

AFRIQUE DU SUD

I - Droit du travail

A – Existe t-il une obligation de négocier dans le droit sud-africain ?

La section 23(5) de la Constitution sud-africaine prévoit que tout syndicat, organisation patronale et employeur a le droit de s'engager dans une négociation collective. Cela soulève la question de savoir si la section 23(5) crée non seulement un droit mais également une obligation concomitante de négocier. Une récente décision du *Constitutional Court* a abordé cette question dans le cadre de la négociation collective dans l'armée (*SANDU v. Minister of Defence and Others*¹). Même si le *Constitutional Court* a estimé qu'il était inutile, sur les faits, de déterminer si la section 23(5) entraînait en effet une obligation constitutionnelle de négocier, elle a néanmoins fait les importantes remarques suivantes :

« Il convient de noter que si la section 23(5) instituait une obligation légale de négocier, rendue exécutoire par l'un ou l'autre, employeur ou syndicat, en dehors d'un cadre législatif réglementant ce devoir, les autorités judiciaires risqueraient d'être entraînées dans une série de controverses en matière de relations professionnelles. Ces problèmes comprendraient des questions concernant le niveau de la négociation... ; le niveau d'adhésion syndicale exigé pour engendrer l'obligation ; les thèmes de la négociation et la manière de négocier ».

La décision se positionne donc en faveur d'une approche volontariste de la négociation collective en Afrique du Sud, ce qui signifie qu'aucune obligation de négocier collectivement n'existe dans le droit du travail sud-africain.

¹ *SANDU v. Minister of Defence and Others* [2007] 9 BLLR 785 (CC).

B - Un ressortissant étranger travaillant sans permis peut-il être considéré comme un « employé », tel que le définit le *Labour Relations Act*, et par conséquent avoir droit à la protection qu'il garantit ?

Dans l'affaire *Discovery Health Limited v. CCMA and Others*², le *Labour Court* a décidé qu'un ressortissant étranger, licencié par son employeur lorsque celui-ci a découvert qu'il n'avait pas de permis de travail valide, était un « employé » selon les termes du *Labour Relations Act* (LRA) et, par conséquent, doit pouvoir jouir du droit de ne pas être licencié abusivement comme prévu par le LRA.

La Cour a reconnu que la définition d'un employé devait être interprétée au regard de la section 23(1) de la Constitution qui dispose que « toute personne a droit à des pratiques de travail équitables ». La protection contre des pratiques abusives au travail établie par la section 23(1) de la Constitution ne dépend pas de l'existence d'un contrat de travail. La protection couvre potentiellement d'autres contrats, relations et arrangements en vertu desquels une personne travaille ou fournit des services personnels à une autre. Même si le contrat conclu entre le demandeur et le défendeur était nul, le défendeur était néanmoins un « employé », tel que défini par le LRA, dans la mesure où cette définition ne dépend pas de l'existence d'un contrat de travail valide et exécutoire.

C - Une personne exerçant une activité illégale peut-elle être considérée comme un « employé », tel que le définit le *Labour Relations Act*, et par conséquent avoir droit à la protection qu'il garantit ?

Dans l'affaire n° C52/07 « *Kylie* » v. *CCMA and Others*, du 31 juillet 2008, la requérante était une prostituée ayant offert ses services contre rémunération dans un salon de massage. Elle a été licenciée par son employeur pour faute et a saisi l'organe statutaire de résolution des litiges, à savoir la Commission de conciliation, de médiation et d'arbitrage (CCMA). La CCMA a statué qu'elle n'avait pas compétence pour trancher le litige et a renvoyé la question devant le *Labour Court*. Celui-ci a jugé que la requérante ne pouvait pas faire valoir son droit de ne pas être licencié de façon abusive en vertu du LRA. Même si le *Labour Court* a reconnu que la demanderesse était une employée, selon les termes de la LRA, elle a

² *Discovery Health Limited v. CCMA and others* [2008] JOL 21626 (LC).

néanmoins rappelé le principe fondamental dans notre législation selon lequel les autorités judiciaires ne doivent pas sanctionner ou encourager l'activité illégale ; la prostitution organisée étant interdite par le *Sexual Offences Act 23* de 1957, loi sur les délits sexuels. Ce principe rend la demande d'un travailleur du sexe pour le droit au licenciement justifié, inapplicable. En tirant cette conclusion, la Cour a décidé que le *Sexual Offences Act* était une restriction justifiée du droit constitutionnel de « chacun » à des pratiques de travail équitables.

II - Équité en matière d'emploi

A - Discrimination

Dans l'affaire n° 26926/05 *Strydom v. NG Gemeente Moraleta Park*, du 28 août 2008, le *Equality Court* devait décider du caractère abusif du licenciement d'un professeur de musique homosexuel au regard du *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4*, de 2000 (loi relative à la promotion de l'égalité et à la prévention de la discrimination). Le demandeur, enseignant la musique aux étudiants de l'académie des arts de l'église, a été licencié par l'église lorsque celle-ci a découvert qu'il entretenait une relation homosexuelle. Le demandeur prétendait avoir été victime de discrimination injuste basée sur son orientation sexuelle, alors que l'église faisait valoir que son action était justifiée sur la base du principe de liberté religieuse. L'homosexualité étant considérée par l'église comme un péché capital, celle-ci a affirmé qu'en maintenant l'emploi du demandeur, elle aurait de ce fait toléré l'homosexualité.

