des règles de versement de l'indemnité de licenciement : *Termination, Change and Redundancy Case* (Rupture, changement et licenciement économique ou *TCR Case*)

La règle actuelle trouve ses origines dans l'affaire *Termination, Change and Redundancy Case* (« *TCR case* »). Le Conseil australien des syndicats (« ACTU »), acteur syndical majeur en Australie, recherchait de meilleures normes pour les salariés australiens couverts par les décisions des tribunaux du travail (soit environ 80 % d'entre eux) en matière de sécurité du travail et, dans le cas qui nous intéresse, de dispositions sur les indemnités de licenciement et sur la consultation y relative. L'affaire fut portée devant le tribunal du travail indépendant qui règle les différends entre employeurs et salariés (la Commission⁰³) et qui était alors chargé de régler les conflits de travail en établissant des normes applicables à un secteur professionnel correspondant à des conditions minimales. La

02 Chapitre 4 du *Fair Work Act* 2009 (Cth).

03 La « Commission pour le travail équitable » (*Fair Work Commission*) a connu diverses appellations noms au fil des ans. Ici nous la nommerons « la Commission ». Voir M. Pittard et R. Naughton, *Australian Labour and Employment Law*, LexisNexis, 2015, chapitre 3.

LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

proposition de l'ACTU se basait sur les normes internationales (conventions de l'OIT) et sur des normes étrangères comparables : (...) « L'ACTU s'est en outre fondé sur les développements internationaux avec l'adoption par l'Organisation internationale du travail (OIT) le 22 juin 1982 d'une nouvelle convention [Convention 158] et d'une nouvelle recommandation [Recommandation 166] concernant la rupture du contrat à l'initiative de l'employeur, et sur des développements significatifs en matière de sécurité d'emploi dans certains pays comparables à l'Australie, en particulier le Royaume-Uni et d'autres pays d'Europe de l'Ouest⁰⁴ ».

En dépit d'arguments opposés⁰⁵, la Commission a été convaincue par la proposition de l'ACTU et a imposé une indemnité de licenciement, ainsi qu'une obligation d'information préalable de la rupture, qui dépend de la durée du contrat :

DURÉE DU CONTRAT	INDEMNITÉ DE LICENCIEMENT
Moins d'un an	Non applicable
Entre un an et deux ans	4 semaines de salaire
Entre deux ans et trois ans	6 semaines de salaire
Entre trois ans et quatre ans	7 semaines de salaire
Plus de quatre ans	8 semaines de salaire

Cette décision reste la norme en matière d'indemnité de licenciement, malgré une amélioration pour les contrats de longue durée introduite dans le *Redundancy Case*⁰⁶ de 2004, entérinée ensuite par le FWAct. Nous estimons qu'il serait approprié d'élargir le barème des indemnités de licenciement de quatre ans d'ancienneté à dix ans. Avec le barème actuel, l'indemnité maximale est atteinte au bout de quatre ans de contrat. Selon notre formule, il existerait une augmentation du montant de l'indemnité de licenciement pour chaque année de contrat supplémentaire comprise entre cinq et neuf ans. Le barème ne dépasserait pas 10 ans d'ancienneté. Le nouveau barème de l'indemnité de licenciement serait alors le suivant :

DURÉE DE SERVICE PERMANENT	INDEMNITÉ DE LICENCIEMENT
Moins d'un an	Non applicable
1 an et moins de 2 ans	4 semaines de salaire
2 ans et moins de 3 ans	6 semaines de salaire
3 ans et moins de 4 ans	7 semaines de salaire
4 ans et moins de 5 ans	8 semaines de salaire
5 ans et moins de 6 ans	10 semaines de salaire
6 ans et moins de 7 ans	11 semaines de salaire
7 ans et moins de 8 ans	13 semaines de salaire
8 ans et moins de 9 ans	14 semaines de salaire
9 ans et moins de 10 ans	16 semaines de salaire
10 ans et plus	12 semaines de salaire

04 *Termination Change and Redundancy Case* (1984) 294 CAR 175.

05 Certains groupes patronaux s'y sont opposés, ainsi que deux gouvernements d'États fédérés.

06 [2004] 134 IR 57 at [153].

Il n'y a pas eu d'évolution de l'indemnité minimale de licenciement depuis 2004, à part la modification importante relative à la source de droit de cette obligation, qui ne relève plus de la jurisprudence mais des normes professionnelles nationales légales. Le Parlement est depuis devenu l'entité qui décide du moment et des modalités de modification des normes, l'influence du juge ayant décliné dans ce domaine, ce que l'on peut regretter vu les difficultés pour obtenir un examen parlementaire des normes⁰⁷.

B - Comment définir un licenciement économique déclenchant une indemnisation ?

