

Sergio Gamonal C.
Professeur de Droit du Travail
Faculté de droit, Université Adolfo Ibáñez

**Tendances du droit du travail chilien
depuis le retour à la démocratie : 1990-2009**

Abstract

To analyse the main tendencies of the Chilean labour law since the return to democracy, a schematic vision of its lineaments until 1990, thereafter of the questions numerous amendments which occurred – both in individual right and collective – is offered here. The balance sheet is not completely encouraging; although amendments brought into the contract of employment have been very favourable for the workers, there remains hanging the reform of the collective right which « regulationism » restricts seriously the trade union freedom. On the other hand, the Supreme Court interprets the norms of labour law with civil and neo-liberal keys; what, jointly in the lack of social dialogue, shapes an ambivalent situation that the Chilean society will have to solve in the next years.

Résumé

Afin d'analyser les principales tendances du droit chilien du travail depuis le retour à la démocratie, une vision schématique de ses lignes directrices jusqu'en 1990, puis des nombreux amendements qui se sont produits – tant dans le droit individuel que collectif – est ici proposé. Le bilan n'est pas tout à fait encourageant ; bien que les amendements apportés au contrat de travail aient été très avantageux pour les travailleurs, la réforme du droit collectif reste pendante et son réglementarisme limite fortement la liberté syndicale. Par ailleurs, la Cour Suprême interprète les normes du droit du travail avec des clés civilistes et néolibérales ; ce qui, conjointement au manque de dialogue social, façonne une situation ambivalente que la société chilienne devra résoudre dans les années à venir.

C'est une vision synthétique de l'évolution du droit du travail du Chili depuis le retour à la démocratie en mars 1990 qui est proposée au sein de cette étude. Depuis cette date, de nombreuses modifications de la législation du travail chilien sont intervenues. D'une part, le législateur a renforcé la protection du travailleur individuel nuançant ainsi la souplesse imposée par la dictature militaire. D'autre part, il a maintenu la législation de contrôle de la liberté syndicale sans les amendements qui permettraient une meilleure couverture de la négociation collective. En outre, le législateur a renforcé la protection des droits fondamentaux et a institué une nouvelle procédure judiciaire en droit du travail, à caractère oral, réduisant de manière significative les délais procéduraux. Par conséquent, dans un bilan préliminaire, les modifications législatives sont favorables, même si l'absence de négociation collective nuit à la légitimité de l'ensemble du droit du travail au Chili. Pour autant, l'analyse des droits ne peut se limiter à la lettre de la loi, mais doit aussi porter sur son application. Pour cette raison, nous exposerons brièvement les principales tendances de la jurisprudence de la Cour Suprême du Chili, en particulier à partir de l'année 2000, caractérisée par un grave recul de la protection du travailleur.

I - Le droit du travail chilien jusqu'en 1989 : concepts généraux

Le premier Code du travail du Chili¹ de 1931, a consacré une forte intervention de l'État dans la relation de travail, constituant une avancée remarquable dans la mesure où il a contrôlé de manière organique et complète tout le droit individuel et collectif, les procédures légales ainsi que

¹ Il convient de souligner que les premières lois du travail chiliennes sont les suivantes : loi sur le logement des ouvriers de 1906, le repos dominical de 1907, l'indemnisation des accidents du travail de 1916, les crèches en 1917, la caisse de retraite des « *Ferrocarriles del Estado* » (chemins de fer d'État) de 1918 et le crédit populaire de 1920. Postérieurement, le 8 septembre 1924, le Congrès approuvait diverses lois suivantes relatives : au contrat de travail n° 4.053 ; à l'assurance obligatoire n° 4.054 ; aux accidents du travail n° 4.055 ; aux tribunaux de conciliation et d'arbitrage n° 4.056 ; à l'organisation syndicale n° 4.057 ; aux sociétés coopératives n° 4.058 et au contrat des « *Empleados Particulares* » (employés particuliers) n° 4.059. Le premier Code du travail a été publié le 13 mai 1931 par *Decreto con Fuerza de Ley* (décret ayant force de loi) n° 178. Il a fusionné les lois mentionnées ci-dessus et a réalisé diverses corrections.

les juridictions chargées des affaires du travail². Ce Code a gardé sa structure de base jusqu'au 15 juin 1978, malgré les nombreux changements introduits au cours de son existence.

Depuis 1978, le nouveau régime de travail, seulement en partie en vigueur actuellement, démarre avec les *decretos leyes* (décrets ayant force de lois) suivants : n° 2200 de 1978 sur le contrat de travail et les relations de travail entre les employeurs et les employés, n° 2756 de 1979 sur les syndicats et n° 2758 sur la négociation collective, de la même année ; les deux derniers correspondant au dénommé « Plan laboral » de la dictature militaire. Suivent deux grandes lois du travail, respectivement les lois n° 18.018 de 1981 et n° 18.372 de 1984. Enfin, ces *decretos leyes* et lois ont été recueillis dans le Code du travail de 1987 ; lequel a été basé sur un concept complètement différent de son prédécesseur – ce qui permet une déréglementation importante, donnant plus d'espace à l'autonomie individuelle et fixant des limites importantes à l'autonomie collective³.

Selon ses auteurs, le *Plan laboral* demandait la réalisation de certains objectifs en matière de droit collectif du travail⁴, à savoir : a) la pleine liberté syndicale, entendue comme la possibilité de former des syndicats et de s'y affilier ; b) le renforcement de la démocratie syndicale ; c) le pouvoir de centrer la négociation collective dans l'entreprise ; d) l'obtention de la soumission de la grève à la discipline du marché afin d'empêcher le monopole des postes de travail ; e) la non intervention de l'État dans la vie syndicale et dans la négociation collective. Pour les gestionnaires de ce Plan, ayant une vision tout à fait néo-libérale, la négociation collective devait être limitée à un moyen par lequel un groupe de travailleurs négocie son salaire avec l'employeur sur la base de la valeur de leurs contributions à la société. En effet, la négociation collective ne pouvait pas être à leurs yeux un mécanisme de redistribution de la richesse d'un pays ; situation qui ne produirait que des effets négatifs sur l'économie par la mise en place de frais excédant les niveaux de productivité⁵. Ainsi, la négociation collective devait assurer l'équivalence entre les salaires et la productivité. Elle devait, par

² Rapport Relasur, *Las relaciones laborales en Chile*, Madrid, Ministère du Travail et des Relations sociales, 1994, p. 27.

³ Rapport Relasur, *op. cit.*, p. 27.

⁴ J. Piñera, *La Revolución Laboral en Chile*, Santiago, Zig-Zag, 1990, pp. 33-34.

⁵ J. Piñera, *op. cit.*, p. 106.

conséquent, n'avoir lieu qu'entre l'employeur et ses employés ; la loi envisageant même une issue en cas de désaccord⁶. La grève, dans ce contexte, se limitait à être un outil des travailleurs afin de démontrer leur rôle, en équipe, dans la productivité des entreprises⁷ et, pour cette raison, le recrutement de travailleurs remplaçants pendant la grève a été autorisé (et l'est toujours).

En résumé, le *decreto ley* n° 2.200 et le *Plan laboral* conduiront à une réduction de la protection des travailleurs dans le droit du travail chilien, en assouplissant les règles du droit individuel du travail, en restreignant l'autonomie collective et en contrôlant le modèle syndical. En définitive, il s'est agi de la consécration d'une structure de relations de travail axée sur la dimension individuelle⁸.

Avec le retour à la démocratie, de 1990 à nos jours, ont été promulguées diverses lois modifiant ponctuellement pour certaines ou substantiellement pour d'autres le droit du travail chilien. Nous nous consacrerons à leur étude dans les paragraphes suivants.

