

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**

ROCHELLE LE ROUX

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Cape Town (UCT)
Directrice de l'Institute of Development and Labour Law

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

En Afrique du Sud, le terme de « *retrenchment* » est employé familièrement pour désigner ce que les rédacteurs de la Loi n° 66 sur les relations de travail de 1995 (*Labour Relations Act* ou *LRA* ci-après) ont choisi d'appeler un « licenciement fondé sur des exigences opérationnelles »⁰¹. Le terme « licenciement économique », souvent utilisé dans ce contexte, est considéré comme une exigence opérationnelle parmi d'autres⁰².

Tous les licenciements ne sont pas interdits par la LRA, seuls le sont les licenciements abusifs⁰³. La législation relative aux licenciements, telle qu'elle figure dans la LRA, repose sur le principe que chaque licenciement comprend des aspects de fond et de forme et qu'il est possible de déterminer l'équité ou le manque d'équité pour chacun de ces aspects, indépendamment l'un de l'autre. S'il est possible de faire cette distinction dans de nombreux cas, dans la pratique, comme nous le démontrerons, il n'est cependant pas toujours possible de le faire.

La LRA identifie trois types de facteurs qui peuvent constituer des motifs de licenciement justifié : la faute professionnelle, l'incapacité et les exigences opérationnelles de l'employeur⁰⁴. Le fait de démontrer que l'une de ces raisons a motivé le licenciement satisfait généralement à l'exigence d'équité substantielle. Cependant, ce constat est plus nuancé qu'il n'y paraît au premier abord. La LRA définit une exigence opérationnelle comme une exigence fondée sur les besoins économiques, technologiques, structurels ou similaires d'un employeur⁰⁵. L'équité substantielle dépend ici du fait qu'une exigence opérationnelle, telle que définie dans la LRA, a bien motivé la décision de l'employeur de réduire les effectifs⁰⁶, mais aussi du fait de savoir si le licenciement est une conséquence justifiée de

01 Section 188(1) de la LRA.

02 R. le Roux, *Retrenchment Law in South Africa*, 2016, 2-3.

03 Section 185 de la LRA.

04 Section 186(1) de la LRA.

05 Section 213 de la LRA. Il est admis qu'un employeur peut procéder à un licenciement économique pour réaliser un bénéfice, bien que cela ne soit pas évoqué dans le présent article. Dans *Fry's Metals (Pty) Ltd v National Union of Metalworkers of SA & others* (2003) 24 ILJ 133 (LAC), la LAC a confirmé que la LRA « reconnaît . . . le droit d'un employeur de licencier pour une raison fondée sur des exigences opérationnelles sans faire aucune distinction entre les exigences opérationnelles d'une entreprise dont la survie est menacée ou celles d'une entreprise qui réalise des bénéfices et qui veut en réaliser davantage. » Cependant, lorsque les employeurs dégraissent pour réaliser un profit, ils peuvent s'attendre à un examen très rigoureux de l'équité aussi bien substantielle que procédurale du licenciement.

06 Il est assez évident qu'un *retrenchment* qui n'est pas réellement motivé par une exigence opérationnelle de l'employeur mais bien par une tentative de licencier un salarié pour une faute professionnelle, sera abusif au fond. Cela ne signifie pas que le salarié ne peut pas être licencié pour faute, mais simplement qu'on ne peut pas le faire sous le prétexte d'un *retrenchment*.

l'exigence opérationnelle invoquée. Par conséquent, la simple existence d'exigences opérationnelles au sens de la LRA ne suffit pas en soi à valider un licenciement. L'employeur doit encore prouver que c'était un choix justifié compte tenu des circonstances⁰⁷. Cela dépendra principalement du fait qu'il ait eu ou non un emploi de substitution à disposition et qu'il ait appliqué ou non des critères justes et objectifs dans le choix des salariés licenciés. Le raisonnement est le suivant : si l'employeur omet de proposer un autre poste disponible, s'il applique des critères de sélection qui ne sont pas justes ou objectifs ou s'il applique des critères justes et objectifs de manière incorrecte, alors le licenciement sera abusif au fond.