Du fait d'une différenciation basée sur un motif préalablement énuméré (l'orientation sexuelle), il appartenait à l'église de prouver que la discrimination était juste. Le *Equality Court* a confirmé que, dans certaines circonstances, les organes religieux sont exemptés du respect de la législation interdisant la discrimination injuste (par exemple, lors de la nomination des prêtres, des candidats à l'ordination, des employés d'un séminaire ou d'une école catholique). Néanmoins, en l'espèce, le *Equality Court* a indiqué que le demandeur, enseignant seulement la musique, ne « dirigeait pas d'activités spirituelles » et que la résiliation de son contrat relevait donc d'une discrimination injuste fondée sur l'orientation sexuelle.

Des dommages et intérêts lui ont été accordés eu égard à l'atteinte portée à sa dignité, au préjudice émotionnel et psychologique, ainsi qu'au manque à gagner en termes de rémunération. L'église a également été condamnée à présenter des excuses inconditionnelles.

B - Discrimination positive

Dans l'affaire *Minister of Finance and another v van Heerden* de 2004³, première et, à ce jour, seule décision du *Constitutional Court*, concernant directement la discrimination positive, la Cour a confirmé que les mesures de discrimination positive ne sont pas contraires au droit à l'égalité, mais plutôt que de telles politiques sont nécessaires pour « favoriser l'accomplissement de l'égalité » (§30). Il en résulte que les mesures de discrimination positive, comprises dans la section 9(2) de la Constitution – autorisant des mesures de discrimination positive – n'impliquent pas de présomption d'injustice ; ce qui est généralement le cas d'une mesure discriminante fondée sur l'un des motifs illicites de discrimination. Le *Constitutional Court* a confirmé qu'il serait erroné de les considérer comme « présumées injustes » dans la mesure où elles sont inhérentes à notre compréhension de l'égalité. Cela signifie que la section 9(2) fournit un moyen de défense contre toute demande visant à considérer comme injustes les mesures de discrimination positive. La seule condition pour obtenir gain de cause dans cette défense est de démontrer le respect des conditions internes prévues à la section 9(2). Les trois conditions internes sont, tout d'abord, que la mesure vise les personnes ou catégories de personnes qui ont été défavorisées par une discrimination injuste ; d'autre part, que la mesure soit conçue de manière à protéger ou promouvoir ces personnes ou catégories de personnes ; et enfin, que la mesure aboutisse à la réalisation de l'égalité.

Dans l'affaire *Gordon v. Department of Health*, du 17 septembre 2008⁴, le *Supreme Court of Appeal* a confirmé que l'exigence de mesures « conçues » de discrimination positive signifie qu'une nomination *ad hoc* d'une personne en l'absence d'un plan de discrimination positive, d'une politique ou d'un programme expressément défini est en soi arbitraire et donc injuste.

³ *Minister of Finance and another v. van Heerden* 2004 (11) BCLR 1125 (CC).

⁴ *Gordon v. Department of Health* (337/2007) [2008] ZASCA 99, 17 septembre 2008.

III - Sécurité sociale

A - Propositions de réforme de la Sécurité sociale

Le système de Sécurité sociale sud-africain est remarquablement complet pour un pays en voie de développement à revenu moyen. Cependant, le système orienté en grande partie vers les emplois formels (en particulier en ce qui concerne le régime de la Sécurité sociale et de la retraite) exclut un grand nombre de travailleurs et adopte une approche catégorique subordonnée à un contrôle de ressources, en ce qui concerne l'aide sociale. Le système actuel du régime de retraite en Afrique du Sud souffre en particulier d'une grave fracture. Il en résulte qu'au final, plus des deux tiers des sud-africains atteignent l'âge de la retraite sans pension de retraite et dépendent principalement de l'aide sociale aux personnes âgées. Le Gouvernement a récemment introduit un certain nombre de propositions de réforme de la retraite⁵ qui présentent un système multi piliers se composant, entre autres, de la participation obligatoire au système national de Sécurité sociale, jusqu'à un seuil convenu de revenus, fournissant la pension de base de retraite, les indemnités minimum de chômage, de décès et d'invalidité. La mise en œuvre de ces réformes (prévue, au plus tôt, pour 2010) devrait renforcer de manière significative les principes fondamentaux d'équité, de mutualisation des risques, de participation obligatoire et de solidarité.

B - Développements dans le secteur de l'aide sociale

Dans son dernier exposé budgétaire, le *Minister of Social Development* a annoncé des changements de critères d'éligibilité concernant deux aides à vocation sociale, à savoir les allocations pour les enfants et celles pour les personnes âgées.

En ce qui concerne la première aide mentionnée, à partir du 1^{er} janvier 2009, l'aide devrait être attribuée aux enfants de moins de 15 ans ; au lieu de 14 ans⁶.

⁵ Voir *National Treasury*, « Social security and Retirement Reform: Second Discussion Paper », 2007.

⁶ Voir « Regulations relating to the application for and payment of social assistance and the requirements or conditions in respect of eligibility for social assistance », Government Notice R898, *Government Gazette* 31356, 22 août 2008.

En ce qui concerne l'aide aux personnes âgées (ou la pension vieillesse d'État), la différence d'âge entre les hommes et les femmes devrait progressivement être supprimée. Jusqu'à récemment, les femmes devenaient éligibles à la pension de retraite dès l'âge de 60 ans, tandis que les hommes ne l'étaient qu'à l'âge de 65 ans. Le *Social Assistance Amendment Act 6* de 2008 a récemment modifié le *Social Assistance Act 13* de 2004 (loi générale d'aide sociale), qui prévoit désormais que l'âge d'attribution de la retraite pour les hommes sera réduit de 65 à 63 ans cette année (2008), à 61 en 2009 et à 60 en 2010 ; ramenant ainsi l'âge d'éligibilité pour les hommes à égalité avec celui des femmes.

Ockert Dupper

Faculté de droit, Université de Stellenbosch