II - Tendances législatives depuis le retour à la démocratie : brève expérience de concertation sociale

Nous devons souligner qu'une part importante de la stabilité sociale et politique depuis 1990 est due à quatre accords nationaux entre le Gouvernement démocratique et les représentants des travailleurs et des employeurs. En effet, au Chili, la concertation sociale ne s'est pas produite en raison d'une « crise économique », à l'instar de certaines expériences européennes ; ce qui signifie qu'il ne s'est pas traduit par « un état plus avancé d'institutionnalisation des relations de travail », mais seulement par un ensemble d'accords sociaux nécessaires à la transition politique et à la reconstruction de la démocratie depuis 1990⁹. Par conséquent, la concertation sociale a été décrite comme un « processus conduit

⁶ J. Piñera, *op. cit.*, p. 107.

⁷ J. Piñera, *op. cit.*, p. 110.

⁸ F. Tapia Guerrero, *La Flexibilidad en el Derecho del Trabajo Chileno*, in *Experiencias de Flexibilidad Normativa*, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1992, pp. 65-66.

⁹ Rapport Relasur, *op. cit.*, p. 151.

principalement par l'État, donnant lieu à des accords périodiques sur les questions économiques et sociales, à caractère formel non institutionnalisé, auquel on donne une valeur politique et économique en raison de son incidence dans la relation à l'intérieur du système politique et du succès d'importantes variables économiques »¹⁰.

Une des premières tâches du premier Gouvernement de la Concertation (1990-1994) fut de parvenir à des accords sociaux nationaux qui engendrent un climat de coopération et de compréhension entre les travailleurs et les employeurs¹¹. Dans ce contexte, un *Acuerdo Marco* (Accord-Cadre) a été signé en avril 1990 entre le Gouvernement, les travailleurs et les employeurs sur les grands défis auxquels le pays faisait face, ainsi qu'en ce qui concerne une série de mesures immédiates relatives au réajustement du revenu minimum, des prestations familiales et des allocations minimales¹². En 1991, a été signé le *II Acuerdo Nacional* (Accord National II) et en 1992 le *III Acuerdo Nacional* (Accord National III). Ce dernier a créé une instance permanente tripartite d'analyse de sujets divers, tels que l'éducation par le travail, la santé au travail, le chômage et la réinsertion professionnelle, l'application des normes de travail ainsi que la «reconversion productive »¹³. Ultérieurement, en 1993, a été signé le *IV Acuerdo Nacional*.

Avec la consolidation de la démocratie, ces accords ont perdu une partie de leur raison d'être. Comme nous l'expliquerons, ils ne sont pas apparus, comme dans le cas européen, suite à une crise de l'économie, mais comme un élément permettant l'accord entre les travailleurs et les employeurs et apportant une stabilité à la démocratie chilienne ; il s'agissait alors d'éviter les conflits. Aujourd'hui, le système démocratique est consolidé et, de manière non systématique, le Gouvernement consulte, sur certains projets de loi¹⁴, les employeurs et les travailleurs séparément.

Ces dernières années, les représentants patronaux n'ont pas souhaité prendre part aux évaluations tripartites des réformes de travail introduites depuis 1990. Par ailleurs, aucun système de concertation sociale n'a pu être

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ R. Cortázar Sanz, *Política Laboral en el Chile Democrático*, Santiago, Dolmen, 1993, p. 39.

¹² R. Cortázar Sanz, *op. cit.*, pp. 40-41.

¹³ R. Cortázar Sanz, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴ Comme dans le cas du projet de loi sur le revenu minimum.

élaboré récemment. En mai 2009, en raison de la crise économique mondiale, le Gouvernement de la Présidente Michelle Bachelet a adopté, avec l'accord des confédérations d'employeurs et de travailleurs, une série de mesures en faveur de l'emploi visant à subventionner l'embauche des travailleurs les plus précaires.

Il convient de noter que, même si la concertation sociale du système chilien des relations de travail semble épuisée, il ne serait pas surprenant que, dans l'avenir, de nouvelles expériences surgissent dans ce domaine. Afin d'effectuer notre analyse des tendances de la législation, nous ferons un examen du droit individuel et du droit collectif du travail, des droits fondamentaux et de la procédure judiciaire en matière de droit du travail.

A - Droit individuel du travail

Depuis le retour à la démocratie en 1990, les amendements législatifs en matière de droit du travail ont été nombreux¹⁵ ; nous ne mentionnerons que les plus importants. Les lois n° 19 010 sur le terme du contrat et n° 19 250 sur diverses modifications au Code de travail de 1987, compilées en 1994, constituent l'actuel Code du travail¹⁶, avec de nombreux amendements ultérieurs.

Dans l'idéologie des premiers gouvernements démocratiques qui ont commencé à modifier les lois du travail du Gouvernement militaire, on recherchait l'équité, la participation et l'autonomie sociale ainsi que l'efficacité pour le développement¹⁷. Le principe d'équité dans les normes du travail était une condition préalable à la légitimité sociale de ceux-ci et à leur stabilité dans le temps. L'autonomie et la participation sociale étaient exprimées dans la structuration de canaux de participation fluides pour les différents secteurs, de telle sorte que ce soit les employeurs et les travailleurs qui décident de leur relation de travail par le biais de contacts directs. Enfin,

¹⁵ Pour une vision globale des amendements législatifs des dernières années au Chili, cf. « Chili », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRASEC, Bordeaux, 2008, pp. 267-269 ; 2007, pp. 247-250 ; 2006, pp. 234-237 ; 2005, pp. 248-251 ; 2004, pp. 251-254 ; 2003, pp. 192-196 ; et 2002, pp. 260-264.

¹⁶ Décret ayant force de loi n° 1, publié le 24 janvier 1994.

¹⁷ R. Cortázar Sanz, *op. cit.*, p. 44.

il s'agissait de faire en sorte que les lois du travail contribuent efficacement au développement du pays¹⁸.

Les premiers amendements ont été négociés avec l'opposition de droite, et beaucoup se sont révélés totalement insuffisants. Néanmoins malgré ces amendements, le Code de 1994 a été critiqué et accusé par certains de maintenir « dans son essence » le *Plan Laboral*. Pour d'autres, les changements étaient d'envergure suffisante de sorte que le *Plan laboral* ne pouvait pas être considéré comme toujours en vigueur en tant que tel¹⁹. En outre, la loi n° 19 759 constitue un amendement fondamental intervenu en 2001. Cette loi a consacré plusieurs réformes importantes en ce qui concerne le temps de travail. Dans ce contexte, la journée de travail ordinaire est écourtée, de sorte qu'à compter de 2005 la durée hebdomadaire de travail est de 45 heures, la répartition et la charge de travail sont réduites et les temps de repos augmentés en prenant en considération la possibilité de systèmes exceptionnels de répartition de temps de pause au cours de la journée de travail. Par ailleurs, la limitation des heures supplémentaires est fortement recommandée ; celles-ci devant revêtir, comme leur nom l'indique, un caractère extraordinaire. En outre, cette réforme élargit le champ d'application de la législation du travail en ce qui concerne le travail à domicile et la reconnaissance explicite du télétravail. De plus, le contrat à temps partiel est dès lors expressément réglementé ; ce qui – bien que n'étant

¹⁸ R. Cortázar Sanz, *op. cit.*, p. 44 et s.

