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

COMPTRASEC - UMR 5114 - CNRS - UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

# 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 Journa (Canada)
Comparative Labor Law & Policy Journal (États-Unis)
Derecho de las Relaciones Laborales (Espagne)
Diritto delle Relazioni Industriali (Italie)
Diritti lavori mercati (Italie)
E-journal of International and Comparative Labour Studies (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)
Revista de Derecho Social (Espagne)
Revue de Droit comparé du travail et de la sécurité sociale (France)
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)

# SOMMAIRE 2018/1

## ÉTUDES


p. 6 **Vanessa De Greef**
Les formes variées et évolutives de l'activation en Belgique

p. 18 **Mimi Zou**
Pour une refonte des programmes pour les travailleurs migrants temporaires

p. 32 **Susanne Burri**
Articuler vie professionnelle, familiale et privée aux Pays-Bas : quelle flexibilité pour les salariés ?

p. 46 **Bertin Millefort Quenum**
Les professions interdites du droit de grève au Bénin et en France

p. 58 **Silvia Borelli**
La législation européenne contre les discriminations et le devoir de diligence des EMN

p. 74 **Didier Takafo-Kenfack**
La mission de l'inspecteur du travail au Cameroun

p. 90 **Anna Aleksandrova**
Le droit social dans une société post-industrielle

p. 102 **Catherine Barnard**
Brexit et droits sociaux

# SOMMAIRE 2018/1

## ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES


### AFRIQUE

p. 116 **Algérie** CHAKIB BOUKLI-HACENE, Université de Saïda

p. 120 **République du Congo** STANI ONDZE, Université Marien Ngouabi

### AMÉRIQUE

p. 124 **Argentine** DIEGO MARCELO LEDESMA ITURBIDE, Université de Buenos Aires

p. 128 **Brésil** JULIANO BARRA, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

p. 132 **Brésil** ANA VIRGINIA MOREIRA GOMES, Université de Fortaleza

p. 136 **Canada** GILLES TRUDEAU, Université de Montréal

### ASIE - OCÉANIE

p. 140 **Australie** SHAE MCCRYSTAL, Université de Sydney

p. 144 **Japon** YUKI SEKINE, Université de Kobé

### EUROPE

p. 148 **Autriche** GÜNTHER LÖSCHNIGG ET ANTONIA CSUK, Université Karl-Franzens de Graz

p. 152 **Bulgarie** ANNA FILCHEVA, Université de Plovdiv, "Paisii Hilendarski", Plovdiv

p. 156 **Fédération de Russie** ELENA SEREBRYAKOVA, Université d'Etat de technologie de Moscou N.E. Bauman

p. 160 **France** MARYSE BADEL, Université de Bordeaux

p. 164 **Italie** SYLVAIN NADALET, Université de Vérone

p. 168 **Irlande** MICHELLE O'SULLIVAN, Université de Limerick

p. 172 **Pays-Bas** NICOLA GUNDT, Université de Maastricht

p.176 **Pologne** MATEUSZ GAJDA, Université de Łódź

p. 180 **Roumanie** FELICIA ROSIORU, Université Babes-Bolyai de Cluj-Napoca

p. 182 **Royaume-Uni** JO CARBY-HALL, Université de Hull

p. 186 **Serbie** FILIP BOJIC, Université de Belgrade

p. 188 **Suède** JENNY JULÉN VOTINIUS, Université de Lund

p. 192 **Turquie** MELDA SUR, Université Dokuz-Eylül


## CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE


p. 198 **Jean-Michel Belorgey** – Nikitas Aliprantis, *Les héritages cruciaux du XXe siècle aux sociétés d'aujourd'hui*

p. 203 **Andrea Allamprese** – Ewing K.D., Hendy J., Carolyn Jones, *A Manifesto for Labour Law: towards a comprehensive revision of workers' rights*

# ÉTUDES

Vanessa De Greef

# Les formes variées et évolutives de l'activation en Belgique


## RÉSUMÉ

Cet article a pour but d'exposer de manière synthétique l'évolution des dispositifs d'activation dans le système de sécurité sociale belge, en faisant un bref récapitulatif historique et en insistant particulièrement sur les réformes des années 2016 et 2017.


*MOTS CLÉS : Sécurité sociale, Activation, Belgique, Réinsertion professionnelle, Emploi.*


## ABSTRACT

The aim of this article is to summarize the evolution of activation mechanisms in the Belgian social security system, giving a brief historical summary and particularly emphasizing the reforms of the years 2016 and 2017.


*KEY WORDS : Social security, Activation, Belgium, Professional reintegration, Employment.*

Bien qu'on puisse retrouver en Belgique certains traits des mesures d'activation dès les années 70[1], on constate, dès le début des années 90, différentes mesures dites expressément « actives » qui sont destinées aux chômeurs et qui se substituent aux programmes d'emploi. Ces mesures visent à mettre au travail différentes catégories de chômeurs au travers de statuts qui sont désormais à « mi-chemin » entre l'emploi et le chômage[2].

Toutefois, c'est véritablement en 1993 que la figure de l'État social dit « actif » devient plus visible lorsque, dans le domaine de l'aide sociale et que le phénomène de contractualisation de la protection sociale apparaît dans les rapports entre les centres publics d'action sociale (dits "CPAS", appelés jusqu'en 2004 centres publics d'aide sociale) et les bénéficiaires du revenu minimum (appelés depuis 2002, les bénéficiaires du droit à l'intégration sociale). Ainsi, le législateur belge emboîte le pas au législateur français[3] – cinq années après précisément – en adoptant une loi qui marque l'avènement du contrat dont fait l'objet le « projet individualisé d'intégration sociale ». Depuis 2002, le droit à l'intégration sociale peut prendre la forme d'un emploi ou d'un revenu d'intégration, ces deux modalités pouvant être combinées et assorties chacune d'un contrat, appelé « projet individualisé d'intégration sociale »[4]. Dans ce contrat, les parties fixent leurs engagements respectifs : le centre d'action sociale doit y « spécifier la nature de l'aide qu'il octroie à l'ayant droit, tandis que [ce dernier], de son côté, doit, en "contrepartie" de l'aide perçue, s'engager à accomplir un certain nombre de démarches destinées à faciliter son "intégration" sociale et professionnelle »[5].

Si le droit à l'intégration sociale marque l'entrée de l'État social actif en Belgique, l'État belge n'a pas limité son action à ce champ de la protection sociale. Le gouvernement fédéral s'est ensuite attelé au domaine de l'assurance chômage (I) avant de réformer ultérieurement, avec le législateur fédéral, le domaine de l'assurance indemnités (IV et V). Cependant, le droit à l'intégration sociale semble constituer une forme de laboratoire pour le législateur fédéral belge qui peut intervenir facilement dans ce domaine – sans devoir se concerter avec trop de niveaux de pouvoirs différents – et tester divers dispositifs d'activation, comme le dispositif de *workfare* (II) ou l'extension généralisée de l'outil contractuel entre les bénéficiaires et les centres publics d'action sociale (III). Nous présenterons ces évolutions de façon chronologique et analyserons la variété des traits des politiques dites d'activation.

---

1 D. Dumont, *La responsabilisation des personnes sans emploi en question*. Une étude critique de la contractualisation des prestations sociales en droit belge de l'assurance chômage et de l'aide sociale Bruxelles, La Charte, 2012, p. 425, n° 727.

2 Sur ce statut hybride, *ibid*., p. 291, n° 534.

3 Voir R. Lafore, « Le contrat dans la protection sociale, une approche française », in Ph. Auvergnon (dir.) *La contractualisation du droit social. Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale*, Bordeaux, Comptrasec, 2003, p. 214.

4 Article 2 de la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale, *Moniteur belge*, 31 juillet 2002.

5 D. Dumont, *La responsabilisation des personnes sans emploi en question*, *op. cit*., n° 165, p. 100.

## I – L'INSTALLATION DE L'ÉTAT SOCIAL ACTIF AVEC L'ASSURANCE CHÔMAGE

À partir des années 2000, la dynamique propre à un État social « actif » va particulièrement s'accélérer dans le domaine de l'assurance chômage. Franck Vandenbroucke, socialiste flamand, et alors ministre de l'emploi, est inspiré par les idées d'Anthony Giddens et considère alors que « l'État social traditionnel fait défaut », étant donné que celui-ci « propose [aux assurés] une allocation, mais pas d'issue » ; il ajoute que les « mécanismes de l'actuel système de sécurité sociale (…) découragent les gens au lieu de les encourager à être actifs »[6]. Cette transformation de l'État social se remarque juridiquement avec la modification en 2004 d'une condition d'octroi de l'assurance chômage : celle de la disponibilité pour le marché de l'emploi. Jusqu'en 2004, cette condition d'octroi signifiait que le chômeur devait être inscrit comme demandeur d'emploi et être prêt à accepter tout emploi convenable. En 2004, le gouvernement fédéral belge réaffirme la condition de la disponibilité pour le marché de l'emploi en prévoyant que désormais, le chômeur doit être disponible passivement - ce qui correspondait à la définition réglementaire de la condition jusqu'en 2004 - mais également activement, c'est-à-dire qu'il doit rechercher activement un travail par lui-même[7].

En 2012, le gouvernement fédéral décide de soumettre également à la condition de disponibilité pour le marché de l'emploi certains chômeurs qui étaient précédemment exemptés de la procédure, à savoir ceux qui présentent une capacité de travail réduite mais qui dépendent cependant de l'assurance chômage[8]. Depuis, diverses mesures ont été prises par le gouvernement fédéral qui lui a succédé pour introduire des exceptions dans la réforme adoptée et alléger cette activation « ordinaire », au vu des difficultés qu'elle soulevait[9].