L'indemnité de licenciement est due dans deux situations. D'une part, lorsque l'employeur n'a plus besoin de personnel pour le poste occupé par le salarié (sauf renouvellement ordinaire et habituel du personnel pour ce poste), et que l'employeur est à l'initiative de la rupture de contrat⁰⁸. D'autre part lorsque l'employeur n'est plus solvable ou fait faillite. La première hypothèse peut poser des problèmes d'interprétation : comment déterminer si l'employeur n'a plus besoin de salarié pour le poste supprimé ? Que se passe-t-il quand, par exemple, un employeur regroupe trois postes en deux ?

Dans l'affaire *Borg and others v Patrick Stevedores Holdings Pty Ltd*⁰⁹, la Commission, à l'unanimité, a confirmé que, si 25 postes de salariés étaient réduits à 10 en raison de l'automatisation des processus, l'employeur n'avait plus besoin de personnel pour les postes supprimés, même si une partie du travail devait être effectuée par les salariés restants sous une forme « redistribuée, reconfigurée et réaffectée »¹⁰. La Commission a fait la distinction entre le travail effectué d'une part, et le poste d'autre part. Le point essentiel est donc que l'employeur ne souhaite plus employer personne pour *le poste*. Il est possible que le travail soit redistribué par l'employeur dans le but de réduire une partie des effectifs. Il ne garde ainsi que les salariés qu'il souhaite et contourne les lois sur les licenciements abusifs¹¹ ; il peut être très compliqué de découvrir le véritable objectif derrière celui officiellement invoqué. Toutefois des expertises judiciaires menées pour déterminer la bonne foi de l'employeur, comme dans une situation où l'employeur exige un niveau supérieur de qualification pour le poste et que cela entraîne le licenciement économique du salarié qui l'occupe ont conclu à l'existence d'un motif économique de licenciement¹². En revanche passer une annonce pour recruter un salarié afin de l'affecter à un poste supprimé mettrait en lumière le véritable but du licenciement économique !

C - Nature de l'indemnité de licenciement

Même si l'indemnité de licenciement est un critère fixé par les normes professionnelles nationales (NES), il s'agit d'un minimum légal qui n'est pas systématique. Les parties peuvent s'entendre sur des dispositions plus avantageuses. Cela peut se faire par accord individuel dans le cadre du contrat de travail ou découler d'une négociation collective dans le cadre d'un accord d'entreprise (forme d'accord collectif prévu par la loi soumis à l'approbation du tribunal indépendant du travail pour être

07 M. Pittard, "Reflections on the Commission's legacy in legislated minimum standards", *Journal of Industrial Relations*, 2011, n°53, p. 698 – 717.

08 Section 119 du *Fair Work Act*.

09 [2016] FWCFB 3662.

10 *Ibid* at [14].

11 Lorsque la bonne foi est prouvée, le licenciement n'est pas alors régi par les lois sur les licenciements abusifs : les protections et les processus de cette loi pour protéger les salariés contre une rupture de contrat abusive ne sont alors pas pertinents ; il y a donc une séparation entre les lois sur les licenciements abusifs et la protection contre les licenciements économiques (cf. discussion ultérieure).

12 *Mackay Taxi Holdings Ltd T/A Mackay Whitsunday Taxis v Wilson* [2014] FWCFB 1043 (12 février 2014).

opérationnel et exécutoire)¹³. Les employeurs proposent généralement une meilleure indemnité de licenciement dans les accords d'entreprise : l'accord d'entreprise ABC 2013-16 accorde une indemnité jusqu'à 24 années d'ancienneté et 77 semaines de salaire¹⁴, et l'accord d'entreprise QUT 2014-2017 fixe une formule qui est limitée à 78 semaines de salaire pour le personnel universitaire¹⁵. Ainsi, même si la norme législative est homogène, il peut y avoir des différences considérables quand une force de négociation puissante parvient à imposer un « accord » plus favorable¹⁶.

L'indemnité de licenciement peut être réduite par rapport au minimum légal dans deux types de circonstances : lorsque l'employeur n'est pas en capacité de la payer et quand le salarié « obtient un autre emploi acceptable »¹⁷. Raisonnablement, cette réduction ne peut être imposée unilatéralement par l'employeur et elle est soumise au contrôle du tribunal indépendant : la Commission doit décider de la somme, qu'il peut déclarer nulle. Étant donné cette possibilité de réduire l'indemnité de licenciement lorsque le salarié trouve un emploi de remplacement, elle est considérée comme une compensation pour la perte d'emploi (et donc de revenus), et non pas comme une compensation pour la perte de ce poste en particulier.