¹⁹ R. Cortázar Sanz indique, entre autres amendements fondamentaux, les suivants : la modification de quelques normes sur la journée de travail et les temps de repos ; l'établissement du repos dominical pour les travailleurs du commerce ; la création d'une rémunération minimale pour les travailleurs de plus de 65 ans ; l'interdiction des discriminations encourues par les travailleurs payés à la journée ; l'élimination de la possibilité de déduire les frais de déplacement afin de se prémunir contre le paiement des gratifications ; l'élargissement de la responsabilité subsidiaire aux sous-traitants ; l'amélioration de la garantie du droit aux congés annuels ; l'élimination des discriminations existantes entre ceux qui travaillent du lundi au vendredi et ceux qui travaillent du lundi au samedi ; l'extension du principe de congé progressif ; la création de nouvelles autorisations de travail ; la réduction des délais d'actes du contrat ; l'exigence de justification de tout licenciement, sauf exceptions ; l'augmentation des indemnités de licenciement de 150 à 330 jours ; la création d'une compensation à tout événement pour les travailleurs à domicile ; le renforcement des règles concernant les privilèges ; l'établissement des sanctions pour les déclarations frauduleuses ; l'amélioration du système d'amendes ; la modification des règles procédurales, etc. Cf. R. Cortázar Sanz, *op. cit.*, p. 102 et s.).

pas du tout nécessaire dans la mesure où il était reconnu par la jurisprudence depuis plusieurs années – présente néanmoins l’avantage de rendre spécifiquement applicable à ces travailleurs la protection légale du contrat à durée indéterminée à temps plein. Enfin, la polyvalence du salarié est également expressément autorisée, lequel peut alors être engagé pour deux ou plusieurs fonctions spécifiques, alternatives ou complémentaires. Ces modifications – partie intégrante des changements productifs de la nouvelle économie – devraient être considérées comme un pas en avant dans la reconnaissance des évolutions les plus récentes, sans pour autant retirer toute protection au travailleur.

Concernant la rupture du contrat de travail, la réforme de la loi n° 19 759 introduit plusieurs amendements sur les motifs et les montants des compensations. Quant aux indemnités de fin de contrat, leurs montants ont été augmenté en cas de licenciement injustifié, illicite ou abusif ; il en est ainsi dès lors qu’aucun motif n’est invoqué, lorsqu’il est question d’un licenciement indirect voire d’un « *autolicenciamiento* », ou encore dans les hypothèses où l’employeur ne verse pas les indemnités.

Par ailleurs, la règle de « *sobre simulación* » (sursimulation) est perfectionnée en ayant recours à l’engagement de travailleurs par le biais de tiers ; ce qui sous-entend en outre la notion de subterfuge afin de dissimuler, déguiser ou altérer l’individualisation ou le patrimoine de l’employeur. Cette disposition a pour objet de mettre fin à certains abus qui ont été fondés sur la formulation actuelle de l’avant-dernier alinéa de l’article 3 du Code du travail chilien qui se réfère à la notion d’entreprise ainsi qu’à « l’individualité légale déterminée »²⁰.

En ce qui concerne les amendes, elles ont sensiblement augmenté, compte tenu de la possibilité, dans les petites entreprises²¹, de les remplacer par l’obligation pour l’employeur de participer à des programmes de formation dispensés par la *Dirección del Trabajo* (Direction du Travail).

²⁰ Il convient de préciser que le syndicalisme chilien s’organise et agit au niveau de l’entreprise. Pour cette raison, quelques employeurs divisent artificiellement leurs entreprises en différentes identités légales ou personnes morales pour ainsi limiter fortement l’action syndicale. Cette réforme a cherché à freiner cet abus, mais sans grand résultat.

²¹ Il s’agit des entreprises de moins de 10 salariés.

Cette peine de substitution constitue une norme de développement, d'éducation et de promotion majeure.

Enfin, au-delà de ce bref aperçu des principaux amendements apportés au droit individuel, il convient également de mentionner l'ajout d'un article 183 bis, qui vise à promouvoir la formation des travailleurs de moins de 24 ans, afin de favoriser l'insertion professionnelle des jeunes. Ces réformes constituent une percée majeure dans la consécration de relations de travail équitables, en prenant des mesures qui permettent la consolidation du système et améliorent le cadre juridique minimum au sein duquel les individus doivent agir sur le marché.

En matière de sous-traitance et de mise à disposition de travailleurs, la loi n° 20 123 de 2006²² a perfectionné la réglementation en vigueur sur l'externalisation et – sur la mise à disposition ou le transfert de salariés – a réglementé pour la première fois cette situation dans le Code du travail chilien. La loi définit les acteurs du système de mise à disposition, à savoir la *Empresa de servicios transitorios* (EST)²³, la *Empresa usuaria* (EU)²⁴ et le *Trabajador de servicios transitorios*²⁵. Outre les motifs et les délais de mise à disposition, cette réglementation prévoit un système d'enregistrement des EST et de garantie des droits des travailleurs. Elle prend par ailleurs la précaution de transférer l'hygiène et la sécurité des travailleurs à la EU.

Comme nous l'avons précédemment spécifié, seule une analyse des amendements les plus importants de l'actuel Code du travail chilien est proposée. Bien évidemment, d'autres réformes, plus ponctuelles bien qu'importantes, ont été menées concernant la rémunération, le salaire minimum, le paiement des jours fériés et des dimanches travaillés, le repos hebdomadaire, la journée de travail, le droit aux crèches, le droit à l'alimentation pour les nouveau-nés, le contrat de catégories spécifiques de travailleurs tels que les employés des arts et du spectacle, le personnel des équipages de vol, les athlètes... Un bilan préliminaire de ces réformes est plus qu'encourageant. Le droit individuel du travail chilien a été modernisé et a tenté d'équilibrer la protection du travailleur avec un niveau de

²² Cette loi est entrée en vigueur en janvier 2007.

²³ L'entreprise de travail temporaire.

²⁴ L'entreprise utilisatrice.

²⁵ Le travailleur temporaire.

flexibilité très important souhaité par les employeurs et les défenseurs du système néolibéral.

B - Droit collectif du travail

Au début des années quatre-vingt-dix, les lois n° 19 049 sur les *centrales sindicales* (sections syndicales) et n° 19 069 sur les organisations syndicales et la négociation collective ont été approuvées. Elles représentent des amendements mineurs au *Plan Laboral* du Gouvernement militaire. Pour la première fois, les sections syndicales étaient reconnues et réglementées, les buts et les objectifs de la négociation collective élargis. Ces dispositions ont également réduit le quorum pour former des syndicats ; elles ont étendu la possibilité de constituer des syndicats aux travailleurs temporaires ; elles ont accru les sujets de négociation ; elles ont permis la négociation de branche ou de secteur²⁶ ; enfin, elles ont supprimé le délai maximum de 60 jours de grève²⁷ et établi de nouvelles règles sur le remplacement et la reprise du travail, de façon individuelle, des travailleurs grévistes. Néanmoins, ces législations se sont avérées nettement insuffisantes²⁸ jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 19 759 de 2001, déjà commentée dans le paragraphe précédent ; laquelle a institué de nouvelles réformes dans le droit collectif du travail. Ses objectifs généraux visaient à perfectionner les règles sur les syndicats et les pratiques déloyales en vue d'améliorer le respect des droits fondamentaux, à incorporer de nouvelles formes de contrats et à augmenter la protection des travailleurs saisonniers²⁹. Le but était alors d'accorder un rôle prépondérant à la création de mécanismes de dialogue au sein de l'entreprise³⁰. Malheureusement, l'ensemble de ces objectifs n'a pas été atteint avec la nouvelle loi.

²⁶ Sans mettre en place toutefois les mécanismes qui, dans la pratique, permettent de négocier effectivement à ce niveau.

²⁷ Délai à la suite duquel la législation néo-libérale avait clairement compris que les travailleurs renonçaient à maintenir la grève...

²⁸ Pour une vision de l'état du système de négociation au Chili, Cf. Sergio Gamonal C., « La négociation collective dans le secteur public au Chili », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRASEC, Bordeaux, 2000, pp. 31-44.

²⁹ « Rapport de la *Comisión de Trabajo y Previsión Social* », *Diario de Sesiones del Senado, de la Sesión 32ª, ordinaria*, 3 avril 2001, p. 3903.