Les réformes de 2004 et 2012 de l'assurance chômage semblent préfigurer « un retour au marché de la protection sociale » et un « abandon à l'assistance de ceux qui ne travaillent pas ou sont économiquement faibles »[10]. En effet, l'écrémage des allocataires qui a lieu dans l'assurance chômage a eu pour effet d'augmenter massivement le nombre de bénéficiaires du droit à l'intégration sociale[11]. Ces derniers bénéficient généralement de

---

6 F. Vandenbroucke, cité par Geoffrey Geuens, « Les médias belges et l'État social actif. Genèse, reproduction et diffusion du nouveau sens commun socio-économique », *Quaderni*, n° 45, Automne 2001, p. 22.

7 Arrêté royal du 4 juillet 2004 portant modification de la réglementation du chômage à l'égard des chômeurs complets qui doivent rechercher activement un emploi, Moniteur belge, 9 juillet 2004. Pour une analyse fouillée de cette réforme, voir D. Dumont, *La responsabilisation des personnes sans emploi en question*, *op. cit.*, pp. 325-406.

8 Pour une analyse de cette réforme, voir V. De Greef, *Droit au travail et troubles mentaux. Une analyse critique des exclusions et des inclusions par le droit en assurance chômage et en aide sociale*, la Charte, coll. « Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale », Bruxelles, 2016.

9 V. De Greef « L'activation silencieuse des personnes partiellement inaptes au travail dans l'assurance chômage », *Revue de droit social*, 2016, n° 2, pp. 243-275.

10 Ph. Auvergnon, « L'hypothèse d'une contractualisation du droit social dans différents systèmes juridiques », in Ph. Auvergnon *(dir.) La contractualisation du droit social*, Bordeaux, Comptrasec, 2003, p. 16.

11 Voir à ce sujet l'ouvrage de D. Zamora, *De l'égalité à la pauvreté. Une socio-histoire de l'assistance en Belgique (1895-2015)*, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2017, pp. 140-148.

revenus beaucoup plus bas que dans l'assurance chômage[12]. Les bénéficiaires du droit à l'intégration sociale peuvent être aidés en vue de leur réinsertion professionnelle mais ils travaillent parfois aussi gratuitement dans le cadre d'un « service communautaire ».

## II – LE SERVICE COMMUNAUTAIRE : UNE DOUBLE PRÉCARISATION

En 2016, un système de *workfare* a été adopté dans le domaine du droit à l'intégration sociale[13]. Il prévoit que la personne « peut » prester gratuitement un service communautaire pour démontrer sa disposition à travailler. Le cas échéant, le service communautaire est intégré au projet individualisé d'intégration sociale (PIIS ci-après).

Une circulaire du 12 octobre 2016 est ensuite venue préciser que « si la personne concernée ne souhaite plus effectuer le service, elle doit le signaler à son travailleur social et ils reverront ensemble les conditions du PIIS, en concertation ». Il y a cependant fort à parier qu'il y aura un décalage entre les textes et la pratique. En effet, jusqu'à présent, le contenu du plan a été essentiellement déterminé par le travailleur social. En outre, le refus de signer ce plan peut donner lieu à un refus d'octroi du revenu d'intégration et le non-respect du plan peut, quant à lui, aboutir à une suspension temporaire totale ou partielle du revenu d'intégration pendant un mois, ou trois mois en cas de 'récidive' dans l'année.

Deux recours sont actuellement pendants devant la Cour constitutionnelle et devant le Conseil d'État afin de vérifier la validité dans l'ordre juridique belge de la loi et de l'arrêté royal encadrant le service communautaire. Parmi les critiques avancées par les requérants, il y a entre autres l'atteinte potentielle à l'interdiction de travail forcé[14], le fait que le service communautaire mis en place est un travail qui ne respecte ni les règles relatives aux contrats de travail, ni les règles qui s'appliquent aux prestations de travail effectuées sous l'autorité d'une autre personne ou encore le fait que cette loi ne fait pas de référence explicite à la loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires[15].

---

12 Bien que l'écart entre le montant des allocations de chômage et celui du revenu d'intégration se réduise de plus en plus suite à la réforme de la dégressivité renforcée des allocations de chômage adoptée durant l'été 2012. Voir D. Dumont, « Dégressivité accrue des allocations de chômage versus principe de standstill », *Journal des tribunaux*, n° 6541, 2013/39, pp. 769-776 ; P. Palsterman, « Les réformes de l'été en matière de chômage », in F. Etienne et M. Dumont (dir.) *Regards croisés sur la sécurité sociale*, Anthemis, coll. Commission université-palais, Liège, 2012, pp. 952 à 966.

13 Voir la loi du 21 juillet 2016 modifiant la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale (*Moniteur belge*, 2 août 2016), l'arrêté royal du 3 octobre 2016 modifiant l'arrêté royal du 11 juillet 2002 portant règlement général en matière de droit à l'intégration sociale, (*Moniteur belge*, 11 octobre 2016) et la circulaire du 12 octobre 2016 relative à la loi du 21 juillet 2016 modifiant la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale (non publiée au *Moniteur belge*).

14 E. Dermine, « Activation Policies for the Unemployed and The International Case Law on the Prohibition of Forced Labour », *Journal européen des droits de l'homme/European Journal of Human Rights*, vol. 1, n° 5, 2013, pp. 746-776 ; E. Dermine et V. De Greef, « Le droit au travail librement entrepris (art. 1er, § 2 de la CSE) face aux situations de travail non protégées par le droit social. Les cas du travail pénitentiaire et des mesures de workfare », in S. Van Drooghenbroeck, F. Dorssemont et G. Van Limberghen (dir.), *Actualités des droits sociaux fondamentaux,* Bruxelles, La Charte, 2016, pp. 315 à 317.

15 *Moniteur belge*, 29 août 2005.

Cette transformation dans le droit à l'intégration sociale belge dessine ce que d'aucuns nomment une dualisation naissante au sein de l'État social entre des *insiders* globalement bien protégés et la marge croissante des *outsiders* précaires et inactifs[16]. Ce déplacement, qui se fait parallèlement en France, pourrait confronter les allocataires à « une double peine » en étant « mis à l'écart à la fois du travail et de ses protections »[17]. En plus d'une précarisation du droit du travail des *outsiders*, le dispositif pourrait retentir sur le taux d'emploi. Ainsi, « plus le *workfare* comportera une contribution à la production de biens et de services, plus grand est le risque qu'il se substitue à de l'emploi standard »[18]. Malgré la volonté du ministre de l'intégration sociale que ce ne soit pas le cas, rien n'exclut cette tendance en raison de la définition particulièrement élusive du « service communautaire ».

Un tel dispositif pourrait pénétrer le domaine de l'assurance chômage. Ainsi, l'accord du gouvernement fédéral belge pour les années 2014-2019 prévoit que le chômeur devrait à l'avenir travailler gratuitement dans le cadre d'un service dit « communautaire »[19]. Dans le domaine de l'assurance chômage, c'est la notion d'emploi convenable – qui est notamment le garant d'un emploi de qualité – qui se verrait remise en cause. Comme l'explique l'économiste B. Van der Linden, ce système représenterait « une rupture puisqu'il ne s'agit pas d'offrir un emploi convenable mais une occupation [non rémunérée] dans des "services à la communaute" »[20].

## III – L'ÉTAT SOCIAL ACTIF POUR TOUS LES BÉNÉFICIAIRES DU DROIT À L'INTÉGRATION SOCIALE ?

Outre le service communautaire, une autre réforme importante a eu lieu dans le domaine du droit à l'intégration sociale en 2016. Alors que le projet individualisé d'intégration sociale (PIIS) n'était obligatoire que pour les jeunes de 18 à 25 ans et qu'il n'était conclu qu'en vue d'obtenir un contrat de travail, de suivre une formation ou d'obtenir un diplôme, le législateur prévoit la généralisation de cet outil à tous les bénéficiaires du droit à l'intégration sociale des CPAS - sauf quelques rares exceptions relatives à des situations d'équité ou de santé - et adapte les subsides accordés aux CPAS en fonction de ce surcroît de travail.

Dans une étude commanditée par le service public de programmation (SPP) Intégration sociale, à la demande du Ministre fédéral de l'intégration sociale, parue en 2015 – avant

16 P. Taylor-Gooby, « New Social Risks and Welfare States : New Paradigm and New Politics? », in P. Taylor-Gooby (dir.), *New risks, New Welfare. The transformation of the European Welfare State*, Oxford university press, Oxford, 2004, p. 225. N. Van Mechelen et D. Zamora, « Les reconfigurations de l'assistance et de la sécurité sociale en Belgique (1925-2015) », in I. Pannecoucke (dir.), *Annuaire de la pauvreté en Belgique*, ACCO, Leuven, 2016, p. 127.

17 N. Duvoux, *Le nouvel âge de la solidarité. Pauvreté, précarité et politiques publiques*, La république des idées, Seuil, Paris, 2012. V. De Greef et D. Zamora, « Le système de sécurité sociale belge : de l'universalisation à la dualisation », in I. Daugareilh et M. Badel (dir.), *La sécurité sociale : 70 ans d'âge, une idée neuve*, éd. Pedone, 2018, *à paraître*.