La clé de l'équité procédurale dans le cas d'une réduction d'effectifs est que le *retrenchment* ne peut être effectué qu'après avis et consultation sur un certain nombre de questions, des salariés concernés, soit par l'intermédiaire de leurs syndicats, soit directement avec eux⁰⁸. Ceci illustre toute la difficulté de la distinction entre l'équité substantielle et celle de type procédural. Le fait de ne pas organiser de consultation sur un sujet prescrit par la loi rend le licenciement abusif du point de vue procédural ; mais, indépendamment du fait qu'il ait fait l'objet d'une consultation ou non la question de l'équité substantielle demeure. Ceci implique que le licenciement prononcé par la suite peut néanmoins être substantiellement juste, même si aucune consultation n'a eu lieu, en raison des critères de sélection pour la réduction des effectifs – un sujet de consultation prescrit par la loi⁰⁹. Cependant, si la consultation est requise, il n'est pas obligatoire de parvenir à un consensus. Une fois que la consultation a eu lieu, l'employeur peut alors procéder à un licenciement en appliquant des critères justes et objectifs, qu'un consensus ait été atteint ou non.

Le fait de ne pas organiser de consultation sur les critères de sélection rendra le licenciement abusif du point de vue de la procédure. Cependant, à défaut d'accord, le fait de ne pas appliquer des critères justes et objectifs rendra le licenciement abusif au fond. Autrement dit, l'absence d'une consultation significative sur les critères de sélection n'implique pas, en soi, que les critères utilisés par la suite ne sont pas justes et objectifs et que le licenciement serait abusif au fond. Cette étrange alchimie entre équité substantielle et équité procédurale peut également être expliquée en prenant l'exemple d'un autre sujet de consultation réglementaire, à savoir les mesures appropriées pour éviter le licenciement. L'employeur qui consulte sur les moyens d'offrir au salarié visé par le projet de licenciement un poste de remplacement sauvera vraisemblablement l'équité procédurale du licenciement, même si finalement cela s'avère impossible. Au contraire, le fait de ne pas proposer un autre emploi disponible rendra le licenciement abusif au fond.

Ces principes généraux s'appliquent à tous les licenciements, quel que soit l'effectif de l'entreprise et quel que soit le nombre de salariés visés par le projet de licenciement. Cependant, en 2002, le Parlement a introduit un certain nombre de variantes procédurales dans le cas d'une réduction des effectifs à grande échelle¹⁰. Ces dispositions s'appliquent lorsqu'un employeur emploie plus de 50 salariés et envisage de licencier au moins 10 salariés. En général, la responsabilité de décider s'il a effectué une consultation significative incombe entièrement à l'employeur qui peut suspendre les consultations s'il est convaincu de les avoir accomplies, y compris en l'absence d'un consensus. Cependant, dans le cas d'une réduction des effectifs à grande échelle, l'employeur est tenu de respecter des périodes minimales de consultation avant de pouvoir procéder au licenciement. En outre, dans le cas d'une réduction des effectifs à grande échelle, les parties ont le droit de demander à un tiers d'animer la consultation.

07 *Nehawu v The Agricultural Research Council* [2000] 9 BLLR 1081 (LC) paragraphe 27.

08 R. Le Roux 31. Section 189(2) de la LRA établit la liste des sujets qui doivent faire l'objet d'une consultation. Ces sujets sont « des mesures appropriées pour éviter les licenciements, minimiser le nombre de licenciements, différer le moment des licenciements, réduire les conséquences négatives des licenciements ; la méthode de sélection des salariés licenciés ; les indemnités de licenciement ».

09 Le Roux 122.

10 Section 189A de la LRA.

Les développements qui suivent porteront sur certains aspects de l'équité substantielle du « *retrenchment* » et, ce faisant, nous examinerons respectivement deux arrêts récents de la Cour d'appel du travail (*Labour Appeal Court, LAC* ci-après) et du Tribunal du travail (*Labour Court, LC* ci-après). La première affaire (I), *Blinkwater Mills (Pty) Ltd v Kgalegi*¹¹ (*Blinkwater Mills*) illustre l'obligation pour l'employeur de démontrer non seulement l'existence d'une exigence opérationnelle mais aussi le fait qu'il n'y a pas d'autres solutions que de réduire les effectifs. *Blinkwater Mills* illustre la responsabilité de l'employeur de proposer un poste de substitution au salarié visé par le licenciement, si cela est possible. La seconde affaire (II), *SACCAWU and Others v Woolworths (Pty) Ltd*¹² (*Woolworths*), illustre la tentative ratée d'un employeur d'invoquer l'équité salariale comme motif du licenciement.