D - Revenus de base et ancienneté continue

Il existe des questions juridiques sur la détermination de la durée ininterrompue d'ancienneté du salarié, car toute interruption affecte le montant de l'indemnité de licenciement, ainsi que le « revenu de base » du salarié. Un salarié doit avoir travaillé au moins 12 mois sans interruption pour avoir droit à l'indemnité de licenciement¹⁸. L'expression d'« ancienneté continue » a une signification particulière. La loi permet des interruptions de service autorisées qui n'annulent pas le droit à l'indemnité, mais ces périodes d'absence n'entrent pas en compte dans le calcul de l'ancienneté¹⁹. Les absences non autorisées n'interrompent pas non plus l'ancienneté continue, mais sont exclues du calcul des années de service²⁰. Toutefois, les salariés engagés dans des activités communautaires, par exemple les pompiers de réserve, pourront demander la comptabilisation de ces périodes comme travail effectif²¹.

13 Cf. Pittard et Naughton, fn 4, chapitre 12. Un accord collectif conclu entre un syndicat et l'employeur pour une meilleure indemnité de licenciement qui n'a pas été approuvé par la Commission n'est généralement pas exécutoire : *Gregory v Philip Morris Ltd* (1987) 77 ALR 79; *Ryan v Textile Clothing and Footwear Union of Australia* [1996] 2 VR 235. Parfois, des régimes de licenciement spécifiques à un secteur sont établis dans le cadre d'accords d'entreprise ou de conventions collectives, auquel cas les salariés ne sont pas éligibles au paiement du régime légal. Cf. section 123 (4) (b) ou (c) *Fair Work Act* 2009 (Cth).

14 http://www.abc.net.au/careers/documents/ABCEnterpriseAgreement_20132016.PDF

15 Cette indemnité de licenciement, beaucoup plus généreuse que celle prévue par la loi, s'applique également aux salariés en CDD.

16 Parfois, la politique de l'établissement propose une meilleure indemnité de licenciement. La question du caractère exécutoire de cette politique peut alors être soulevée.

17 Section 120(1) du *Fair Work Act*.

18 Section 121 du *Fair Work Act*.

19 Section 22(1) du *Fair Work Act*.

20 Section 22(3) du *Fair Work Act*.

21 Section 22 du *Fair Work Act*. 1. Une période d'ancienneté d'un salarié du système national est une période durant laquelle le salarié travaille pour son employeur, à l'exclusion de toute période qui ne compte pas comme travail effectif pour un motif mentionné à la sous-section. 2. Les périodes suivantes sont exclues du calcul de l'ancienneté : toute période d'absence non autorisée ; toute période d'absence ou de congés sans solde autorisée autre que : une période d'absence entrant dans le cadre de la division 8 de la partie 22 (sur les congés pour activités communautaires) ; ou une période de démission entrant dans le cadre de la partie 35 sur les accords d'entreprises qui s'appliquent au salarié ou prévue par le contrat du salarié ; ou une période de congés ou d'absence d'un type prescrit par la législation. 3. Les périodes exclues n'interrompent pas l'ancienneté continue d'un salarié du système national vis-à-vis de l'employeur, mais elles n'entrent pas en compte dans le calcul de la

L'indemnité de licenciement se base sur « le taux horaire de rémunération pour les heures de travail ordinaires »²², ce qui exclut généralement les heures supplémentaires, toute gratification monétaire ou toute prime. Autrement dit, un salarié qui fait régulièrement des heures supplémentaires durant son contrat ne pourra pas les inclure dans le calcul de son indemnité de licenciement²³. La compensation monétaire en cas de perte d'emploi est donc limitée et ne reflète pas la réalité de la rémunération du salarié versée durant l'exécution du contrat.

E - Petites entreprises et salariés exclus

Le *Redundancy Case* de 2004 avait imposé le paiement de l'indemnité de licenciement aux petites entreprises, tout en la limitant à 8 semaines de salaire, ce qui n'a pas été repris par la législation postérieure. En vertu du *FWAct*, lorsque le salarié est engagé par une « petite entreprise » définie comme une entreprise employant moins de 15 salariés (y compris les salariés à temps plein, à temps partiel et les intérimaires réguliers), il n'a droit à aucune indemnité de licenciement²⁴.

C'est l'une des concessions faites aux petites entreprises qui pourraient avoir du mal à appliquer les dispositions relatives aux licenciements du *FWAct*. Mais cela veut également dire que ces salariés sont traités de manière inéquitable et moins favorable que ceux travaillant pour une grande entreprise. La définition d'une petite entreprise engendre aussi des inégalités dans le sens où ce n'est pas l'importance de l'activité, -par ex. le chiffre d'affaires annuel-, mais le nombre de salariés qui est pris en compte. Une société ayant 14 salariés à temps plein peut être beaucoup plus importante qu'une autre employant 15 personnes à temps partiel et occasionnel ; pourtant, la première est dispensée du versement d'indemnité légale de licenciement et pas la seconde.