³⁰ « Rapport de la *Comisión de Trabajo y Seguridad Social* », *Boletín de Sesiones de la H. Cámara, de la Sesión 32ª, ordinaria*, 4 septembre 2001, p. 63.

Pour une analyse adéquate du système syndical chilien (extrêmement réglementé), il est nécessaire de faire la distinction entre la liberté syndicale processuelle et substantive³¹. La liberté syndicale processuelle porte sur les procédures et les démarches à suivre dans la constitution comme dans la vie du syndicat, à la différence de la liberté substantive qui correspond aux droits fondamentaux des travailleurs et des syndicats, une fois constitués. La première est fonctionnelle dans la mesure où elle consiste, souvent, en la protection de l'accomplissement fidèle des droits syndicaux. Cependant, une liberté syndicale qui serait excessivement procédurière, peut constituer un sérieux obstacle au développement de cette dernière, dans une perspective de fond. Ainsi, dans les systèmes qui contrôlent la liberté syndicale ou ceux dans lesquels l'engagement est plus sémantique, la liberté syndicale ne peut être que tournée vers la procédure ; ce qui signifie la pleine négation du principe, dans la mesure où sa consécration est seulement formelle.

Nous devons signaler que le système chilien des relations professionnelles a été caractérisé comme un système typiquement réglementariste, au sein duquel la protection légale du travailleur se fait par le biais de politiques publiques qui réglementent le contenu du contrat du travail ; sans que les parties puissent modifier leurs dispositions, sauf à créer de meilleures conditions pour l'employé. Dans ce système, le droit collectif, au lieu d'être un complément de la tutelle publique est complètement limité et contrôlé par les règles imposées par l'État. Tant l'action des acteurs sociaux, que leur autonomie et les formes d'interrelation sont soumis à la volonté du législateur. Il convient dès lors d'opérer une distinction entre un réglementarisme organique et un autre fonctionnel ; comme cela ressort de l'organisation du syndicat ou de son action collective.

En premier lieu, la réforme du travail inscrite dans la loi n° 19 759 était destinée à rechercher une plus ample reconnaissance de la liberté syndicale, mais celle-ci n'est pas parvenue à dépasser les exigences de la réglementation organique. En effet, en termes de liberté syndicale individuelle, un certain nombre d'amendements ont été adoptés : d'une part, l'existence des syndicats non explicitement visés par le Code est reconnue ;

³¹ S. Gamonal C., *Derecho Colectivo del Trabajo*, Santiago, LexisNexis, 2002, pp. 68-69.

d'autre part un *fuero* transitoire³² est accordé aux membres créateurs d'un syndicat. En outre, la formation de syndicats d'entreprise est facilitée et encouragée et la notion de subterfuge, en ce qui concerne la notion d'entreprise, est précisée, en vue d'empêcher les divisions d'entreprise à caractère frauduleux dans le but de limiter l'action des syndicats. S'agissant de la liberté syndicale collective de réglementation et de représentation, des amendements méritent également d'être mentionnés : l'extension de la compétence du syndicat ; l'élargissement du choix des délégués syndicaux ; la déréglementation des assemblées syndicales ; la consécration de la liberté d'opinion et du droit de vote des membres ainsi que leur protection par les statuts de l'organisation³³ ; la déréglementation des procédures électorales³⁴ ; et enfin, la prédominance de l'autonomie collective s'agissant de la détermination du nombre de dirigeants syndicaux et de leurs besoins³⁵. D'ailleurs, en ce qui concerne la liberté collective de suspension et de dissolution, les motifs acceptés afin de dissoudre les syndicats sont limités. S'agissant de la liberté collective d'action du syndicat et de la fédération, la fusion de syndicat est réglementée et le quorum pour la formation des syndicats est diminué. De plus, la collecte des cotisations syndicales est facilitée ; la gestion patrimoniale des fédérations et des confédérations est libéralisée. En outre, la législation permettant l'intervention excessive de la Direction du Travail dans la vie du syndicat est abrogée. Enfin, les finalités des fédérations et confédérations sont étendues. L'ensemble des changements effectués est important et dirigé vers le dépassement de la réglementation organique caractéristique dans notre législation syndicale, en améliorant la consécration de la liberté syndicale sur le plan juridique.

En second lieu, comme indiqué précédemment, le réglementarisme fonctionnel découle de l'action collective du syndicat ; ce que notre législation a souligné négativement. En effet, le grand nombre de procédures et de formalités, configure une liberté syndicale procédurière qui, dans les faits, rend la liberté syndicale de fond lettre morte et limite grandement l'action collective du syndicat.

³² Il s'agit d'une mesure de stabilité dans l'emploi, contre le licenciement. De plus, le *fuero* a lieu – entre autres cas – notamment lors de la formation ou de la création d'un syndicat et ne dure qu'un mois.

³³ La loi prévoit que les statuts garantissent aux membres l'accès à l'information et à la documentation.

³⁴ La présentation de la candidature est libéralisée.

³⁵ La durée du mandat des directeurs est néanmoins limitée à quatre ans.

Afin de clarifier notre analyse, une présentation des règles relatives à la liberté collective dans l'action syndicale distinguant la négociation collective, le recrutement collectif et la grève est nécessaire. Tout d'abord, en matière de négociation collective, la loi n° 19 759 prévoit l'extension du « *fuero* » transitoire des travailleurs qui négocient collectivement, la mise en œuvre de normes minimales en matière de représentation dans les négociations informelles, l'extension et la précision du droit d'information des travailleurs. Cette législation envisage également l'autorisation de l'avis d'un dirigeant de fédération ou de confédération dans la négociation³⁶ ainsi que l'élargissement des pouvoirs de la Direction du Travail dans les réclamations des travailleurs en négociation. Ensuite, concernant le recrutement collectif, ces dispositions législatives d'une part, clarifient et renforcent le pouvoir d'extension du contrat collectif par l'employeur sur le lieu de travail et d'autre part, limitent à quatre ans la validité des conventions collectives. Enfin, s'agissant du droit de grève, est offerte la possibilité de demander l'intervention de l'inspecteur du travail, une fois la grève acceptée. Par ailleurs, le recrutement de remplaçants des travailleurs grévistes est limité. Ainsi, ces nouvelles dispositions renforcent et favorisent grandement la négociation collective. Pour autant, l'excès de réglementarisme est maintenu et même renforcé par les amendements, en partie en raison de la faiblesse des syndicats au Chili et des nombreuses restrictions au droit de grève. Les progrès du mode de réglementation organique ne se combinent pas en parallèle avec le mode fonctionnel. L'action syndicale se poursuit tout en étant fréquemment restreinte ; les règles de promotion et de développement s'intercalant avec des principes limitant la liberté syndicale.

Ce mode de réglementation comporte le risque de l'émergence de « l'informalité collective » dans le secteur privé – phénomène déjà bien établi dans le secteur public au Chili – selon lequel le droit collectif est informel, mais bien plus développé par une solide organisation de travailleurs. En ce qui concerne l'informalité dans le secteur privé, les statistiques sur l'augmentation de la grève illégale ne sont pas du tout encourageantes³⁷. Il est indéniable que tant que le législateur fera obstacle à l'action syndicale et continuera à restreindre la liberté d'association, le

³⁶ C'est également le cas s'agissant de syndicats interentreprises.

³⁷ À ce sujet, cf. R. Aguila et A. J. Armstrong V., « Las Huelgas en Empresas del Sector Privado en Chile : 1979-1999 », *Revue Abante*, vol. 3, n° 2, octobre 2000.

développement du secteur informel sera facilité, aggravé par le manque de mécanismes adaptés à la résolution des conflits.