18 B. Van Der Linden, « Chômage indemnisé contre service à la communauté ? », *Regards économiques*, septembre 2014, n° 114, disponible sur le site de la revue, http://www.regards-economiques.be/images/reco-pdf/reco_144.pdf

19 *Doc. Parl.*, Chambre, Déclaration de politique gouvernementale, 14 octobre 2014, n° 0020/001, p. 28-29.

20 B. Van Der Linden, « Chômage indemnisé contre service à la communauté ? », *op.cit*.

l'adoption de la réforme donc –, des chercheurs de l'Université Saint Louis et de *Karel De Grote Hogeschool* mettaient en évidence que :

> « Le scénario d'une généralisation du PIIS à tous les usagers peut être vertueux, mais il comporte en effet également plusieurs risques. Le premier risque est que la généralisation du PIIS à tous les usagers, loin de favoriser un accompagnement personnalisé, conduise à un traitement standardisé et bureaucratique. Certes, tous les usagers signeraient un "PIIS", mais l'adéquation de ce PIIS à leurs besoins d'intégration sociale serait purement formelle. Dans beaucoup de CPAS, compte tenu de l'insuffisance des moyens et des ressources d'intégration sociale que les CPAS et leurs partenaires peuvent effectivement proposer aux usagers, cela conduirait à établir des PIIS de manière purement formelle et fictive ou à proposer des PIIS en inadéquation avec la situation et les besoins des usagers et les possibilités du contexte.
>
> Le risque de la généralisation du PIIS, dans son format actuel et compte tenu des divergences de philosophie, de politique, et de pratiques des 589 CPAS de Belgique, est que cette généralisation ne soit, dans certains cas, une porte ouverte à des pratiques arbitraires et discrétionnaires des CPAS envers les usagers, au gré des impulsions politiques locales. Alors que l'histoire des CPAS témoigne du passage de l'arbitraire d'une assistance attribuée au cas par cas (comme cela était le cas à l'époque des CAP – Commissions d'Assistance Publique – qui ont précédé les CPAS entre 1925 et 1975) à la reconnaissance de droits sociaux (art. 1er. de la loi organique des centres publics d'action sociale 8 juillet 1976 : 'Toute personne a droit à l'aide sociale. Celle-ci a pour but de permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine'), le risque d'une généralisation du PIIS est bien de réintroduire une appréciation locale et subjective du droit à l'intégration sociale, renforçant encore davantage une inéquité dans les conditions d'octroi et de maintien du RIS. Alors que les évolutions des situations sociales et les transformations des politiques en matière de sécurité sociale (avec les restrictions apportées au bénéfice des allocations de chômage pour un nombre croissant de personnes (fin de droit, dégressivité, conditions d'accès et de maintien à l'allocation d'insertion) ont conduit à augmenter de manière importante le nombre de demandeurs d'aide sociale auprès des CPAS, une généralisation d'une particularisation, via le PIIS, des conditions d'octroi et de maintien du RIS risque de se transformer, dans certains cas, en instrument de précarisation et d'exclusion de ce qui constitue dans notre système social le "dernier filet". Même si la très grande majorité des CPAS et des travailleurs sociaux travaillent dans une perspective d'intégration sociale, l'enquête menée auprès des CPAS montre qu'il convient également de prévenir le risque que le PIIS ne soit utilisé comme instrument d'exclusion sociale »[21].

Un des recours pendants devant la Cour constitutionnelle – le même que celui introduit au sujet du service communautaire – doit permettre de vérifier la constitutionnalité de la généralisation du projet individualisé d'intégration sociale (PIIS) dans l'ordre juridique belge. Une des critiques émises dans la requête concerne le fait que le législateur a fait le

---

21 A. Franssen, L. Méhauden, K. Driessens et J. Depauw, *Le projet individualisé d'intégration sociale. Recherche évaluative et prospective au sein des CPAS belges*, Rapport de recherche 2015, pp. 94-95. : http://hdl.handle.net/2078.3/173117

choix délibéré de ne plus encadrer la manière dont l'intégration professionnelle ou sociale doit être réalisée. Cela aurait pour effet, est-il précisé, que :

> « Chacun dans le Royaume a son opinion personnelle concernant les facteurs qui facilitent ou entravent "*l'intégration professionnelle*" ou "l'*intégration sociale*" et concernant les attitudes qui vont ou non renforcer les chances de décrocher un emploi ou de bénéficier de cette intégration ». Il en découle que « dans un tel contexte, les notions d' "*intégration professionnelle*" et d' "*intégration sociale*" apparaissent comme beaucoup trop larges et beaucoup trop dépendantes des interprétations subjectives qui peuvent en être faites pour constituer un quelconque encadrement des obligations qui ont été imposées dans les PIIS ».

Le fait que le législateur confie au pouvoir exécutif le soin de régler des aspects déterminants du droit à l'aide sociale et du droit au respect de la vie privée pourrait heurter le principe de légalité qui requiert une habilitation suffisamment précise au Roi[22].

## IV – L'ACTIVATION VOLONTAIRE : L'EXEMPLE DE L'ASSURANCE INVALIDITÉ

Quant à l'assurance invalidité , destinée aux personnes en incapacité de travail, cela fait seulement, comparativement aux autres branches de la sécurité sociale, une dizaine d'années que les autorités publiques commencent à s'intéresser aux programmes de réinsertion professionnelle dans ce domaine[23]. En 2006, une nouvelle philosophie a été adoptée dans cette branche de la sécurité sociale et a modifié fondamentalement, en 2009, le rôle du médecin-conseil. Celui-ci ne va plus simplement juger de l'indemnisation de l'assuré en évaluant son incapacité de travail mais il va également préparer le processus de réadaptation professionnelle de l'assuré[24]. C'est également en 2009 que des prises en charge individuelles commencent à être mises en place pour les assurés. À partir de la fin de l'année 2010, l'optique poursuivie par l'Institut national de l'assurance maladie invalidité (INAMI), l'administration en charge de l'assurance soins de santé et indemnités, est de se rapprocher des organismes régionaux et communautaires en charge de l'insertion et de la formation professionnelles afin d'organiser la prise en charge professionnelle des assurés qui reçoivent une allocation d'invalidité. À cette fin, des conventions sont conclues entre l'Institut national, les mutuelles et lesdits organismes.

---

22 D. Dumont, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? Sécurité sociale et démocratie parlementaire », n° spécial « Aux sources du droit social. En hommage à Micheline Jamoulle/Sociaal recht, over bronnen en herbronnen. Als eerbetoon aan Micheline Jamoulle », sous la dir. de D. Dumont et F. Dorssemont (dir.), *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2017, n° 1-2, pp. 113-146.

23 Voir la loi du 13 juillet 2006 portant dispositions diverses en matière de maladies professionnelles, d'accidents du travail et en matière de réinsertion professionnelle (*Moniteur belge*, 1er septembre 2006) ainsi que l'arrêté royal du 3 juillet 1996 portant exécution de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994 (*Moniteur belge*, 31 juillet 1996).

24 Articles 109*bis* et 153 § 2 de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 relative à l'assurance soins de santé et indemnités (*Moniteur belge*, 27 août 1994).

La grande différence entre l'assurance soins de santé et indemnités-invalidité, d'une part, et l'assurance chômage et l'aide sociale, d'autre part, est que le bénéfice d'un programme de réadaptation professionnelle ou la reprise du travail est volontaire, dans la mesure où le consentement de l'assuré est requis pour déclencher ce type de mesures et que la cessation ou le refus de bénéficier d'un tel programme ou de reprendre le travail n'a aucun impact sur le versement des allocations[25]. Pour évaluer le caractère volontaire, il importe de vérifier si la personne peut « exprimer sa volonté »[26]. Il est indispensable d'observer si elle comprend la nature d'un programme de réinsertion professionnelle ainsi que les conséquences de son accord à participer à ce programme. Il faut, en outre, que la communication avec la personne se déroule dans une langue claire[27].

Il faudra cependant suivre les évolutions législatives car le gouvernement fédéral souhaite introduire, à l'avenir, des sanctions pour les assurés qui ne se présentent pas chez le médecin conseil. En mars 2017, le gouvernement fédéral a annoncé son intention d'introduire des sanctions en cas de manquement des assurés aux obligations administratives ou de non-présentation à un entretien avec le médecin-conseil. Ces assurés étant en incapacité de travail, le dossier est particulièrement sensible et de telles sanctions pourraient aboutir à des situations dramatiques et incohérentes avec leur situation médicale. Plusieurs des acteurs consultés – dont le Conseil National du Travail – se sont positionnés contre la mise en place de telles sanctions.

La question du caractère volontaire de l'accompagnement n'est évidemment pas l'unique question qui doit se poser à nous. Si l'analyse « sous l'angle de la contrainte à la reprise d'un emploi (le devoir de travailler) » nous semble capitale, celle « de l'augmentation des capacités de trouver un emploi de qualité (la liberté positive de travailler) » nous semble tout aussi essentielle et encore fréquemment négligée dans les pays de l'OCDE[28]. Les deux sont cependant plus liées qu'il n'y paraît : l'OIT a en effet reconnu que des conditions de travail très pénibles – liées à un emploi de qualité – peuvent révéler une atteinte au libre choix de l'emploi et, dans les cas les plus graves, une situation de travail forcé[29].