Des dispositions spéciales s'appliquent en cas de transfert d'entreprise : lorsqu'une société transfère son activité vers une autre et que la seconde propose un emploi similaire aux salariés de la première, mais qu'ils refusent l'offre, l'employeur n'est pas tenu de verser d'indemnité de licenciement²⁵.

Les salariés engagés dans les catégories suivantes ne sont pas éligibles à l'indemnité légale de licenciement : CDD ; contrat de mission spécifique ; contrat saisonnier ; salariés occasionnels ; apprentis ; et salariés en formation pour une durée limitée²⁶. Les salariés en CDD et ceux chargés d'une mission spécifique peuvent travailler sur une longue période qui justifierait l'indemnité de licenciement. Le licenciement pour faute grave exclut tout droit à l'indemnité de licenciement²⁷.

F - Lien avec la législation sur les licenciements abusifs

En cas de « véritable motif de licenciement économique », la protection légale du *FWAct* sur les licenciements abusifs ne s'applique pas. Pour éviter que les employeurs ne parviennent à invoquer avec succès que la rupture de contrat était un licenciement économique, et que par conséquent, les motifs et la procédure requise par le *FWAct* pour justifier un licenciement équitable ne soient pas applicables, la législation exige la preuve d'un « véritable motif économique ». Trois points sont à

durée de l'ancienneté du salarié.

22 Section 119(2) du *Fair Work Act*

23 Section 16(1) du *Fair Work Act*.

24 Section 23 (2)(b) du *Fair Work Act*.

25 Section 122 du *Fair Work Act*.

26 Section 123 du *Fair Work Act*. Certains accords d'entreprises étendent la couverture aux salariés en CDD, cf. l'accord d'entreprise QUT, fn 17.

27 Section 123 (1)(b) du *Fair Work Act* 2009 (Cth).

prendre en compte : l'employeur ne doit plus souhaiter personne au poste concerné pour des questions d'exigences opérationnelles ; l'employeur doit se conformer aux exigences de consultation dans le cadre d'une convention collective ou d'un accord d'entreprise²⁸ ; et il ne doit y avoir aucune opportunité raisonnable de redéploiement dans l'entreprise ou dans une unité associée²⁹.

Saisie de plaintes pour licenciement abusif, la Commission est généralement appelée à se prononcer sur l'existence réelle d'un motif économique pour déterminer si la loi sur les licenciements abusifs s'applique. Dans l'affaire *Paul Williams and Ors v Staples Australia Pty Ltd*³⁰, par exemple, la Commission a conclu que l'employeur n'avait pas respecté son devoir de consultation pour les licenciements : « Malheureusement, dans ce cas, il a été prouvé que la consultation dans le cadre de licenciements des salariés de l'établissement avait été trop hâtive et purement symbolique. La direction de Staples ne s'est pas engagée dans une consultation véritable ou significative avec les salariés et leurs représentants. Au lieu de cela, elle a organisé un simulacre qu'elle a tenté de faire passer pour une consultation³¹».

II - Le devoir de consultation préalable à un licenciement économique

Le *TCR Case* a servi d'outil pour introduire des règles de base sur la notification et la consultation préalables au licenciement par l'employeur. Pour l'essentiel, la règle sur la notification dispose que « ... l'employeur doit, dès que possible, fournir par écrit aux salariés concernés, à leur syndicat ou aux syndicats, toute information pertinente sur les licenciements proposés, y compris le motif des ruptures de contrat envisagées, le nombre et les catégories de salariés susceptibles d'être concernés, le nombre de salariés habituels et la période à laquelle les licenciements devraient survenir. »

La section 139(1) (j) du *FWAct* comporte une disposition sur les « procédures de consultation, de représentation et de règlement des conflits » à inclure dans les conventions collectives. Celles-ci peuvent inclure des clauses de consultation, même si ce n'est pas une obligation. L'obligation de consulter dans les conventions collectives s'applique en cas de changement majeur, ce qui inclut « des modifications majeures dans la production, le programme, l'organisation, la structure ou la technologie susceptibles d'avoir un effet important sur les salariés »³². Cette obligation a ensuite été élargie de façon à inclure les changements majeurs dans l'emploi du temps ou les horaires ; les clauses de consultation dépassent les situations où des licenciements peuvent survenir. La notification et la consultation concernent généralement les salariés et leurs représentants³³.

Par contraste, les accords d'entreprise *doivent* contenir des règles permettant la consultation en cas de « changement majeur du lieu de travail susceptible d'avoir un impact important sur la vie au travail des salariés »³⁴. Ce sont seulement les salariés, et non pas leurs représentants, qui doivent être informés et consultés à propos du changement proposé, même s'ils peuvent se faire représenter

28 Section 389 du *Fair Work Act*. Pour les exigences en matière de consultation, voir la section sur le devoir de consultation.