C - Les droits fondamentaux³⁸

Au cours des dernières années, au sein du droit du travail chilien, il est apparu pertinent de protéger le travailleur en tant que citoyen détenteur de droits de l'homme : respect de la vie privée, liberté d'expression, liberté de conscience, inviolabilité des communications privées, etc.³⁹. La doctrine, la jurisprudence ainsi que le législateur ont de ce fait accepté avec enthousiasme l'application horizontale des droits fondamentaux comme limites aux pouvoirs de l'employeur⁴⁰. Ainsi, en droit chilien, s'est principalement par le biais de la jurisprudence de la Direction du Travail que s'est développée la citoyenneté dans l'entreprise⁴¹. Par la suite, et à compter de 2001, le législateur a apporté plusieurs modifications au Code du travail consacrant les apports de la jurisprudence administrative. La loi n° 19 759 précise à l'article 5 du Code du travail que les pouvoirs reconnus à l'employeur ont comme limite les garanties constitutionnelles (les droits de l'homme) des travailleurs portant pour l'essentiel sur le respect de l'intimité, la vie privée et la dignité.

Nous devons par ailleurs spécifier, s'agissant de la portée de cet article qu'il est ici question des « prérogatives de l'employeur », couvrant de manière large l'ensemble des pouvoirs de l'employeur ; à savoir le pouvoir décisionnaire, de réglementation et disciplinaire. Les limites apposées à ces prérogatives en raison du nécessaire respect des droits fondamentaux des travailleurs s'appliquent invariablement, singulièrement concernant le

³⁸ Il est nécessaire de spécifier que nous utiliserons les expressions « droits de l'homme », « droits fondamentaux » et « garanties constitutionnelles » indifféremment.

³⁹ On parle ainsi, en ce sens – à l'instar de la situation en France et dans d'autres pays d'Europe – de « citoyenneté dans l'entreprise » ; Cf. par exemple, dans J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, Paris, PUF, 1993, p. 539.

⁴⁰ Sur la portée de la citoyenneté dans l'entreprise dans le droit chilien, Cf. notamment S. Gamonal C., *El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales*, 2^e édition, Santiago, LexisNexis, 2008 et J. L. Ugarte Cataldo, *El Nuevo Derecho del Trabajo*, Santiago, LexisNexis, 2007.

⁴¹ S. Gamonal C., *Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales Inespecíficos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004, pp. 25 et s.

pouvoir décisionnaire – prérogative ouverte et indéterminée qui se concrétise au quotidien. Le pouvoir disciplinaire est le plus complexe dans la mesure où il doit être interprété de manière restrictive puisque la relation de travail donne de nombreuses prérogatives à l'employeur. Dans tous les cas, ces pouvoirs statutaires peuvent en pratique violer les droits fondamentaux en particulier s'ils sont utilisés en ayant recours au harcèlement. Il s'agit de « l'utilisation déviante ou de l'adaptation conflictuelle » des pouvoirs de gestion ou d'administration de l'entreprise⁴², formant une sorte d'« autogestion patronale ».

De même, la nouvelle loi a indiqué que les mesures de contrôle des salariés doivent être effectuées par des moyens appropriés, d'application générale, en garantissant l'anonymat de chaque mécanisme afin de protéger la dignité du travailleur⁴³. En outre, la réforme exige également une réserve de l'employeur en ce qui concerne les informations et les données privées du travailleur auxquelles il a accès au cours de la relation de travail⁴⁴, formant – selon les termes de la Direction du Travail – un véritable *habeas data* en matière de travail. Par ailleurs, en 2005, la loi n° 20 005 a largement reconnu et sanctionné le harcèlement sexuel sur le lieu de travail, tant dans le secteur privé et que dans la fonction publique. Ultérieurement, une nouvelle procédure de protection des droits fondamentaux des travailleurs a été mise en place par la loi n° 20 087 de 2006⁴⁵ en matière de droit à la vie, à l'intégrité physique et mentale⁴⁶, à la vie privée et la dignité, à l'inviolabilité des communications privées, à la liberté de conscience et de culte, à la liberté d'opinion ainsi qu'à la liberté de travail. Se rajoute à ces nouveaux dispositifs la reconnaissance juridique des actes discriminatoires pendant l'exécution et au terme du contrat de travail; excluant néanmoins

⁴² Ó. Ermida Uriarte, *La Flexibilización de la Huelga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 24.

⁴³ En vertu du dernier alinéa de l'article 154 du Code du travail du Chili.

⁴⁴ En vertu du nouvel article 154a du Code du travail du Chili.

⁴⁵ À ce sujet, cf. R. Walter Díaz et G. Lanata Fuenzalida, *Régimen Legal del Nuevo Proceso Laboral Chileno*, 3^e édition, Santiago, Legal Publishing, 2008; voir également S. Gamonal C. et C. Guidi Moggia, « El nuevo procedimiento laboral chileno », *Revue Derecho Laboral*, Janvier - Mars 2006, n° 221, Montevideo, Uruguay, p. 33 et s.

⁴⁶ Dans la mesure où ces atteintes sont le résultat direct d'actes produits dans les relations de travail.

expressément ceux pouvant avoir cours lors du recrutement ou au sein des offres d'emploi.

Dans le même ordre d'idées, sont incluent les violations à la liberté syndicale (pratiques déloyales et anti-syndicales) dans cette nouvelle procédure de tutelle⁴⁷. Constitueront également des violations aux droits fondamentaux des travailleurs les représailles adressées à leur encontre par l'employeur, en raison de travaux d'enquête ou d'audit de la Direction du Travail ou encore de l'exercice d'actions judiciaires. Est ainsi consacré le droit à l'« indemnité de travail » (découlant du droit de « *tutela judicial efectiva* » (tutelle judiciaire effective) ; c'est-à-dire le droit du travailleur à être protégé contre d'éventuelles représailles en cas d'exercice de ses droits⁴⁸. Enfin, les entreprises ayant violé les droits fondamentaux des travailleurs au cours des deux dernières années n'ont, depuis la loi n° 20 238 du 19 janvier 2008, plus la possibilité de candidater aux appels d'offres publics et/ou privés, ni de postuler par le biais de recrutement direct afin de devenir fournisseurs de l'État⁴⁹.

D - La Procédure judiciaire en matière de droit du travail

Parmi les nombreux amendements de la période démocratique, il ne fait aucun doute que la réforme de la procédure judiciaire en matière de droit du travail au Chili est la plus importante. Elle a en effet connu diverses étapes depuis le début du XX^e siècle jusqu'à nos jours. Depuis le décret loi n° 188 de 1931, qui a créé les *Tribunales de Conciliación y Arbitraje* (tribunaux de conciliation et d'arbitrage) et les *Juntas de Conciliación* (les comités de conciliation), une justice du travail s'est organisée au Chili tant en première qu'en deuxième instance.

Malheureusement, cette évolution positive n'a pas été maintenue pendant la dictature militaire ; abolie en 1980, cette compétence a été confiée aux tribunaux civils. Avec cette mesure, indirectement assouplissante⁵⁰, une grande partie des pratiques protectrices du droit du travail chilien ont été

⁴⁷ En vertu des nouveaux articles 292, 294 et 389 du Code du travail du Chili.

⁴⁸ Cf. J. L. Ugarte Cataldo, *op. cit.*, p. 107 et s.

⁴⁹ En vertu de l'article unique n° 1 lettre a de la loi n° 20 238 du 19 Janvier 2008.

⁵⁰ Ó. Ermida Uriarte, *La Flexibilidad*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 2000, p. 14.

balayées. Ses conséquences ont été tellement désastreuses que, dès 1986, le même Gouvernement militaire a rétabli les *Tribunales del trabajo* (tribunaux du travail) de première instance. Malgré tout, le mal était déjà fait ; lequel justifie encore les tendances extrêmement civilistes de la jurisprudence sociale chilienne. Par ailleurs, une phase préalable a été concrétisée au début de l'année 2005 avec les lois n° 20 022 et n° 20 023 qui ont effectué d'importantes réformes organiques de procédure dans le Code du travail en augmentant le nombre de tribunaux et en créant des *Juzgados de cobro* (tribunaux de recouvrement) en prévision des impositions à encaisser.