---

25 Ceci a été précisé en 2011 par le législateur lorsqu'il a modifié la loi du 14 juillet 1994 relative à l'assurance soins de santé et indemnités-invalidité pour supprimer le caractère préalable de l'autorisation de reprise du travail et la remplacer par une autorisation qui peut être octroyée *a posteriori* (Projet de loi-programme, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Chambre, 19 mai 2011, n° 1481/001).

26 Art. 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *Moniteur belge*, 26 septembre 2002.

27 Art.7, §2 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *Moniteur belge*, 26 septembre 2002.

28 J.-M. Bonvin et E. Maochon, « Droit au travail et responsabilité individuelle dans les États sociaux contemporains. Une analyse en termes de capabilités des politiques d'activation des personnes sans emploi » in E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, pp. 779 et 802.

29 OIT, Rapport du Directeur général du BIT, *Une alliance mondiale contre le travail forcé*, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, Rapport I(B), CIT, 93e session, Genève, 2005, p. 9, § 31 et p. 70, § 295. Voir E. Dermine et V. De Greef, « Le droit au travail librement entrepris (art. 1er, § 2 de la CSE) face aux situations de travail non protégées par le droit social. Les cas du travail pénitentiaire et des mesures de *workfare* », *op. cit.*, p. 318.

Il en découle que si les conditions de travail ne sont pas conformes au droit fondamental à des conditions de travail équitables, le consentement donné par le travailleur peut être invalidé[30].

## V – LA SÉCURISATION DE LA RELATION DE TRAVAIL, UN OBJECTIF COLLATÉRAL DE L'ACTIVATION DANS L'ASSURANCE INVALIDITÉ-EN ESPÈCES ?

Avant de revenir éventuellement avec un nouveau projet de texte relatif aux sanctions, le gouvernement fédéral a déjà introduit de nouveaux trajets de réinsertion pour les assurés en incapacité de travail et a réformé également le droit du travail en vue d'encadrer la relation de travail entre les travailleurs ayant une incapacité de travail et leurs employeurs[31]. C'est par le biais d'une loi-programme du 19 décembre 2014 - appelée souvent loi « fourre-tout » en raison du nombre et de la diversité des matières traitées - que la loi relative à l'assurance soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, a été modifiée. Elle prévoit que, au plus tard trois mois après le début de la période d'incapacité primaire et après une consultation approfondie avec le médecin-conseil et tous les acteurs à impliquer, « un plan de réintégration multidisciplinaire est établi à l'intention du titulaire pour lequel une réintégration peut être envisagée au vu de ses capacités restantes »[32]. Un tel plan était déjà mis en place dans le passé mais pas de façon systématique, ni organisé à une telle cadence.

En droit du travail, il a fallu attendre deux ans – au cours desquels divers groupes de travail se sont réunis – pour que le législateur intervienne. L'exposé des motifs de la loi du 20 décembre 2016 prévoit que la réforme vise à « sécuriser juridiquement la relation

---

30 Cela concerne la jurisprudence générale relative à l'interdiction du travail forcé développée par l'Organisation internationale du travail, par la Cour européenne des droits de l'homme et par le Comité européen des droits sociaux. Voir E. Dermine et V. De Greef, « Le droit au travail librement entrepris (art. 1er, § 2 de la CSE) face aux situations de travail non protégées par le droit social. Les cas du travail pénitentiaire et des mesures de workfare », *op. cit*. et pour une analyse plus approfondie, E. Dermine, *Droit au travail et politiques d'activation des personnes sans emploi. Étude critique du rôle du droit international des droits humains*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

31 La réforme a donné lieu à cinq textes : la loi-programme du 19 décembre 2014 (*Moniteur belge*, 29 décembre 2014), l'arrêté royal du 28 octobre 2016 modifiant l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs en ce qui concerne la réintégration des travailleurs en incapacité de travail (*Moniteur belge*, 1er décembre 2016), l'arrêté royal du 8 novembre 2016 modifiant l'arrêté royal du 3 juillet 1996 portant exécution de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités-invalidité coordonnée le 14 juillet 1994 en ce qui concerne la réinsertion socioprofessionnelle (*Moniteur belge*, 1er décembre 2016), la loi du 20 décembre 2016 portant dispositions diverses en droit du travail liées à l'incapacité de travail (*Moniteur belge*, 9 janvier 2017) et l'arrêté royal du 30 janvier 2017 modifiant l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs (*Moniteur belge*, 6 février 2017). Sur ces réformes, voir A. Mortier, « La réforme tendant à faciliter la réintégration des travailleurs en incapacité de travail », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2017/2, pp. 357-378 ; M. Vanhegen, *Arbeidsongeschiktheid en re-integratie in het arbeidsrecht,* Bruges, La Charte, 2017 ; D. Caccamisi, « Le nouveau trajet de réintégration des travailleurs en incapacité de travail : un aperçu de la réforme et de ses conséquences sur la force majeure médicale », *Orientations*, 2018, n° 1, pp. 2-27.

32 *Moniteur belge*, 29 décembre 2014. Cette loi-programme insère à l'article 100 de la loi du 14 juillet 1994, un paragraphe 1/1.

de travail durant la période de travail adapté »[33]. Tout d'abord, il est désormais prévu que l'exécution du contrat de travail initial n'est pas suspendue lorsque le travailleur a été autorisé par le médecin-conseil à reprendre temporairement le travail auprès de son employeur et que ce dernier est d'accord. Il existe, dans ce cas, une présomption réfragable de maintien de la relation de travail initiale. Comme par le passé, un système de cumul de l'allocation et d'une partie du salaire est mis en place. Ensuite, une nouvelle réglementation est prévue en cas d'incapacité de travail temporaire ou définitive du travailleur et vise à enclencher un trajet de réintégration pour éviter la rupture du contrat, sauf lorsque le travailleur « est définitivement inapte à reprendre le travail convenu et n'est en état d'effectuer chez l'employeur aucun travail adapté ni un autre travail »[34]. Ce faisant, cette réforme est venue clôturer une longue controverse jurisprudentielle et doctrinale au sujet du moment où l'employeur pouvait rompre un contrat de travail en cas de force majeure ou d'impossibilité définitive du travailleur d'exercer le travail convenu. Désormais, une telle rupture ne peut avoir lieu avant que le trajet de réintégration ne soit définitivement achevé. En raison de l'instauration de cette procédure, cette réforme devrait aller à l'encontre de la jurisprudence majoritaire de l'époque qui « revenait *de facto* à tenir en échec toute politique de réintégration des travailleurs malades »[35].

Cela dit, après un premier trimestre d'application de la réforme en 2017, l'innovation majeure annoncée pose question. La Fédération générale du travail de Belgique – fédération syndicale à tendance socialiste – constate que dans 72 % des décisions des médecins du travail, ceux-ci déclarent les travailleurs inaptes à reprendre le travail, ce qui a pour conséquence de rompre le contrat de travail pour force majeure médicale[36]. Ces chiffres devront être confirmés pour les prochains trimestres et certains acteurs de terrain critiquent leur fiabilité. Si le pourcentage annoncé par la FGTB devait être validé par la suite, on s'éloignerait du but du législateur qui était de « sécuriser la relation de travail ».

### Pour conclure (provisoirement) sur les formes multiples et variées de l'activation

On assiste ainsi à un développement de l'activation des allocataires sociaux dans les différents secteurs de la sécurité sociale. Cette activation a des modalités très diverses : par exemple, la nature de l'activation peut être contrainte ou volontaire. Le niveau de contrainte peut varier de degrés faibles allant d'une invitation à prester du service

33 Projet de loi portant dispositions diverses en droit du travail liées à l'incapacité de travail, Exposé des motifs, Doc. Parl., Chambre, 16 novembre 2016, n° 54-2155/001, p. 3.

34 Nouvel art. 73/2, §4 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs en ce qui concerne la réintégration des travailleurs en incapacité de travail suite à l'arrêté royal du 28 octobre 2016 modifiant l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs en ce qui concerne la réintégration des travailleurs en incapacité de travail (*Moniteur belge*, 1er décembre 2016).

35 D. Caccamisi, « Le nouveau trajet de réintégration des travailleurs en incapacité de travail : un aperçu de la réforme et de ses conséquences sur la force majeure médicale », *op. cit.*, p. 6.

36 FGTB, « Le trajet de réintégration des malades, une machine à licenciements pour les employeurs », 27 avril 2017, http://www.fgtb.be/-/le-trajet-de-reintegration-des-malades-une-machine-a-licenciements-pour-les-employeurs, consulté le 26 septembre 2017.

communautaire à des degrés plus élevés, tels qu'une obligation de rechercher activement un emploi convenable. L'activation peut viser la réinsertion professionnelle ou la réinsertion sociale. Elle peut favoriser la conclusion d'un contrat de travail, le recours au bénévolat ou désormais, au service communautaire. Elle peut avoir pour effet de responsabiliser l'assuré social ou de renforcer les obligations des institutions de sécurité sociale, et, parfois, les deux concomitamment. L'activation peut encore se déployer sous différentes formes en fonction de l'accompagnement prodigué. Il peut s'agir d'un accompagnement soutenu, très balisé ou d'un encadrement plus léger, voire inexistant. Il pourrait être intéressant d'évaluer, dans chaque secteur de la sécurité sociale, ne fût-ce que le temps accordé par chaque conseiller à l'assuré pour l'aider dans sa recherche d'emploi, de formation ou d'activité.