29 Section 389(2) du *Fair Work Act*.

30 [2017] FWC 607.

31 *Ibid* at [57].

32 Cf. clause 8 de la convention collective des salariés de bureau du secteur privé de 2010 http://awardviewer.fwo.gov.au/award/show/MA000002#P212_16247

33 Cf. convention collective des salariés de bureau du secteur privé de 2010, *ibid*.

34 Section 205(1) du *Fair Work Act*.

lors des consultations³⁵. Une clause de consultation type définie par la législation sera considérée comme faisant partie de l'accord d'entreprise s'il n'en possède déjà une. Ainsi, les salariés couverts par les accords d'entreprise disposent toujours de la garantie protectrice d'une consultation avant un licenciement économique.

Quand le devoir de consultation doit-il être rempli ? Dans le cadre de débats sur le sens du terme consultation, la Cour fédérale a déclaré³⁶ : « ... un élément clé du contenu [de l'obligation de consulter] est que la partie à consulter soit informée du sujet sur lequel son point de vue doit être connu avant la décision finale ou le début des actions. De même ... le terme implique aussi que la partie concernée ait par la suite une opportunité réelle de présenter son point de vue. La définition de cette opportunité varie en fonction de la nature et des circonstances de chaque cas. En d'autres termes, l'importance de la « consultation » suppose une flexibilité. Enfin, un droit de consultation ne constitue pas un droit de veto ».

Et la Cour de poursuivre³⁷, « préciser le sens ordinaire et la portée d'une obligation de 'consulter', donne l'impression de difficultés d'interprétation et de compréhension. Ce n'est pas le cas. Tout ce qu'il évoque peut être résumé de la façon suivante : il existe une différence entre dire à quelqu'un qui peut être affecté par une décision ou une série d'actions, même lorsqu'elles sont détaillées : «Voici ce que nous allons faire» ou dire à cette personne : «Je pense faire ceci, qu'en pensez-vous ?». Dans le dernier cas, il s'agit d'une «consultation»... »

Autrement dit, la consultation doit avoir du sens ; elle n'implique pas de droit de veto ; elle peut varier dans différents cas ; et elle suppose d'inviter une personne à répondre et à l'entendre, et non pas seulement informer du licenciement projeté.

A - Licenciement collectif pour des raisons économiques, structurelles et technologiques

Une autre obligation légale s'ajoute en cas de licenciements collectifs. Quand 15 salariés ou plus sont concernés par un licenciement pour des raisons économiques, technologiques, structurelles ou de nature similaire, ou pour des raisons incluant de telles justifications³⁸, le *FWAct* prévoit que l'employeur doit, avant le licenciement et le plus tôt possible après avoir pris cette décision, suivre les étapes suivantes :

- informer le syndicat concerné des raisons, du calendrier et du nombre, ainsi que des catégories de salariés affectés par le licenciement économique³⁹ ; et

- donner au syndicat une opportunité de se concerter avec l'employeur sur des mesures pour « empêcher ou minimiser les licenciements envisagés » et des mesures qui incluent de trouver des emplois de remplacement « pour atténuer les effets négatifs des licenciements proposés »⁴⁰.

Ces étapes de la consultation doivent être effectuées rapidement, avant les licenciements et si possible dès que la décision a été prise⁴¹. Soulignons que c'est le syndicat qui reçoit la notification et qui est consulté, contrairement aux stipulations des conventions collectives et des accords d'entreprise

35 Section 205(1)(b) du *Fair Work Act*.

36 *Communications, Electrical, Electronic, Energy, Information, Postal, Plumbing and Allied Services Union of Australia v QR Limited* [2010] FCA 591 at [44]; [2010] 198 IR 382, 395.

37 [2010] FCA 591 at [45]; [2010] 198 IR 382, 395.

38 Section 531(1)(a) du *Fair Work Act*.

39 Section 531(2) du *Fair Work Act*.

40 Section 531(3) du *Fair Work Act*.

41 Section 531(3)(b) du *Fair Work Act*.

dans lesquelles ce sont les salariés, ou des salariés désignés, qui reçoivent la notification. La Commission a tout pouvoir pour rendre des ordonnances (dans l'intérêt du public) quand les exigences de consultation et de notification n'ont pas été remplies, afin que le syndicat et les salariés soient (autant que faire se peut) dans la même position que si l'employeur s'était conformé à son obligation légale de consulter⁴².