I - Exigences opérationnelles et emploi de substitution

Jusqu'ici, les tribunaux ont vu d'un très mauvais œil le fait que les employeurs aient tenté de sanctionner une faute professionnelle ou une mauvaise performance de leurs salariés en prenant le prétexte d'un licenciement économique. Cela n'est pas seulement dû au fait que les tribunaux adoptent une approche rigide et autoritaire. La distinction entre un licenciement pour faute, pour un mauvais rendement ou pour des exigences opérationnelles est une question de compétence juridictionnelle¹³. Les tribunaux du travail ne sont compétents que pour juger des affaires de « *retrenchments* » et, puisque le tribunal du travail est une création de la loi, il ne peut pas être compétent pour examiner les autres types de licenciement, à moins que cette compétence ne lui ait été spécifiquement conférée par la loi. Cependant, même dans les cas où le « *retrenchment* » n'est pas utilisé comme un prétexte, les tribunaux ont été réticents à accepter qu'une exigence opérationnelle apparente, telle qu'une restructuration par exemple, implique nécessairement une réduction des effectifs, à moins que cela ne soit confirmé par des événements ultérieurs.

Ceci est illustré par le jugement de la LAC dans l'affaire *Blinkwater Mills*. Dans cette affaire, l'employeur exploitait une entreprise composée d'un siège social et d'un certain nombre de succursales. L'employeur a décidé de centraliser le service des ressources humaines, ce qui a conduit un salarié à perdre son emploi dans la succursale où il travaillait. Le LC et la LAC n'ont pas semblé remettre en cause la nécessité de centraliser les ressources humaines, mais les deux tribunaux ont émis des réserves sérieuses sur le fait de savoir s'il était réellement nécessaire que le salarié perde son poste. Autrement dit, le poste du salarié était-il vraiment devenu redondant à la suite de l'initiative de centralisation ? L'employeur a déclaré que c'était bien le cas. Mais les éléments du dossier montraient que le travail du salarié licencié avait été réattribué à un autre salarié déjà en place, et qu'un autre travailleur avait été engagé pour gérer les fonctions restructurées depuis le siège social. Ceci a suggéré à la LAC qu'il n'y avait pas réellement de licenciement économique puisque « les tâches du poste du salarié n'étaient pas d'une nature permettant de les ajouter aux tâches d'un autre salarié sans entraîner une autre restructuration et une nouvelle nomination¹⁴ ».

Le tribunal s'est également demandé si l'employeur avait mené une consultation significative afin d'éviter le licenciement ou de rechercher un autre poste pour le salarié. A partir des éléments du dossier, il a été constaté que le salarié avait été évalué et jugé insuffisamment qualifié pour un poste exigeant des notions de comptabilité. En outre, au cours de la consultation, l'employeur avait suggéré un poste approprié mais avec un salaire inférieur, qui allait peut-être devenir vacant dans une

11 [JA67/2015] [2016] ZALAC 51 [22 novembre 2016].

12 [J3159/12, JS1177/12] [2016] ZALCJHB 126 [5 mars 2016].

13 Le Roux 17.

14 Paragraphe 27.

autre succursale¹⁵. La disponibilité du poste dépendait du résultat d'un examen médical du titulaire du poste qui avait des problèmes de santé. L'employeur a procédé au licenciement sans réexaminer cette possibilité de poste disponible, qui s'est avéré effectivement vacant par la suite. A cet égard, le tribunal a souligné l'importance pour un employeur de chercher tous les moyens possibles pour éviter le licenciement, dont celui de proposer d'autres postes lorsqu'ils se libèrent.