L'application des règles peut, elle aussi, donner lieu à une activation différenciée dans le pays. Ainsi, il est possible que dans le domaine de l'assurance indemnités, le caractère volontaire d'un programme connaisse différents degrés (d'un consentement éclairé à un consentement implicite par exemple). Dans le domaine du droit à l'intégration sociale, des travailleurs sociaux souhaitent que le service communautaire reste volontaire en décidant qu'il ne peut être utilisé pour démontrer sa disposition à travailler (et que la personne doit être exemptée de démontrer cette condition d'octroi). Certains CPAS ont été un pas plus loin et ont décidé de « boycotter » le service communautaire, en ne proposant tout simplement pas aux allocataires de recourir à un tel dispositif.

À l'heure actuelle, l'activation a donc des modes opératoires très divers. On peut regretter que face à un tel laboratoire de politiques sociales, les évaluations des politiques d'activation demeurent relativement rares. Si l'activation, peu importent ses contours, favorisait systématiquement la réinsertion sur le marché du travail en permettant à la personne d'avoir accès à un emploi de qualité, correspondant à ses qualifications, beaucoup seraient demandeurs d'une activation généralisée. Or, il apparaît que les effets des politiques d'activation mises en place ne sont pas si clairs[37]. En Belgique, le rapport 2014 du Conseil supérieur de l'emploi enjoint certes de poursuivre les politiques d'activation mais précise également que « l'efficacité en termes de retour à l'emploi de ces procédures et des sanctions éventuelles auxquelles elles peuvent donner lieu est difficile à évaluer […]. L'impact d'une sanction sur le retour à l'emploi n'a de fait pas pu être démontré de manière univoque »[38]. En France, parmi les études qui ont examiné les politiques d'activation, citons celle de 2012 réalisée sur des jeunes chômeurs français qui révèle que les politiques d'activation mises en place en France peuvent avoir pour effet d'augmenter le taux d'emploi des chômeurs accompagnés, mais qu'elles réduisent simultanément la chance des allocataires non accompagnés de trouver un poste de travail[39]. Autrement dit, les politiques d'activation ont pour effet de changer l'ordre dans la file d'attente pour l'emploi sans augmenter le niveau d'emploi total.

---

37 Des résultats positifs mais limités ont surtout pu être montrés à l'égard des jeunes peu scolarisés dans la mesure où il y avait une offre d'emploi suffisamment abondante. B. Cockx, M. Dejemeppe et B. Van der Linden, « L'activation du comportement de recherche favorise-t-elle un retour plus rapide à l'emploi ? », *Regards économiques*, n° 85, février 2011, 16 p.

38 Conseil supérieur de l'emploi, rapport 2014, juin 2014, p. 10.

39 B. Crepon, E. Duflo, M. Gurgand, R. Rathelot et P. Zamora, « Do Labor Market Policies have Displacement Effects? Evidence from a Clustered Randomized Experiment », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 128, n° 2, 2013, pp. 531-580.

Au-delà du souhait d'une évaluation plus systématique des politiques publiques, certains domaines pourraient être davantage coordonnés. On pense en particulier au manque de cohérence entre les branches de la sécurité sociale, notamment en ce qui concerne l'évaluation de la capacité de travail et l'accompagnement prodigué. En Belgique, le système de protection sociale de la personne souffrant d'une inaptitude au travail est particulièrement « éclaté »[40]. Dans le meilleur des cas, cette personne est amenée à relever d'un secteur de la protection sociale contributif tel que l'assurance chômage ou l'assurance soins de santé et indemnités. À défaut, elle peut recourir, si du moins elle se trouve dans un « état de besoin » sur le plan pécuniaire, à l'allocation de remplacement de revenus destinée aux personnes handicapées, ou encore, en cas de refus de cette demande, à l'aide sociale de dernière ligne allouée par les CPAS (droit à l'intégration sociale et aide sociale au sens strict). Ces allers et retours entre régimes assurantiels et assistantiels démontrent la nécessité d'une réflexion plus approfondie sur le profil des assurés qui dépendent des allocations de chômage ou de l'assurance soins de santé et indemnités. Les personnes qui ne sont plus réellement aptes à travailler, doivent-elles continuer à relever de l'assurance chômage ?

Après des décennies d'inaction, le monde politique semble aujourd'hui enfin disposé à mener ce débat puisqu'un projet est actuellement à l'étude afin d'éviter les situations de ballotement entre institutions de sécurité sociale. Le 25 avril 2014, un Collège national de médecine d'assurance sociale en matière d'incapacité de travail a été créé, notamment pour « proposer des méthodes standardisées d'évaluation de l'incapacité de travail dans le but d'une harmonisation des évaluations dans les différentes branches de la sécurité sociale »[41]. Un tel Collège parviendra-t-il à dépasser les exigences budgétaires et les réflexes propres à chaque branche ? Ses membres pourront-ils penser la sécurité sociale comme un tout qui permet d'évaluer de façon cohérente les capacités et les incapacités de travail ? Cette réflexion aura-t-elle lieu en vue de donner aux allocataires sociaux un revenu et un accompagnement digne, peu importe la branche de sécurité sociale concernée ? C'est à espérer.

---

40 Voir P. Palsterman, « L'incapacité de travail des travailleurs salariés dans le droit belge de la sécurité sociale : approche transversale », *Chroniques de droit social*, 2004, n° 6, p. 305.

41 Art. 16 et 17 de la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de sécurité sociale, *Moniteur belge*, 6 juin 2014.

**VANESSA DE GREEF**

**Chercheuse et maître d'enseignement à l'Université libre de Bruxelles . Thèmes de recherche : droit social, santé mentale et droit, politiques institutionnelles, droits fondamentaux, idéologie du droit.**

**Publications :**

**~ V. De Greef, « Les constructions et fondements idéologiques multiples du droit au travail des chômeurs souffrant de troubles mentaux en Belgique », *Administration Publique*, 2017, n° 3, pp. 188-201.**

**~ V. De Greef et J. Porta, « Commentaire de l'article 32. Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail », *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Commentaires article par article*, sous la dir. de F. Picod et S. Van Drooghenbroeck avec la collaboration de C. Rizcallah, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 695-712.**

Mimi Zou

# Pour une refonte des programmes pour les travailleurs migrants temporaires*


## RÉSUMÉ

Au début du 21ème siècle, les TMWP (programmes pour les travailleurs migrants temporaires) ont été créés et se sont développés dans de nombreux États développés, libéraux et industrialisés. Cet article examine les restrictions les plus problématiques en matière d'emploi et de droits sociaux des migrants, dans des pays d'accueil démocratiques libéraux. En examinant et en critiquant un certain nombre de propositions en vue de la refonte des TMWP, cet article de s'appuyer sur le compromis « Exit, Voice » dans les relations de travail des migrants pour envisager la refonte des principales caractéristiques des TMWP actuellement en cours.


*MOTS CLÉS: Main-d'œuvre migrante, migration temporaire, droit de l'immigration et du travail, emploi et droits sociaux, travailleurs immigrés.*


## ABSTRACT

At the beginning of the 21st century, (TMWPs) have emerged and expanded in numerous advanced industrialised, liberal states. This paper probes into the most problematic restrictions of migrants' employment and social rights under such schemes in liberal democratic host states. In reviewing and critiquing a number of notable proposals for redesigning TMWPs, this paper puts forward the discourse of 'exit and voice' in migrants' work relations as a normative foundation for redesigning the key features of current TMWPs.


*KEY WORDS: Labour Migration Programmes, Migrant Workers' Rights, Temporary Labour Migration, Immigration and Labour Laws, Employment and Social Rights.*

*La version originale de cet article en anglais est parue dans Lavoro e Diritto, vol. 1. 2017, pp. 91-109.

L'admission au séjour de travailleurs migrants temporaires est devenue un moyen de plus en plus répandu pour accéder au marché du travail dans les pays industrialisés, notamment dans ceux qui ont traditionnellement mis l'accent sur l'installation permanente des travailleurs migrants[1]. En cherchant à différencier les TMWP contemporains des systèmes de travailleurs « invités » d'après-guerre, « moins humains », les défenseurs de ces nouveaux instruments soutiennent que « conçus avec soin » ils peuvent constituer un instrument politique permettant de gagner sur trois tableaux[2].

Ils soutiennent premièrement que les TMWP peuvent être un élément de réponse aux besoins de l'économie et du marché du travail dans les pays d'accueil, tout en apaisant les inquiétudes politiques nationales concernant les migrations permanentes. Deuxièmement, les pays d'origine peuvent bénéficier des envois de fonds et des transferts de compétences de leurs ressortissants, tout en atténuant le problème de la « fuite des cerveaux ». Troisièmement, pour les migrants et leurs familles, les TMWP donnent accès à des opportunités d'emploi à l'étranger par des voies légales. D'un autre côté, les critiques ont mis en évidence le caractère intrinsèquement abusif de ces mêmes instruments qui imposent des restrictions en matière d'emploi et de droits sociaux des migrants et qui fournissent aux employeurs des moyens de contrôle supplémentaires sur le lieu de travail et au-delà[3].

Les différentes positions adoptées dans ce débat soulèvent la question de la posture morale à adopter vis-à-vis de migrants qui ne sont pas citoyens des pays d'accueil. Cette contribution commence par critiquer une proposition relativement influente en faveur d'un arbitrage entre le « nombre de migrants et les droits des migrants », qui suggère qu'il existe un compromis politique possible entre l'ouverture de la politique d'immigration d'un pays d'accueil d'une part et les droits accordés aux migrants admis d'autre part (I)[4]. Nous verrons par la suite quelques propositions importantes pour « améliorer » les TMWP qui ont été avancées par la doctrine, notamment dans l'idée d'accorder aux migrants un ensemble restreint de droits « fondamentaux » (II). La dernière partie de cette contribution

1 Commission mondiale sur les migrations internationales (GCIM), *La migration dans un monde interconnecté : nouvelles orientations pour l'action*, Suisse, GCIM, 2005, p. 16.