Toutefois, il existe des limitations aux ordonnances que la Commission peut rendre : par exemple, elle ne peut pas forcer la réintégration des salariés ou le paiement d'une indemnité de licenciement⁴³, et elle ne peut pas s'auto saisir mais doit agir à la demande des salariés ou des syndicats⁴⁴. Ces limitations empêchent incontestablement la Commission de faire réintégrer les salariés à leur poste initial et d'être proactive. L'employeur doit notifier à Centrelink, l'agence gouvernementale australienne chargée du paiement de la sécurité sociale et de l'aide au retour à l'emploi, le licenciement collectif envisagé. La rupture des contrats de travail ne peut pas survenir tant que cette notification n'a pas eu lieu⁴⁵.

B - Calendrier de la consultation

Les dispositions de la consultation ont évolué depuis l'affaire qui a fait jurisprudence : elles sont maintenant inscrites dans la loi et constituent un cadre légal pour les conventions collectives et les accords d'entreprise. L'étape de consultation pose toutefois problème. Elle a généralement lieu après la décision définitive d'effectuer un changement et non au moment où l'employeur l'envisage ou explore d'autres options, mais bien à l'étape où elle est prise. Est-ce suffisant ? Une fois que la décision est prise, les effets sur l'emploi sont généralement clairs. La consultation mènera-t-elle à un changement ou à une atténuation de cette décision ? Évidemment, l'obligation de consultation exige une écoute des salariés et une consultation réelle. Si ces étapes ont été respectées, il peut être difficile de prouver qu'elles n'ont pas été prises en compte. Même en présence d'arguments légitimes et persuasifs, il peut être compliqué de revenir en arrière pour explorer d'autres options.

C - Critères de licenciement

Dans un arrêt classique, la Haute Cour d'Australie a décidé que le critère « dernier arrivé, premier parti » pour définir l'ordre des personnes visées par un licenciement était discriminatoire et illégal dans les circonstances de l'espèce⁴⁶. Les années précédant le licenciement, la société avait adopté des pratiques d'emploi discriminatoires en favorisant l'embauche d'hommes plutôt que de femmes, et de ne recruter des femmes que dans un second temps. *A priori*, le critère « dernier arrivé, premier parti » était neutre, mais « dans ce cas, le prérequis imposé était déraisonnable car, en raison des circonstances particulières, il répétait l'effet discriminatoire de la pratique de recrutement antérieur »⁴⁷.

Ainsi, si le critère « dernier arrivé, premier parti » avait été appliqué, il aurait davantage touché la main-d'œuvre féminine et a par conséquent été considéré illégal et contraire à l'*Anti-Discrimination Act 1977* de l'État de Nouvelle-Galles du Sud. Dans d'autres circonstances, ce même critère n'est pas forcément discriminatoire et peut être appliqué. La « restructuration » des postes n'est pas interdite ; les employeurs peuvent utiliser des indicateurs pour identifier les salariés efficaces

42 Section 532 du *Fair Work Act*.

43 Section 532(2) du *Fair Work Act*.

44 Section 533 du *Fair Work Act*.

45 Section 530 du *Fair Work Act*.

46 *Australian Iron & Steel Pty Ltd v Banovic* (1989) 168 CLR 165; [1989] HCA 56. Le critère « dernier arrivé, premier parti » exigeait que les derniers salariés engagés soient les premiers concernés par les licenciements.

47 *Ibid*, per Dawson J at [27].

ou productifs afin de les sélectionner pour les postes restants. Tant que l'excédent de personnel est avéré, les lois sur les licenciements abusifs, qui proposent normalement un garde-fou contre les ruptures de contrat injustifiées (car ils exigent une raison valable, ainsi qu'une procédure de notification correcte et l'opportunité de se défendre pour éviter le licenciement) sont en réalité contournées. Les employeurs peuvent aussi décider de chercher des salariés volontaires pour une rupture de contrat.

Pour conclure, le *FWAct* sert de base à l'indemnité de licenciement fondée sur la durée de l'emploi, ainsi qu'à des exigences de notification et de consultation dans le cas de licenciement touchant au moins 15 salariés. Il permet aussi aux conventions collectives et exige des accords d'entreprise, d'inclure les conditions de notification et de consultation. La jurisprudence a étoffé les conditions d'une consultation réelle. Bien que ces garanties existent, il existe des situations dans lesquelles le cadre est insuffisant et pourrait être plus juste : par exemple pour les salariés des petites entreprises exclus du champ d'application de l'obligation légale de verser une indemnité de licenciement ; l'exclusion de certaines catégories de salariés, comme ceux en CDD, du droit à une indemnité de licenciement ; et le moment de la notification et de la consultation. Les accords d'entreprise peuvent corriger ces défaillances, mais seuls les salariés disposant d'un réel pouvoir de négociation vis-à-vis de leur employeur peuvent en bénéficier.