En outre, une des questions majeures du droit du travail chilien a été le retard et les délais excessifs dans les procédures prud'homales. Par exemple, en matière de significations procédurales, la notification de la demande excédait les 60 jours et l'ordonnance de preuve étant en moyenne de 39 jours ; en conséquence près de 100 jours de retard étaient constatés dans l'administration de la justice et cela uniquement s'agissant des notifications⁵¹. Il convient par ailleurs de souligner que la doctrine nationale a souligné le manque de spécialisation de la justice du travail, le nombre insuffisant de tribunaux et le manque d'expertise en droit du travail des juges et des fonctionnaires⁵².

Enfin, la nouvelle procédure a remplacé la procédure ordinaire de travail du Code du Travail dans son ensemble, en établissant des procédures orales, publiques et concentrées, où devront prévaloir les principes d'immédiateté, d'initiative processuelle d'office, de rapidité, de bonne foi, de bilatéralité de l'audience et de gratuité. Concernant ces différents principes, certaines précisions méritent d'être apportées.

⁵¹ F. Tapia Guerrero, « La necesidad de reforma procesal laboral y previsional: una constatación empírica », *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n° 2, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, p. 19.

⁵² D. Corvera, « Análisis crítico de la justicia laboral », *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n° 2, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, pp. 23 et s.

1 - Oralité et publicité

Avec ce nouveau procédé, les mesures et formalités processuelles sont orales, à l'exception des dispositions expressément prévues par la loi. Les formalités de procédure réalisées par voie orale, par ou devant le juge de la cause, seront enregistrées par tout moyen approprié pour inspirer confiance et assurer la fidélité, la conservation et la reproduction de son contenu. Est considéré comme acceptable à cette fin, l'enregistrement par les moyens de reproduction phonographique, audiovisuel ou électronique. En outre, l'audience devra être enregistrée dans son intégralité, ainsi que toutes les résolutions ; y compris la décision rendue par le juge⁵³.

2 - Rapidité

Tout retard ou extension du procès à des questions accessoires à celui-ci est à éviter. Pour cette raison, il est décidé que lors des citations aux audiences, il devra être établi qu'auront lieu avec les parties en présence (qu'elles soient concernées ou pas) toutes les décisions prises, sans autre notification. Par ailleurs, la possibilité est offerte aux parties de participer à ces auditions par l'intermédiaire d'un mandataire, qui de plein droit pourra transiger, en dépit de l'assistance de leurs fondés de pouvoirs et de leurs avocats. De même, compte tenu du principe en question, une fois l'audience entamée, elle ne pourra pas être suspendue. À titre exceptionnel et uniquement en cas de circonstances imprévisibles ou de force majeure, le juge pourra, par décision motivée, la suspendre en fixant dans le même acte le jour et l'heure de son report. En outre, la loi oblige le tribunal à aménager des horaires particuliers au cas où la conduite de l'audience dépasse la durée normale de fonctionnement. Enfin, il est précisé que les actes de procédure sont publics et doivent être rendus avec la rapidité nécessaire, en essayant de se concentrer sur un seul acte dans la mesure du possible.

3 - Immédiateté

Les audiences devront avoir lieu dans leur ensemble devant le juge, qui ne pourra pas déléguer ses fonctions, sous peine de nullité de la procédure et de l'audience, nullité qui devra être déclarée d'office par le juge ou à la demande des parties.

⁵³ En vertu de l'article 425 du Code du travail du Chili.

4 - Initiative processuelle d'office

Le tribunal, une fois son intervention réclamée de façon légale, doit agir d'office. Il peut décréter les preuves qui seront nécessaires même si elles n'ont pas été sollicitées ou proposées par les parties et rejeter celles qu'il considérera dépourvues de pertinence. En outre, le tribunal devra prendre les mesures essentielles afin d'éviter la paralysie du procès ou sa prolongation excessive et, en conséquence, l'abandon de la procédure ne sera pas applicable. D'autre part, il devra corriger automatiquement les erreurs qu'il observe dans le déroulement de la procédure et adoptera les mesures afin d'éviter sa nullité. Par conséquent, la nullité procédurale ne pourra être ordonnée que dans l'hypothèse où le vice a causé un préjudice au plaignant ou si celui-ci n'a pu être comblé par d'autres moyens.

5 - Procédure de bonne foi

La loi autorise le tribunal à prendre les mesures nécessaires pour prévenir la fraude, la collusion, l'abus de droit et les procédures dilatoires. Seront considérées comme procédures dilatoires toutes celles qui, dans le seul but de retarder la poursuite du jugement, seront engagées par l'une des parties ; le tribunal pourra dès lors les rejeter.

6 - Gratuité

La gratuité des procédures, formalités et démarches menées par les fonctionnaires du tribunal est établie. De même, le droit à la représentation juridique gratuite par les *Corporaciones de Asistencia Judicial* (organismes d'aide judiciaire) ou, à défaut par un *abogado de turno* (avocat commis d'office) est garanti aux personnes pauvres.

7 - Concentration

La procédure se déroule en deux audiences, la première préparatoire et la seconde pour le procès. L'audience préparatoire sera le lieu de la réponse, la conciliation et la présentation des éléments de preuve. Lors de l'audience de jugement seront fournis les éléments de preuve produits par les parties et identifiés comme pertinents par le tribunal, de même que ceux qu'il aura décrété comme tel. Une fois les preuves fournies, les parties pourront

formuler des observations, le tribunal devant rendre son verdict immédiatement ou au plus tard dans les quinze jours.

Concernant les recours possibles, le recours en annulation et, exceptionnellement, celui d'uniformisation de la jurisprudence devant la Cour suprême sont envisagés. Tout d'abord, le recours en nullité devant la Cour d'appel est approprié pour la violation des droits fondamentaux, ou lorsque la sentence a été rendue en violation de la loi ayant une influence sur le jugement. Le recours en nullité est aussi applicable pour incompétence quand sont violées les règles d'appréciation des éléments de preuve ; lorsque la qualification juridique des faits a été altérée ; quand une atteinte a été portée au principe d'immédiateté ou aux autres dispositions légales ; lorsque les conditions requises manquent dans le libellé de la décision (pour les décisions contradictoires, s'il est accordé au-delà de ce qui est demandé, ou dans le cas d'une référence à d'autres points non soumis à la décision du tribunal) ; ou encore en cas de violation de la chose jugée. Ensuite, le recours pour l'uniformisation de la jurisprudence, devant la Cour suprême, intervient quand coexistent des interprétations diverses, applicables dans une ou plusieurs décisions en ce qui concerne le sujet du droit objet du procès.

En outre, ce nouveau procédé prévoit une procédure abrégée (*monitorio*) pour les jugements de faible montant. Bien que la réforme soit récente, jusqu'à présent, les résultats ont été très positifs, avec une durée moyenne de 3 mois au total dans les jugements ordinaires et 25 jours pour les procès *monitorios*.

III - Le droit judiciaire

L'analyse des lignes et des tendances doit intégrer, nécessairement, une vision du droit judiciaire. Cela complète l'étude du droit théorique avec celui qui s'applique réellement aux citoyens. Dans la législation chilienne, il faut porter une attention particulière aux critères de décision de la Cour Suprême et des autres Cours d'appel. Au niveau des *jueces de letras* (tribunal d'instance), le droit du travail s'applique dans le plein respect de son idée et esprit protecteurs. En revanche, au niveau de la Cour Suprême, le contrôle des normes du travail a été de plus en plus limité du côté de la Direction (ou Inspection) du Travail. De même, les critères de décision de la Cour Suprême favorisent un point de vue civil et privatiste qui, dans de nombreux

cas, laisse sans application les règles issues du Code du travail. Nous analyserons brièvement ces questions.