2 M. Ruhs, « Le potentiel des programmes de migration temporaire dans la future politique migratoire internationale », *Revue internationale du travail*, n° 145, 2006, p. 7.

3 S. Castles, « Guestworkers in Europe: A Resurrection? » *International Migration Review*, vol. 40, 2006, p. 741 ; C. Dauvergne et S. Marsden, « The Ideology of Temporary Labour Migration in the Post-Global Era », *Citizenship Studies*, vol. 18, 2014, p. 224 ; B. Anderson, "Migration, immigration controls and the fashioning of precarious workers », *Work, Employment and Society*, vol. 24, 2010, p. 300 ; J. Fudge, « Precarious Migrant Status and Precarious Employment: The Paradox of International Rights for Migrant Workers", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 34, n° 1, 2012, p. 96.

4 M. Ruhs, *The Price of Rights : Regulating International Labor Migration*, Princeton University Press, 2013, p. 173.

(III) présente des idées sur la réforme possible des aspects les plus problématiques des TMWP, consistant à élargir les possibilités de mettre un terme à leur relation de travail et de s'exprimer et plus largement de pouvoir faire cela dans le cadre de leur projet migratoire.

## I – « NUMBERS VERSUS RIGHTS » ?

Un des aspects majeurs des revendications « triplement gagnantes » en matière de TMWP concerne les prétendus avantages découlant de la possibilité offerte aux migrants d'accéder à l'emploi dans des pays d'accueil à revenu élevé. De tels arguments présupposent généralement que la plupart des migrants temporaires n'ont souvent pas l'intention de résider à long terme dans le pays d'accueil, mais souhaitent simplement avoir accès à des opportunités économiques afin « d'améliorer leurs conditions de vie » dans la perspective du retour dans leur pays[5].

Les défenseurs des TMWP contemporains affirment que de tels systèmes élargissent les canaux légaux de la migration mondiale économique face à de puissants facteurs d'incitation et d'attraction. Sans cela, ils estiment que les migrants peuvent être poussés vers des secteurs informels et moins réglementés du marché du travail sur lesquels ils sont plus vulnérables et sujets à exploitation[6].

Comme Pevnick le fait remarquer, il est peu probable que les travailleurs étrangers préfèrent un système avec des droits légaux complets excepté, un très petit nombre d'entre eux (poussant ainsi de nombreuses personnes vers l'immigration clandestine) plutôt qu'un programme relativement humain pour les travailleurs invités, permettant l'entrée d'un nombre suffisant de travailleurs pour satisfaire la demande en main-d'œuvre[7]. Les TMWP sont donc considérés comme une politique de « second choix », face à l'alternative « politiquement irréalisable » d'accorder la résidence permanente à tous les migrants.

Les arguments en faveur de l'extension des TMWP accordent un poids considérable à la proposition d'un compromis entre accueillir « en nombre de migrants et accorder des droits aux migrants ». Dans son analyse des TMWP dans plus de 50 pays à revenu élevé, Ruhs estime que plus la politique d'admission est « ouverte » (en nombre de migrants), plus l'ensemble des droits accordés aux migrants est restreint, et inversement. Il soutient que les droits des migrants ont non seulement une valeur intrinsèque, comme le soulignent les approches axées sur les droits de l'homme, mais ces droits jouent également un rôle déterminant sur les effets des migrations économiques pour les pays d'accueil, les États d'origine et les migrants eux-mêmes.

Pour Ruhs, les droits accordés aux migrants reposent sur l'évaluation par les décideurs des coûts et des avantages pour la population du pays d'accueil[8]. Il reconnaît avec prudence le poids moral des droits de l'homme, mais soutient que les raisonnements axés sur ces

5 D. Bell, « Justice for Migrant Workers? Foreign Domestic Workers in Hong Kong and Singapore » in Sor-hoon Tan (dir.), *Challenging Citizenship : Group Membership and Cultural Identity in a Global Age*, Surrey and Burlington, Ashgate 2005.

6 GCIM, *Migration in an Interconnected World* (n° 24).

7 R. Pevnick, *Immigration and the Constraints of Justice*, CUP, 2011, p. 179.

8 Ruhs, *Price of Rights,* (n° 54), 13.

droits ne tiennent pas souvent compte des avantages économiques pour les migrants, et principalement de l'intérêt des futurs migrants qui cherchent à accéder au marché du travail des pays à revenu élevé. La reconnaissance d'un large éventail de droits et/ou d'une égalité des droits (comme citoyens) en faveur des migrants est susceptible d'avoir pour « prix », ou pour contrepartie, une politique d'admission plus restrictive vis-à-vis des futurs migrants.

Il est cependant probable que cette argumentation soit utilisée de manière détournée pour justifier la privation de la quasi-totalité des droits ayant un coût éventuel. Le compromis entre « nombre de migrants et droits des moigrants » peut engendrer des dilemnes normatifs pour des États démocratiques libéraux attachés aux principes fondamentaux des droits de la personne et à l'égalité. Ruhs a tenté de préciser que si « certains droits génèrent des coûts », cela « ne signifie pas qu'il soit justifié moralement de cautionner ou de préconiser de telles restrictions[9] ». Pourtant, le « prix » de ces droits semble impliquer que certains objectifs réglementaires tels que l'efficacité économique soient privilégiés par rapport à d'autres. Une telle optique peut affecter la légitimité morale, le poids des droits de l'homme et des principes d'universalité, d'inaliénabilité et d'indivisibilité. Castles s'est interrogé sur le fait de savoir s'il est acceptable d'échanger les droits des travailleurs contre des gains économiques[10].

Les exemples de politiques de migration économique qui limitent simultanément les droits des migrants et le nombre de migrants ne sont pas rares dans de nombreux États libéraux comme le Royaume-Uni. L'analyse de Ruhs s'est largement limitée à l›examen des « droits sur papier ». Bien qu'il reconnaisse qu'« en théorie, les migrants peuvent se voir refuser certains droits consacrés légalement[11] », l'enquête de Ruhs ne va pas jusqu'à un examen des « droits dans la pratique ». Notamment, son enquête n'a pas prêté suffisamment attention aux effets des statuts juridiques précaires de ces migrants sur la mise en œuvre concrète de leurs droits en matière d'emploi.

## II – LA REFONTE DES TMWP

Diverses propositions ont été faites en vue de la refonte des TMWP contemporains. Ces propositions, qui sont examinées ici, reposent sur un point commun : l'octroi de certains droits aux migrants dans le cadre des TMWP, tout en restreignant une série d'autres droits. Cependant, les propositions diffèrent par leurs prémisses.

L'aptitude de Ruhs à tolérer certaines restrictions des droits en échange de l'accès des migrants au marché du travail de l'État hôte est fondée sur l'octroi d'un ensemble de droits « essentiels » aux migrants dans le cadre des TMWP[12]. Son argumentation repose sur l'idée que les droits civils et politiques fondamentaux des migrants (à l'exception du droit de vote) ne doivent pas être restreints en vertu d'un quelconque régime juridique. D'autres droits peuvent en revanche être restreints si l'on peut prouver qu'ils engendrent des coûts

9 *Ibid*. 4.

10 Castles, « Guestworkers in Europe: A Resurrection? » (n° 3) p.749.

11 Ruhs, *Price of Rights,* (n° 54), 12.

12 *Ibid*.

nets pour les États hôtes. Il soutient qu'il faut limiter les restrictions à celles qui existent déjà dans les États démocratiques à revenu élevé, à savoir par exemple le droit au libre choix de l'emploi, le droit au regroupement familial et le droit à une résidence permanente.

Pevnick propose également de reconnaître un ensemble de droits fondamentaux, « essentiels » dans le cadre d'un régime de travailleurs invités éthiquement acceptable, qui permettrait aux migrants de travailler pour différents employeurs et de protéger leurs droits fondamentaux en matière d'emploi. En ce qui concerne les droits qui peuvent être exclus ou restreints, il vise l'accès à la citoyenneté, à la sécurité sociale, au regroupement familial »[13].

La distinction faite par Ruhs et Pevnick entre les droits essentiels et droits non-essentiels dans le cadre des TMWP risque de renforcer la démarcation entre les droits civils et politiques d'un côté et les droits sociaux et économiques de l'autre, selon une hiérarchie donnant la priorité aux premiers. De plus, toute rationalisation visant à faire la distinction entre droits essentiels et droits non-essentiels doit dépasser les arguments fondés sur le « coût » de ces droits. Ces propositions semblent reposer sur une vision instrumentale selon laquelle les droits accordés aux migrants sont déterminés par des considérations coûts-avantages qui « dépendent de leurs impacts sur la population locale dans le pays d'accueil[14] ». De tels arguments ont peu d'attrait pour les défenseurs des droits de l'homme et de l'engagement de l'État en faveur de l'universalité, l'inaliénabilité et l'indivisibilité des droits de l'homme.