Les manuscrits soumis pour publication dans la Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale doivent être adressés par courrier électronique ou par voie postale avant le **1^{er} février** de chaque année (pour le premier numéro de la Revue) et avant le **1^{er} mai** de chaque année (pour le deuxième numéro). Concernant les contributions à la rubrique Actualités Juridiques Internationales, elles doivent être adressées avant le **15 mars** (pour le premier numéro) et le **15 septembre** (pour le troisième numéro).

Les opinions émises dans les articles n'engagent que leurs auteurs. Lorsqu'une traduction est effectuée en langue française, elle l'est sous la responsabilité du Rédacteur en chef et des membres du Comité éditorial.

Tout manuscrit est soumis, sans indication du nom de l'auteur, à deux lecteurs pour évaluation et avis de publication.

Une publication ultérieure dans une autre revue supposerait l'autorisation expresse de la Direction de la revue.



CONTACT

COMPTRASEC - UMR 5114

Mme Sandrine LAVIOLETTE

Université de Bordeaux

16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - F 33608 PESSAC cedex

Tél : 33(0)5 56 84 54 74 - Fax : 33(0)5 56 84 85 12

sandrine.laviolette@u-bordeaux.fr

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/revue-de-droit-compare-du-travail-et-de-la-securite-sociale>

RECOMMANDATIONS AUX AUTEURS

Manuscrits

L'article doit être soumis de préférence en Français. L'Anglais et l'Espagnol sont également admis.

Les textes devront comporter :

- 40 000 caractères - notes de bas de pages et espaces compris - pour les rubriques « **Études** » et « **Dossier Thématique** » lorsqu'ils sont soumis en Français. La limitation est fixée à 30 000 caractères lorsqu'ils sont soumis en Anglais ou en Espagnol ;
- 7 000 caractères - notes de bas de pages et espaces compris - pour la rubrique « **Actualités Juridiques Internationales** » lorsqu'ils sont soumis en Français. La limitation es fixée à 6 000 caractères lorsqu'ils sont soumis en Anglais ou en Espagnol.

Par ailleurs, les manuscrits destinés aux rubriques « **Études** » ou « **Dossier Thématique** » devront être accompagnés des éléments suivants :

- le titre de l'article ;
- un résumé, en français et en anglais, de 400 caractères chacun ;
- 5 mots clés (en français et en anglais) permettant d'identifier le contenu de l'article ;
- une brève notice bio-bibliographique concernant le ou les auteurs ;
- deux publications au choix ;
- l'adresse postale et électronique de(s) l'auteur(s).



Notes et références bibliographiques

Les annotations et références bibliographiques des ouvrages et articles cités doivent être intégrées au sein de l'article et placés en notes de bas de page.

Leur présentation sera la suivante :

- Pour un ouvrage : initiale du Prénom Nom, *Titre de l'ouvrage*, lieu, éditeur, « collection », date, p.
- Pour un article de revue : initiale du Prénom Nom, « Titre de l'article », *Titre de la revue*, n°, date, p.
- Pour une contribution dans un ouvrage collectif : initiale du Prénom Nom, « Titre de l'article », in initiale du Prénom Nom (dir.), *Titre de l'ouvrage*, lieu, éditeur, date, p.

2017 72-2 PRINTEMPS SPRING

REVUE TRIMESTRIELLE
RELATIONS INDUSTRIELLES

RIIR

Revue trimestrielle bilingue publiée
depuis 1945 par le Département des
relations industrielles de l'Université Laval

INDUSTRIAL RELATIONS
QUARTERLY REVIEW

A bilingual quarterly published since
1945 by the Industrial Relations
Department, Université Laval

ARTICLES

Safety and Multi-employer Worksites
in High-risk Industries: An Overview

MAGNUS NYGREN, MATS JAKOBSSON, EIRA ANDERSSON
AND BO JOHANSSON

Gouvernance des régimes complémentaires
de retraite, relations du travail et conflits
de rôle : une enquête québécoise

DANIEL COULOMBE, ESTHER DÉOM, FRÉDÉRIC HANIN
ET ANNETTE HAYDEN

The Predictors of Unmet Demand
for Unions in Non-Union Workplaces:
Lessons from Australia

AMANDA PYMAN, JULIAN TEICHER, BRIAN COOPER
AND PETER HOLLAND

« Leur façon de punir, c'est avec l'horaire ! » :
Pratiques informelles de conciliation
travail-famille au sein de commerces
d'alimentation au Québec

MÉLANIE LEFRANÇOIS, JOHANNE SAINT-CHARLES, SYLVIE FORTIN
ET CATHERINE DES RIVIÈRES-PIGEON

Individuals' Assessment of Corporate
Social Performance, Person-Organization
Values and Goals Fit, Job Satisfaction
and Turnover Intentions