A - Le contrôle et l'interprétation du droit

Un des aspects les plus controversés a été l'interposition des protections constitutionnelles contre la procédure de contrôle de la Direction du Travail. Tout d'abord, l'action de protection au Chili est une action préventive de rang constitutionnel (*amparo*) des citoyens contre l'État ou à l'encontre d'autres citoyens en cas de menace ou d'atteinte à certains droits fondamentaux inscrits dans la Constitution chilienne, tels que par exemple le droit à la vie, à la liberté d'expression ou le droit de propriété. Cette action préventive exclut toutefois les droits sociaux de cette protection⁵⁴. Néanmoins, le droit du travail demeure efficace, non seulement en raison de l'établissement de normes minimales, mais aussi du contrôle adéquat du respect de ces droits. Au Chili, la Direction du Travail est un organe technique placé sous l'égide du *Ministerio del Trabajo y Previsión Social* (ministère du Travail et des Affaires sociales), chargé de surveiller la conformité avec la législation du travail. Son rôle a été crucial dans la défense du travailleur. À cet égard, il convient de noter que le Code du travail reconnaît la fonction sociale du travail et établit l'obligation de l'État de veiller au respect des règles régissant les prestations de service⁵⁵ et dispose que le contrôle de conformité avec les règles du travail et leur interprétation dépendent de la Direction du Travail, de même que le contrôle des règles d'hygiène et de sécurité dans le travail, des règles de protection de la maternité, des pratiques déloyales ou antisyndicales, des organisations syndicales et de l'exécution des instruments collectifs du travail⁵⁶. En outre, le décret ayant force de loi n° 2 de 1967 prévoit que la Direction du Travail devra superviser la législation du travail et fixer d'office ou à la demande des parties, par le biais de rapports, le sens et la portée des lois sur le travail⁵⁷.

⁵⁴ Il s'agit d'une action qui est intentée devant la Cour d'Appel et qui peut faire l'objet d'un recours devant la Cour Suprême. Ce fut une mesure importante afin de protéger les citoyens dans l'exercice du droit de propriété et de libre initiative économique, mais qui néanmoins laisse à désirer en ce qui concerne les autres droits fondamentaux de l'ordre social.

⁵⁵ Cf. l'article 2 du Code du travail du Chili.

⁵⁶ Cf. respectivement, les articles 505, 184 et 191, 208, 292, 299 et 349 du Code du travail du Chili.

⁵⁷ Cf. l'article 1 lettres a et b du corps légal du décret.

Dans le cadre des pouvoirs du *Director del Trabajo*, directeur de cet organisme, on retrouve la représentation de l'État dans l'application et le contrôle des lois sociales ; la fixation de l'interprétation de la législation et de la réglementation sociale, à moins que l'affaire ne soit soumise à la décision des tribunaux et il doit en être averti ; et dans la veille à la bonne application des lois du travail dans tout le territoire de la République⁵⁸. L'interprétation faite par la Direction du Travail n'est pas contraignante pour les tribunaux de justice, qui peuvent toujours réviser les résolutions de cette répartition⁵⁹. Pour autant, cette faculté d'interpréter obéit à la nécessité d'offrir une sécurité juridique minimale aux personnes contrôlées, en particulier les employeurs, qui pourront orienter leurs actions selon l'interprétation donnée par l'organe de supervision, permettant une plus grande objectivité dans le travail de contrôle, assurant le renforcement de l'égalité devant la loi⁶⁰. De même, la loi confère la qualité de *ministros de fe* (ministre de foi) aux inspecteurs du travail⁶¹. Il convient de noter que le législateur accorde des pouvoirs spéciaux à la Direction pour se prononcer sur l'application de diverses dispositions du Code, dont la décision pourrait entraîner des réclamations auprès du tribunal du travail respectif⁶².

Dans la jurisprudence des *acciones de protección*, il existe de nombreuses plaintes patronales qui, considérant que la Direction du Travail a violé ou outrepassé son rôle de contrôle, réclament le droit de ne pas être jugés par des commissions spéciales⁶³, ainsi que le respect de leur liberté de travail⁶⁴, de leur droit à la liberté économique⁶⁵ et de leurs droits de propriété⁶⁶. En la

⁵⁸ Cf. l'article 5 lettres a, b et c du décret ayant force de loi n° 2.

⁵⁹ Cf. l'article 503 du Code du travail du Chili.

⁶⁰ À ce sujet, Cf. L. Lizama, *La Dirección del Trabajo: Una explicación de su facultad de Interpretar la Legislación Laboral Chilena*, Santiago, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1998, pp. 37-38.

⁶¹ Cf. l'article 23 du décret ayant force de loi n° 2 et les articles 218 et 313 du Code du travail du Chili.

⁶² Sur ce dernier point, Cf. P. Novoa, « La Fiscalización Administrativa de la Legislación Laboral y la Dirección del Trabajo », *Estudios en Homenaje al Profesor William Thayer Arteaga*, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998, p. 193 et s.

⁶³ Cf. l'article 19, n° 3, 4e alinéa du Code du travail du Chili.

⁶⁴ Cf. l'article 19, n° 16 du Code du travail du Chili.

⁶⁵ Cf. l'article 19 n° 21 du Code du travail du Chili.

⁶⁶ Cf. l'article 19 n° 24 du Code du travail du Chili.

matière, la Cour Suprême soutient essentiellement trois thèses différentes⁶⁷. Selon la première, la mesure de protection est sans objet car elle n'est pas un substitut juridictionnel et il y a une procédure spécifique pour la procédure devant le *Tribunal del Trabajo* contre les décisions de la Direction du Travail⁶⁸. En vertu de la deuxième thèse, la mesure de protection n'est pas applicable lorsque le requérant n'est pas dans l'exercice légitime du droit, il s'agit dès lors d'un *derecho dudoso* (droit douteux), comme lorsqu'il a fait l'objet d'une enquête ou d'une amende par la Direction du Travail. Enfin, selon la troisième, la mesure est appropriée puisque la Direction a agi illégalement et arbitrairement en se constituant en une sorte de commission spéciale et en s'arrogeant des pouvoirs juridictionnels propres aux tribunaux de justice. Dans cette hypothèse, la Cour ajoute que la Direction du Travail ne devrait agir que face à des illégalités claires, précises et déterminées. En conséquence, selon cette dernière thèse – celle qui s'avère d'ailleurs la plus acceptée par la Cour suprême – la Direction doit s'abstenir de contrôler sauf lorsqu'elle est face à des actes « illégaux clairs, précis et certains ». Toutefois, la Cour ne définit pas la portée de cette limite et en définitive laisse les travailleurs sans défense face à leur employeur. Autrement dit, s'il existe une infraction aux règles d'ordre public, selon cette théorie, le travailleur devrait poursuivre son employeur, au risque de subir des représailles ou encore de perdre son travail.

Heureusement, peu d'entreprises contestent le contrôle opéré par la Direction du Travail par ce moyen ; il s'agit essentiellement des structures les plus importantes, celles qui disposent de conseillers juridiques permanents. Les petites et moyennes entreprises acceptent généralement les rapports établis par les agents de la Direction du Travail à l'issue du contrôle (plus de 90% des entreprises dans le marché chilien). Néanmoins, cela conduit à un autre problème lié à la concurrence déloyale ; l'employeur de plus grande envergure pouvant contourner les lois de protection et réduire ses coûts contrairement à celui de plus petite taille...

⁶⁷ S. Gamonal C., « La acción de protección y las facultades de la Dirección del Trabajo », *Anuario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2001, p. 70 et s.