Reconnaissant les contraintes morales qui pèsent sur les démocraties libérales lorsqu'il s'agit d'opérer une distinction entre les citoyens et les non-citoyens pour attribuer des droits, Carens a adopté une approche normative plus substantielle qui identifie les circonstances dans lesquelles les États libéraux peuvent légitimement accepter des travailleurs migrants de manière temporaire et imposer certaines restrictions des droits. Il admet que les restrictions imposées en petit nombre sur les droits sociaux peuvent être justifiées par le caractère temporaire du séjour des migrants dans le pays d'accueil.

Pour Carens, l'admission de travailleurs migrants temporaires assortie de restrictions explicites à leur droit de séjour dans le pays d'accueil serait moralement acceptable à condition que ces travailleurs ne soient effectivement présents que pour une courte période. Pour les personnes admises à travailler avec un visa temporaire « qui n'ont d'autre droit de *résidence que leur présence dans l*e pays[15] *»,* il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'elles quittent le pays d'accueil après un an ou deux, à l'expiration de leur visa. Cependant, pour Carens, « il n'est pas acceptable de maintenir les personnes dans un statut temporaire qui serait constamment renouvelé, si bien qu'en réalité, elles resteraient longtemps, voire définitivement, dans une situation de vulnérabilité et avec des droits restreints[16] ».

---

13 Pevnick, *Immigration and the Constraints of Justice* (n 8) 178

14 Ruhs, *Price of Rights,* (n 5) 13.

15 J. H. Carens, « Live-in Domestics, Seasonal Workers, and Others Hard to Locate on the Map of Democracy », *Journal of Political Philosophy*, vol. 16, 2008, p. 422.

16 J. Carens, « Who Belongs? Immigration, Democarcy, and Citizenship » in O. Schmidtke and S. Ozcurumez (dir), *Of States, Rights, and Social Closure*, Palgrave Macmillan 2007, p. 17.

Plutôt que de promouvoir l'extension des droits aux migrants temporaires, Ottonelli et Torresi exigent la mise en place d'options, de renoncements possibles à tous les stades du projet de migration. Les mesures peuvent comprendre le fait de donner aux migrants la possibilité de changer d'emploi et de retourner dans leur pays d'origine quand ils le souhaitent, de permettre le transfert des prestations de sécurité sociale dans le pays d'origine, de permettre des visites fréquentes et des interactions avec le pays d'origine[17].

## III – « TOWARDS EXIT AND VOICE »[18]

Notre propos est de reprendre la proposition Hirschman « *Exit, Voice, and Loyalty* »[19] pour l'appliquer aux travailleurs migrants mécontents qui entendent rompre la relation de travail pour chercher de meilleures conditions de travail ou qui recourrent à des mécanismes d'« expression » collective tels que le syndicalisme ou la négociation collective[20]. *Exit, Voice* sont généralement considérées comme des compromis puisque l'absence d'« expression » collective peut augmenter la probabilité d'une rupture de la relation et *vice versa*, comme le montre le lien établi par Freeman entre le syndicalisme et les taux de démission[21].

Dans certaines situations, les travailleurs sont privés de la possibilité de recourir à des mécanismes de rupture et d'expression. Selon Hirschman, les coûts initiaux d'entrée élevés, les pénalités sévères et les sanctions en cas de rupture peuvent diminuer voire supprimer l'importance du compromis *Exit, Voice*. Hirschman identifie ces frais d'entrée et ces pénalités à des dispositifs permettant aux organisations de générer ou de renforcer la loyauté des consommateurs ou des salariés. En d'autres termes, la loyauté perturbe le fonctionnement de *Exit, Voice* en incitant les consommateurs ou les salariés à rester au sein d'une organisation[22].

Les coûts d'entrée peuvent inclure le temps, l'argent, les ressources et l'énergie investis par le migrant, sa famille et sa communauté pour se lancer dans le projet de migration. Dans le même temps, les pénalités en cas de rupture de la relation peuvent être lourdes. Si un migrant bénéficiaire d'un TMWP quitte son poste de travail, il pourrait en subir des conséquences négatives comme la perte de l'autorisation légale de séjour dans le pays d'accueil, voire courir le risque d'une expulsion. D'autres sanctions possibles peuvent consister en une obligation de remboursement de dettes importantes, ou plus simplement résider dans la honte associée à un retour anticipé.

---

17 V. Ottonelli et T. Torresi, « Inclusivist Egalitarian Liberalism and Temporary Migration : A Dilemma », *Journal of Political Philosophy* », vol. 20, 2012, p. 220.

18 Ndlr : Si on devait traduire cette expression en langue française, nous pourrions proposer de la comprendre comme l'expression d'un choix entre liberté de rupture et droit d'expression collective. Néanmoins, nous préférons par souci de fidélité à l'intention de l'auteur reprendre telle quelle cette expression en langue anglaise.

19 A. O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1970.

20 R. B. Freeman and J. L. Medoff, *What Do Unions Do?*, New York, Basic Books, 1984.

21 R. B Freeman, « The Exit-Voice Tradeoff in the Labor Market : Unionism, Job Tenure, Quits, and Separations », *The Quarterly Journal of Economics*, n° 94, 1980, p. 643.

22 Hirschman n° 18, p. 93.

Plus les sanctions en cas de rupture sont lourdes, plus les mécanismes d'expression deviennent importants pour les travailleurs. Il semblerait que le rattachement du statut juridique des migrants à un parrainage par un employeur dans le cadre de TMWP oblige ou contraint à la « loyauté » les travailleurs migrants ainsi immobilisés par des droits d'entrée importants et des pénalités de rupture prohibitives. L'utilisation du droit d'expression selon un canal individuel ou collectif, formel ou informel, comme les procédures judiciaires, la négociation collective ou les procédures amiables de résolution des litiges,est compromise dans de telles situations. Les migrants peuvent être réticents à exprimer un mécontentement ou une plainte contre leur parrain ou leur employeur lorsque la rupture n'est pas une possibilité viable.

L'élargissement des possibilités de cessation de la relation de travail des migrants est essentiel pour qu'ils puissent s'engager librement sur le marché du travail du pays de résidence et plus généralement pour faciliter leurs projets de vie, liés à la réalisation de leur projet migratoire. La possibilité de mettre un terme à une relation de travail et/ou à un projet migratoire défaillant pour certains travailleurs migrants et leurs familles peut engendrer de lourdes contraintes pratiques comme la nécessité de rembourser des dettes importantes contractées avant et pendant le voyage migratoire. Cela rend d'autant plus important le recours au droit d'expression, notamment en ce qui concerne les mécanismes de représentation et de mobilisation collective qui peuvent améliorer le pouvoir de négociation individuel d'un travailleur qui a peu ou pas de possibilité de rupture. L'accès à des mécanismes de représentation efficaces peut constituer un rempart contre l'exploitation par l'autonomisation collective et la mobilisation des travailleurs migrants dans le cadre des TMWP, comme pour leurs homologues bénéficiant de la résidence permanente et de la citoyenneté.

## IV – PROPOSITION DE RÉFORME BASÉE SUR *EXIT AND VOICE*

### A – Détacher le statut de résident du parrainage par l'employeur

L'élimination des contraintes légales sur la mobilité des migrants est essentielle à l'exercice de la liberté de rupture des migrants, et minimiserait le risque de voir des travailleurs liés de force à un employeur et à une relation de travail. Bien que les TMWP n'empêchent pas explicitement les migrants de changer d'employeur, leur autorisation légale de travailler et de résider dans le pays d'accueil est basée essentiellement sur un accord de parrainage avec un employeur ou un utilisateur de main-d'œuvre déterminé.

Ruhs soutient que la portabilité des autorisations de travail ou des visas entre différents employeurs pourrait être limitée de manière acceptable à une courte période (par exemple six mois), sinon cela réduirait considérablement la propension des employeurs locaux à recruter des travailleurs migrants s'ils sont libres de quitter l'employeur qui les a recrutés avant qu'une partie des coûts du recrutement n'ait été récupérée par ledit employeur[23] ».

23 *Ibid.*, 175.

Carens propose une période de trois mois maximum pour limiter la liberté des migrants de changer d'employeur, de sorte que les « coûts de recrutement » puissent être récupérés. Même avec une telle restriction, il devrait exister une clause de sauvegarde en cas de comportement abusif de la part de l'employeur durant cette période[24].

Sans la liberté de rompre une relation de travail à tout moment, un migrant peut être soumis à des formes graves d'exploitation qui ne sont pas acceptables, même pour une « courte période ». S'il est vrai que Carens propose une clause de sauvegarde, il ne précise pas comment cela fonctionnerait en pratique. Une telle clause semble viser des situations de travail extrêmement abusives *a posteriori,* alors qu'il serait préférable d'empêcher que ne se crée cette source de vulnérabilité des migrants engendrée par des restrictions à l'immigration. Une réponse raisonnable à la nécessité des employeurs de récupérer les coûts de recrutement consisterait à réduire les frais de visa et les frais administratifs pour les employeurs et les travailleurs migrants (ce qui pourrait aussi réduire la dette des migrants).

Au cœur de notre proposition se trouve l'idée selon laquelle l'autorisation légale du migrant de travailler et de résider dans le pays d'accueil devrait être détachée du contrat de travail le liant à un parrain spécifique. Les migrants peuvent se voir délivrer une autorisation de travail transférable non liée au parrainage particulier d'un employeur, qui leur permette de changer d'employeur et de chercher un autre emploi pendant toute la durée de l'autorisation de séjour. Les intermédiaires du marché du travail et les ministères du travail peuvent jouer un rôle constructif en canalisant l'information et les ressources pour mettre en relation les migrants avec les employeurs des zones de pénurie identifiées avant, à leur arrivée, ainsi que pendant leur séjour dans le pays d'accueil.