SARAH HUDSON, DOUGLAS BRYSON AND MARCO MICHELOTTI

Assurer son employabilité militante
par la mobilisation du capital social : le cas
des ex-permanents syndicaux lors d'une
reconversion en dehors de la sphère du syndicat

PAULINE DE BECDÉLIÈVRE ET FRANÇOIS GRIMA

"You've Just Cursed Us":
Precarity, Austerity and Worker Participation
in the Non-profit Social Services

IAN CUNNINGHAM, DONNA BAINES AND JOHN SHIELDS

RI/IR EN LIGNE

RI/IR est disponible en ligne
sur le site Érudit :

www.erudit.org/revue/ri

Pour abonnement institutionnel
contacter Érudit.

Pour consulter les règles de pub
ou vous abonner,
visitez notre site Internet :

www.riir.ulaval.ca

RI/IR ONLINE

RI/IR is available on line on
Érudit website at:

www.erudit.org/revue/ri

For an institutional subscription
to digitalized issues,
please contact Érudit.

Visit our website for Notes to
contributors or to subscribe:

www.riir.ulaval.ca

**RELATIONS INDUSTRIELLES
INDUSTRIAL RELATIONS**

Pavillon J.-A.-DeSève
1025, avenue des Sciences-Humaine
Bureau 3129, Université Laval
Québec (Québec) Canada G1V 0A6

TÉLÉPHONE : (418) 656-2468

COURRIEL / E-MAIL :
relat.ind@rlt.ulaval.ca

www.riir.ulaval.ca

BON DE COMMANDE / ORDER FORM / HOJA DE PEDIDO

TARIFS 2017

REVUE DE DROIT COMPARÉ
DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE
(PAPIER) ISSN 2117-4350
(E-JOURNAL) ISSN 2262-9815

COMPTRASEC - UMR 5114
Mme Sandrine Laviolette
UNIVERSITÉ DE BORDEAUX
Avenue Léon Duguit - 33608 PESSAC cedex
Tel. 33(0)5 56 84 54 74
Fax 33(0)5 56 84 85 12
Email : revue.comptrasec@u-bordeaux.fr

3 NUMÉROS PAPIERS (FRANCAIS)
1 NUMÉRO ELECTRONIQUE (ANGLAIS) } PAR AN

Nom/Name/Nombre:

Adresse/Address/Dirección:

Code postal/Zip Code/Código postal:

Ville/City/Ciudad:

Pays/Country/País:



		PRIX / PRICE / PRECIO
Abonnement Annuel Annual Subscription Suscripción anual	Revue Papier / Print Journal / Revista Impresa (3 n° en français / 3 issues in French / 3 números en francés)	105 €
	Revue électronique / E-Journal / Revista Electrónica (1 n° en anglais / 1 issue in English / 1 número en inglés)	70 €
	Pack Revues papier et électronique / Printed copies & E-journal / revistas impresa y electrónica (3 n° en français & 1 n° en anglais / 3 issues in French & 1 in English / 3 números en francés & 1 en inglés)	145 €
Prix à l'unité Unit Price Precio unitario	Revue Papier / Print Journal / Revista Impresa	40 €
	Revue électronique / E-Journal / Revista Electrónica	70 €
	Article / Journal article / Artículo	6 €
<i>Frais de port compris / Postal charges included / Gastos de envío incluidos</i>		
TVA VAT IVA	Livraison / Delivery / Entrega : 2,10% France / 1,05% DOM & Corse / 0% CEE & hors CEE	TOTAL

MODE DE RÈGLEMENT / MODE OF PAYMENT / FORMA DE PAGO

PAIEMENT EN LIGNE / ONLINE PAYMENT / PAGO EN LINEA
(Carte de crédit - Credit card - Tarjeta de crédito)

CHÈQUE / CHECK
À libeller à l'ordre de / Make out to / A la orden de
Monsieur l'Agent comptable de l'Université de Bordeaux

NB : Le paiement en ligne est à privilégier.

Online payment si preferred / El pago en linea se prefiere

Préciser ici les numéros de la Revue qui vous intéressent ou l'année à partir de laquelle vous souhaitez souscrire un abonnement / Please mention here the issues you are interested in / Por favor, especifique aqui los numeros de la revista que desea :

Pour souscrire un abonnement permanent (renouvellement annuel automatique), cocher la case ci-dessous

ABONNEMENT PERMANENT
PERMANENT SUBSCRIPTION
SUSCRIPCIÓN PERMANENTE

DATE :

SIGNATURE :



Achévé d'imprimer par
Imprimerie de l'Université de Bordeaux
16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - F 33608 PESSAC cedex

Dépôt légal : Septembre 2017