⁶⁸ Cf. l'article 503 du Code du travail du Chili.

B - Les critères civilistes des tribunaux

Non seulement dans l'action de protection des droits constitutionnels, mais également dans la jurisprudence de cassation⁶⁹, la Cour Suprême a interprété le droit en vigueur contre les travailleurs⁷⁰. Les lignes jurisprudentielles de ces dernières années montrent que nombre d'entre elles sont prononcées sur des critères de droit civil plutôt que de droit du travail. Cela ne signifie pas que, dans une affaire du droit du travail, les tribunaux ne devraient pas théoriquement se fonder sur les principes et les règles du droit civil, mais que leur application doit être supplétive ; autrement dit que leur application ne s'impose que lorsqu'il n'y a pas de règles issues du droit du travail et à condition qu'aucune atteinte ne soit portée aux principes du droit du travail lors de leur mise en œuvre. Par exemple, il est clair que, en termes de subordination, le *jus variandi* et les rémunérations ont donné une importance exagérée au principe d'autonomie privée, acceptant les renoncements cachés et violant l'ordre public du travail. En outre, la Cour applique les notions de fraude contre la loi ou la doctrine de *acto propio* (l'acte lui-même) systématiquement en faveur de l'employeur. De plus, la Cour a limité, pour des « raisons d'équité », le paiement des prestations prévues expressément dans le Code du travail chilien. Enfin, en matière syndicale, la Cour Suprême estime que les syndicats n'ont pas la qualité pour agir en vue d'obtenir des prestations de travail, ni même en ce qui concerne leurs propres partenaires...

Le droit du travail est un droit social qui pour beaucoup constitue un *tertium genus* entre le droit privé et le droit public, ayant des principes propres qui doivent être examinés au cas par cas. Par conséquent, la Cour suprême est divisée en chambres spécialisées et il en existe une, compétente en droit du travail. On espère que cette évolution négative ne sera pas exacerbée dans les années à venir. Avec la récente mise en œuvre de la réforme de la procédure du droit du travail, le recours en cassation a été

⁶⁹ Avec la nouvelle réforme de procédure, la cassation est supprimée et remplacée par le recours d'uniformisation de jurisprudence. Par conséquent, les commentaires que nous ferons sont encore en vigueur avec le nouveau système.

⁷⁰ S. Gamonal C. « Comentario de la Jurisprudencia Laboral del año 2004 », Cour Suprême, Tribunal Constitutionnel, *Revue de Droit de l'Université Adolfo Ibáñez*, n° 2, 2005, p. 1231 et s. et « Comentario de la Jurisprudencia Laboral del año 2003 », Cour Suprême, Tribunal Constitutionnel, *Revue de Droit de l'Université Adolfo Ibáñez*, n° 1, 2004, p. 745 et s.

supprimé et la compétence de la Cour a été limitée au recours à l'unification de la jurisprudence. Cela n'empêche pas que perdure la préoccupation du monde universitaire chilien, à cause des critères du *Máximo Tribunal*, qui reflètent un discours excessivement « économiciste » et qui accorde la prééminence aux critères civils du XIX^e siècle.

IV - Propos conclusifs à propos des contradictions du système de travail chilien

En conséquence, pour un observateur impartial, l'évolution du droit au Chili, avec le retour à la démocratie est, tout au moins, ambivalente. Nous estimons que ce dilemme reflète en partie les divisions auxquelles font face la politique et la société chilienne de 1990 à ce jour. Spécifiquement au droit du travail, ces contradictions s'expriment de diverses manières.

En premier lieu, elles sont caractérisées par une ambivalence législative. En effet, d'une part, le législateur démocratique a apporté de nombreux amendements en faveur des travailleurs dans le droit du travail individuel, tout en maintenant une grande souplesse. Nous pourrions qualifier cette ligne législative de *garantista* (garante, protectrice). D'autre part, en termes de droit collectif, subsiste un système réglementariste qui empêche le développement de la liberté syndicale. Ainsi, la négociation collective est maintenue au sein de l'entreprise ; le droit de grève ne peut être exercé que dans le cadre de la négociation d'entreprise (soumis à de nombreuses exigences). D'ailleurs, le droit d'embauche de travailleurs de remplacement est maintenu, rendant illusoire cette forme de pression. Pour cette raison, d'un point de vue statistique, la négociation collective intervient moins que les années précédentes, n'atteignant pas, en 2006, 10 % des entreprises au Chili⁷¹.

Cette ambivalence législative est fidèle aux divisions de la société chilienne. D'un côté, la croissance économique soutenue dans les 18 dernières années avalise une vision néolibérale de la société et du travail, tant dans l'opposition que dans la coalition au pouvoir. D'un autre côté, il existe d'importants secteurs qui mesurent la nécessité d'un effort de

⁷¹ *Quinta Encuesta Laboral ENCLA 2006*, Santiago, Gobierno de Chile, Dirección del Trabajo, División de Estudios, 2007, p. 93.

redistribution de la croissance par le biais de politiques et de protection sociale. Aucune de ces visions n'est totalement prédominante au Parlement et il a donc été plus facile de modifier le droit individuel plutôt que le droit collectif du travail.

En deuxième lieu, ces contradictions sont caractérisées par une divergence judiciaire. Le pouvoir judiciaire joue un rôle important dans toute démocratie. Malheureusement, dans le cas du Chili, la suppression des tribunaux spécialisés de travail (en 1^{ère} et 2^{ème} instance) au cours de la dictature militaire a eu de graves répercussions sur le système judiciaire du travail. Bien que dans le même régime militaire la justice du travail (1^{ère} instance) ait été réhabilitée, les dégâts causés dans la culture judiciaire sont incommensurables. L'importance du travail n'est pas appréciée à sa juste valeur. Par ailleurs, au niveau de la Cour Suprême l'interprétation « économiciste » en faveur de l'employeur est nettement prédominante ; cette haute juridiction sous-estimant de ce fait les droits fondamentaux du travail. Enfin, l'utilisation en dehors de son contexte de l'action protectrice (*amparo constitucional*), a empêché un contrôle adéquat de la législation du travail d'ordre publique dans la pratique.

En troisième lieu, ces contradictions sont caractérisées par le manque d'ancrage démocratique. Ainsi, un autre inconvénient grave pour les droits des travailleurs est lié à l'absence de dialogue social au Chili. Bien qu'il y ait eu des expériences de concertation sociale décrites dans le chapitre s'y référant (au début des années quatre-vingt-dix), il n'existe pas d'intérêt ni de politique de dialogue entre les parties prenantes. Cette absence est une conséquence de ce qui s'est passé au niveau législatif. Ce sont d'abord des garanties de type paternalistes (droit individuel) sur un système de dialogue entre les acteurs impliqués.

Les causes de cette sorte de « despotisme législatif éclairé » sont profondes et complexes, et apparaissent depuis l'indépendance du Chili au début du XIX^e siècle. Évidemment, dans un travail de synthèse comme celui-ci, il est impossible de les aborder dans leur ensemble. Alors, que peut-on attendre de l'avenir pour le droit chilien ? À ce stade, nous osons affirmer que, dans les années à venir, les deux thèmes qui prédomineront la politique du travail du Chili, seront la mise en place d'un filet de sécurité sociale et la nécessité d'instaurer un système permanent de dialogue social. Comment cela pourrait-il produire un changement de direction ? Sans aucun doute, les

systemes sont usés et dans la mesure où la croissance économique se maintient, des groupes de citoyens exigeront plus de droits. Croître ne signifie pas nécessairement se développer ; pour devenir un pays qui met un terme à la pauvreté, il faudra une plus grande participation de la politique de l'emploi et un filet de protection sociale plus efficace, permettant à tous de bénéficier du *boom* économique. Il est à espérer que les événements futurs nous donneront raison.