En mettant un terme aux consultations et en procédant au licenciement sans avoir de certitude sur le poste potentiellement disponible l'employeur a donné l'impression au tribunal qu'il n'avait pas mené la consultation de manière appropriée : « Pour qu'elle soit significative, la consultation doit être authentique et ne peut pas être un simulacre ; elle doit avoir pour but de rechercher des alternatives afin d'éviter le licenciement si cela est raisonnablement possible »¹⁶. Le fait de ne pas avoir effectué une consultation appropriée a rendu le licenciement abusif. Cet aspect du jugement illustre la frontière ténue entre l'équité substantielle et l'équité procédurale : ne pas procéder à consultation pour chercher un poste de substitution rend le licenciement abusif du point de vue de la procédure. Le fait de ne pas offrir le poste de substitution relève de l'équité substantielle, puisque le fait d'offrir le poste aurait permis d'éviter le licenciement.

Ceci soulève inévitablement la question de la position du juge lorsque l'employeur offre un poste de substitution mais avec une rémunération inférieure, bien que cela n'ait pas été abordé dans cette affaire. La question doit être abordée dans le contexte de l'indemnité de départ. En l'absence d'un accord sur l'indemnité de départ, un employeur doit payer à un salarié victime d'un « *retrenchment* » une indemnité de licenciement équivalente au moins à une semaine de salaire par année de service continu dans la même entreprise¹⁷. Cependant, un salarié qui refuse de façon déraisonnable d'accepter l'offre de l'employeur d'un poste de substitution chez cet employeur ou tout autre employeur perd son droit à une indemnité de licenciement¹⁸.

Cela pose la question de savoir quand un salarié a le droit de refuser raisonnablement un poste de substitution et, en conséquence, d'avoir droit à une indemnité de licenciement. Le fait de refuser un poste de substitution dans les conditions suivantes a été jugé raisonnable : une réduction drastique du statut, de nouvelles responsabilités au-delà des capacités du salarié, ou une relocalisation affectant la situation personnelle du travailleur. Dans *Astrapak Manufacturing Holdings (Pty) Ltd t/a East Rand Plastics v Chemical Energy Paper Printing Wood & Allied Workers Union*¹⁹, la LAC a établi une ligne directrice selon laquelle, si le salarié se voit offrir un poste de substitution avec une rémunération égale ou supérieure, il serait généralement déraisonnable de le refuser. Si la LAC a évité, dans l'affaire *Astrapak*, de se prononcer fermement, la Cour a suggéré que lorsqu'un salarié est face à un poste de substitution qui implique une baisse de salaire, on ne peut pas dire qu'il(elle) agit de façon déraisonnable en refusant ce poste de substitution.

Pour revenir aux éléments de l'affaire *Blinkwater Mills*, on peut se demander quelles auraient été les implications si l'employeur avait effectivement proposé le poste vacant au salarié, mais avec une baisse de salaire. Si l'offre avait été faite et acceptée, l'affaire aurait été réglée, et le travailleur n'aurait pas eu droit à une indemnité de licenciement. Le fait de ne pas avoir fait l'offre a rendu le licenciement abusif au fond puisqu'il existait un moyen d'éviter la rupture de contrat de travail²⁰.

15 Paragraphe 9.

16 Paragraphe 30.

17 Les indemnités de licenciement sont réglementées par la section 41 de la loi sur les conditions de base du travail, loi 75 de 1997 (BCEA).

18 Section 41(4) de la BCEA.

19 [2014] 35 ILJ 140 [LAC].

20 *Masilela v Leonard Dingler (Pty) Ltd* (2004) 25 ILJ 544 [LC] paragraphes 34-35.

Autrement dit, le fait de proposer le poste implique que le risque de non-conformité au fond est sensiblement réduit dans le cas où l'offre n'est pas acceptée. En outre, si cette offre avait été faite au cours d'un processus de consultation équitable, le risque de non-conformité procédurale aurait également été évité. Toutefois, cela ne signifie pas que l'employeur soit dégagé de l'obligation de verser une indemnité de licenciement parce que le salarié a refusé d'accepter cette offre de poste de substitution. Il ne le serait que dans le cas où l'on pourrait considérer que le salarié a refusé l'offre de façon déraisonnable. Sur la base de l'approche adoptée dans l'affaire *Astrapak*, il ne serait pas déraisonnable de refuser un poste de substitution avec un salaire réduit, et pour cette raison, le salarié aurait droit à une indemnité de licenciement.

II - Exigences opérationnelles et équité salariale

Comme nous l'avons déjà indiqué, la faute professionnelle ou l'incapacité du travailleur ne peuvent pas donner lieu à un licenciement fondé sur des exigences opérationnelles de l'employeur. Néanmoins, il est parfois difficile de faire la distinction entre les licenciements pour faute ou incapacité d'une part et ceux motivés par des exigences opérationnelles d'autre part. Par exemple, le vol est clairement une question disciplinaire. Mais lorsque le vol entraîne une perte de stock importante et finit par affecter la viabilité financière, il sera difficile de prétendre que le licenciement économique n'est pas une option légitime. Cependant, les employeurs ne peuvent pas procéder à un « *retrenchment* » uniquement parce que dans un cas donné, c'est plus facile que de suivre la procédure de licenciement pour faute ou pour incapacité. En supposant que des éléments de preuve soient disponibles, la question est de savoir si ce sont les exigences opérationnelles de l'employeur, la faute ou l'incapacité qui constituent la raison principale du licenciement²¹.

Aussi difficile que soit cette distinction, il est encore plus délicat de faire une distinction entre une exigence opérationnelle légitime et une discrimination injustifiée. Il n'est pas surprenant que le droit sud-africain accorde une grande importance à l'égalité en matière d'emploi et qu'une législation spécifique ait été adoptée dans le cadre de la loi sur l'égalité de l'emploi, ou de la loi 55 de 1998 (EEA) pour faciliter, entre autres, la promotion de l'égalité des chances et du traitement équitable sur le lieu de travail en éliminant les discriminations injustes. Bien que cette approche n'ait pas été exprimée précédemment dans ces termes, il a toujours été reconnu que cela exige une égalité de salaire pour un travail de valeur égale et qu'il n'est pas permis de faire des différences de salaire sur la base de la race, du genre, du sexe, de la situation de famille, de l'ethnie ou de l'origine sociale, ou de tout autre motif arbitraire. Cependant, en 2013, l'EEA a été amendée afin de réglementer l'égalité de salaire de manière plus explicite. La section nouvellement insérée 6(4) de l'EEA prévoit que : une différence dans les conditions d'emploi et de travail entre les salariés d'un même employeur exécutant un travail identique, sensiblement identique ou de valeur égale, directement ou indirectement basée sur un ou plusieurs des motifs indiqués dans l'alinéa (1) [c'est-à-dire les motifs indiqués ci-dessus] constitue une discrimination injuste.

Dans quelle mesure la nécessité de répondre à l'exigence légale de l'égalité de salaire peut-elle devenir une exigence opérationnelle ? La relation entre les exigences opérationnelles, l'égalité des salaires et la discrimination a été étudiée dans le jugement du tribunal du travail dans l'affaire *Woolworths*²². Plus spécifiquement, le tribunal a examiné la question de savoir si la nécessité d'assurer l'égalité des salaires peut être une exigence opérationnelle. *Woolworths*, un important détaillant de produits alimentaires et de vêtements en Afrique du Sud, employait à l'époque 16 400 salariés travaillant avec des horaires flexibles et 590 à plein temps dans les 200 magasins de la chaîne. En général, les salariés à plein temps gagnaient sensiblement plus que ceux ayant des horaires flexibles.

21 Le Roux 37.

22 [J3159/12, JS1177/12] [2016] ZALCJHB 126 [5 mars 2016].

Invoquant trois principales exigences opérationnelles, à savoir, la flexibilité, la rentabilité et l'égalité, *Woolworths* s'est lancé dans un exercice de restructuration ayant pour but de convertir aux horaires flexibles les travailleurs à plein temps. Le besoin de flexibilité n'a pas été sérieusement remis en cause, mais les travailleurs concernés ont contesté la nécessité d'aligner (et donc d'abaisser) leur salaire au niveau de celui des salariés ayant des horaires flexibles. Le raisonnement de *Woolworths* sur la rentabilité a été rejeté en raison du manque d'élément prouvant les coûts liés à l'emploi des salariés à plein temps et les économies potentielles. Le raisonnement le plus intéressant dans l'affaire *Woolworths* était lié au droit positif relatif à l'équité salariale obligeant les employeurs à remédier aux différences de salaire et aux discriminations salariales, et à la nécessité concomitante pour *Woolworths* de gérer le risque de s'exposer à des réclamations pour un salaire égal, de la part des salariés ayant des horaires flexibles.

Le tribunal du travail n'a pas été convaincu par cet argument. Le tribunal a jugé que la nouvelle législation, comme les lois générales contre les discriminations qui existaient auparavant, tenaient compte du fait que toute différenciation identifiée a une justification possible²³. Plus particulièrement, les réglementations²⁴ adoptées pour soutenir la mise en œuvre de la nouvelle législation indique, entre autres, que l'ancienneté et la durée du service peuvent justifier une différence de salaire entre des individus effectuant un travail de valeur équivalente. Puisque, dans cette affaire, les faits montraient que les travailleurs à plein temps avaient en général une ancienneté supérieure à celle des salariés ayant des horaires flexibles, il existait une justification pour continuer à leur verser un salaire plus élevé, même si les autres conditions de travail devaient être alignées sur celles des travailleurs ayant des horaires flexibles²⁵. En outre, la réglementation prévoyait spécifiquement le cas d'espèce et précisait que lorsqu'un salarié est rétrogradé suite à une restructuration de l'entreprise, il est possible de fixer son salaire au niveau le plus élevé jusqu'à ce que le salaire des travailleurs appartenant à la même catégorie de poste atteigne ce niveau²⁶.

La législation exige en outre que l'employeur élabore un plan pour remédier progressivement à toute différence injuste de salaire là où elle existe²⁷. Le sentiment implicite est donc que l'employeur dispose d'une certaine marge de manœuvre pour corriger les inégalités de salaire par des moyens progressifs, une fois qu'il a identifié l'inégalité²⁸. Cependant, même si l'on peut dire qu'une justification existait pour convertir tous les emplois à plein temps en emplois à horaire flexible avec un salaire réduit, il incombait à l'employeur, tout au long du processus, d'éviter tout licenciement dans la mesure du possible. C'est dans cet état d'esprit que le tribunal du travail a conclu que ce résultat aurait pu être atteint grâce à des mesures moins drastiques que des licenciements économiques²⁹. Les licenciements ont donc été considérés comme abusifs du point de vue du fond et de la forme, et *Woolworths* a reçu l'ordre de les réintégrer rétrospectivement à compter de la date du licenciement sans perte de salaire.

23 Paragraphe 34.

24 Voir réglementations EEA rejetées par le ministère du travail dans une note publiée dans le GN 378733 du 1er août 2014.

25 Paragraphe 40.

26 Paragraphe 42.

27 Voir s 27 de l'EEA. Voir aussi Code of Good Practice on Equal Pay/Remuneration for Work of Equal Value, publié dans la gazette GN 38837, le 1^{er} juin 2015 par le ministère du travail en termes de la section 54(1) de la loi sur l'équité de l'emploi de 1998 (Loi No 55 de 1998 telle qu'amendée).

28 Paragraphe 45.

29 Paragraphe 53.

Conclusion

L'analyse qui précède illustre la relation compliquée entre l'équité au fond et l'équité dans la forme. Bien qu'elles puissent en général être considérées comme deux facettes indépendantes, cette hypothèse ne se confirme pas toujours, en particulier dans le cas du « *retrenchment* ». On a en outre illustré ici l'obligation pour l'employeur de prouver que le licenciement est fondé sur une nécessité opérationnelle et qu'il en est la conséquence nécessaire. La recherche sur l'équité du licenciement commence par déterminer si ce « *retrenchment* » était motivé par une exigence opérationnelle de l'employeur ou non. Il n'y a pas d'exigence opérationnelle (en matière de licenciement économique) si l'employeur a besoin d'embaucher un autre salarié pour remplacer celui qui a été licencié (*Blinkwater Mills*) et il sera difficile de soutenir que l'égalité salariale, prise isolément, puisse justifier un « *retrenchment* » (*Woolworths*). Cependant, même lorsqu'on peut dire qu'il existe une réelle exigence opérationnelle, ceci ne justifie pas en soi le licenciement si cette mesure peut être évitée en proposant un poste de substitution disponible (*Blinkwater Mills*).



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.eric.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.eric.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 Lavolette
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 €
Frais de port compris / Postal charges included / Gastos de envío incluidos		
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