De nouveaux types d'intermédiaires tels que les entreprises sociales identifiées par l'étude de Forde et MacKenzie[25] peuvent jouer un rôle positif pour répondre aux besoins des travailleurs migrants tout au long de leur projet migratoire, par exemple, en facilitant la transition d'un emploi à un autre. Un cadre réglementaire solide concernant les obligations et les responsabilités en matière d'enregistrement et d'octroi de licences, de suivi et d'application peut contribuer à réduire les éventuelles pratiques abusives d'intermédiaires moins scrupuleux.

### B – Mobilité professionnelle et sectorielle et « pénurie de compétences »

Une des principales justifications des TMWP comme instruments d'une politique visant à remédier à des pénuries de compétences spécifiques a été utilisée pour justifier les restrictions sur le libre choix de l'emploi des migrants dans le cadre de ces programmes. Vues les contraintes pesant sur la liberté des migrants de changer d'employeur, les restrictions à la mobilité de la main-d'œuvre en ce qui concerne la profession et/ou le secteur peuvent être conçues de telle sorte que les travailleurs puissent parfois avoir des possibilités de rupture et d'expression. La proposition principale est que le choix de l'emploi des migrants

24 Carens, « Live-in Domestics », n° 15, p. 433.

25 Ch. Forde et R. MacKenzie, « The Ethical Agendas of Employment Agencies Towards Migrant Workers in the UK : Deciphering the Codes », *Journal of Business Ethics*, vol. 97, 2010, p. 31.

pourrait se limiter à une liste définie de professions et de secteurs connaissant une pénurie de main-d'œuvre attestée sur le marché du travail local. Les autorisations de travail des migrants leur permettraient de choisir entre les professions de cette liste et d'opérer des transferts.

Un outil politique rigoureux permettant d'identifier les véritables pénuries de main-d'œuvre consisterait à recourir à un groupe d'experts indépendants pour compiler et mettre régulièrement à jour une liste de professions connaissant des pénuries, avec le concours des parties prenantes, y compris les migrants et leurs organisations. Par exemple, le *Migration Advisory Committee* (MAC) au Royaume-Uni est un organe d'experts indépendants qui effectue des analyses régulières des pénuries de main-d'œuvre qualifiée et conseille le gouvernement sur une série de réponses politiques appropriées, qui vont au-delà de la migration des travailleurs. Le MAC s'appuie à la fois sur des données « descendantes » du marché du travail et sur des données « ascendantes » provenant d'employeurs, de groupes d'affaires, de syndicats et de ministères. Plutôt que de simplement se fier à l'affirmation de l'employeur selon lequel il existe des « pénuries », cette approche pourrait prendre en compte des facteurs plus larges du marché du travail et de l'économie, ainsi que les intérêts de divers acteurs du marché du travail.

### c – Protections de l'emploi et organisation collective

Dans les États démocratiques et libéraux, les lois sur la protection de l'emploi s'appliquent généralement de la même manière aux migrants temporaires (ayant un statut de résident légal) qu'aux résidents permanents et aux citoyens[26]. La protection efficace des droits du travail des migrants exige de distinguer leur statut de migrant de l'application des lois sur l'emploi. Un modèle de TMWP qui n'associe pas l'autorisation d'emploi et de résidence du migrant à un parrainage obligatoire de l'employeur atténuerait les craintes de représailles si les migrants cherchaient à porter plainte contre leur employeur en cas de violation de leurs droits.

L'application de contrôles à l'immigration est aussi une source importante d'obstacles pratiques à l'accès des migrants à la protection de l'emploi. La fonction de protection des travailleurs, inhérente à l'inspection du travail, peut être sérieusement compromise lorsque les inspecteurs sont aussi censés représenter les autorités de l'immigration. L'application des droits des migrants dans le travail exige que les inspections du travail s'acquittent de leur mandat sans compromis. Un « pare-feu légal[27] » devrait être mis en place entre l'application de la loi sur l'immigration et la protection des droits du travail des migrants pour permettre aux migrants ayant des statuts précaires de pouvoir revendiquer ces droits.

Fondamentalement, les syndicats peuvent jouer un rôle essentiel dans l'organisation des migrants dans le cadre des TMWP afin d'élargir leurs possibilités d'expression sur le lieu de travail, en particulier lorsque leurs possibilités de rupture sont limitées. Les migrants doivent pouvoir adhérer librement aux syndicats de leur choix, solliciter l'assistance des syndicats pour faire valoir leurs droits et s'organiser collectivement pour améliorer leurs salaires et leurs conditions de travail sans craindre de mettre en péril leur statut juridique.

---

26 Carens, 'Live-in Domestics', n° 15, p. 425.

27 J. Carens, « The Rights of Irregular Migrants », *Ethics and International Affairs,* vol. 22, 2008, p. 167.

Cela met à nouveau en évidence la nécessité de ne pas lier l'autorisation d'entrée et de séjour des migrants dans le pays d'accueil au parrainage d'un employeur déterminé. Les syndicats peuvent en outre être un moyen de surmonter les divisions de la main-d'œuvre en favorisant la solidarité entre les migrants et les travailleurs résidents, les migrants plus établis et les nouveaux migrants, ainsi que les différents groupes ethniques et raciaux. Il peut y avoir un alignement des intérêts entre les travailleurs migrants et les travailleurs résidents dans la lutte contre les relations de travail abusives que la mobilisation collective et l'autonomisation peuvent aider à atteindre.

Il est nécessaire également que les syndicats innovent dans l'organisation et la mobilisation de la main-d'œuvre migrante « temporaire », par exemple en nouant des alliances avec les communautés de migrants et les organisations de la société civile. Il existe également un potentiel d'organisation transnationale entre les syndicats des pays d'accueil et des États d'origine, via la participation des organisations syndicales internationales. Cependant, la tentative ratée de l'Association européenne des travailleurs migrants de devenir une structure organisationnelle transnationale pour les travailleurs migrants détachés dans le secteur de la construction révèle les limites politiques de la solidarité transfrontalière entre les mouvements ouvriers nationaux[28].

### D – Protection sociale

La possibilité d'accéder aux droits sociaux dans le pays d'accueil, qu'il s'agisse des prestations de chômage et maladie ou de l'éducation et des services de logement, peut être plus faciles pour les migrants sous TMWP et pour les membres de leur famille. Cependant, la restriction de l'accès des migrants à la protection sociale est souvent défendue pour maximiser la « contribution nette fiscale des migrants » et en minimiser le « coût » pour le pays d'accueil et les citoyens de l'extension des services publics et des prestations sociales aux migrants[29].

Cependant, le principe de l'inclusion dans les États libéraux exige au moins que ces personnes soient admises comme membres temporaires du personnel de l'entreprise et de la société qui les accueille (travail et vie aux côtés des résidents permanents et des citoyens, travail rémunéré, obéissance aux lois du pays d'accueil) ; ils ne devraient pas être exclus des avantages sociaux pendant leur séjour. A minima, l'accès aux avantages sociaux « universels » comme les services de santé publique et l'éducation dans les pays d'accueil devrait être possible en droit et en pratique pour les migrants et les membres de leur famille dans le cadre des TMWP.

La distinction nuancée de Carens entre les différents types de prestations sociales selon la nature et le but est plus convaincante. Sur la base du principe de réciprocité, il soutient que les migrants temporaires devraient disposer des mêmes droits ou avoir droit au remboursement des contributions à des programmes liés à leur participation au marché du travail. Tandis que les travailleurs migrants et leurs familles ne peuvent pas bénéficier de ces avantages sociaux en vertu des lois nationales applicables, l'article 27 (2) de la

28 I. Greer, Z. Ciupijus et N. Lillie, « The European Migrant Workers Union and the barriers to transnational industrial citizenship », *European Journal of Industrial Relations*, vol. 19, 2013, p. 5.

29 Ruhs, *Price of Rights,* (n° 5), 47.

Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (ICPRMW) encourage l'État à rembourser « le montant des cotisations versées au titre de cette prestation, sur la base du traitement accordé aux nationaux qui se trouvent dans des circonstances similaires ».

Une proposition réalisable consisterait à ce qu'une partie des impôts sur le revenu et des prestations de sécurité sociale perçus par l'État auprès des travailleurs migrants et des membres de la famille soit versée dans un fonds spécial pour financer l'accès aux prestations sociales pendant leur séjour dans le pays d'accueil. Pour faciliter leur rupture avec le projet migratoire et leur retour vers le pays d'origine, des accords bilatéraux entre les pays d'accueil et d'origine pour garantir la portabilité de ces fonds constitueraient des protections vitales pour les migrants et leurs familles contre les risques de dénuement pendant leur séjour dans le pays d'accueil et lors de leur retour dans le pays d'origine.

Les revendications des migrants temporaires vis-à-vis des programmes sociaux fournis par l'État au bénéfice des citoyens peuvent être restreintes de façon plausible lorsque les programmes visent une redistribution, telle que les aides au revenu et les logements sociaux. Cependant, les revendications des migrants vis-à-vis de ces avantages devraient se renforcer au cours du séjour dans le pays d'accueil. Une période de résidence raisonnable (par exemple 1 à 2 ans) entre le moment où les migrants arrivent dans le pays d'accueil et le moment où ils peuvent prétendre à des prestations sociales non contributives serait acceptable et conforme à la norme internationale sur le droit à la sécurité sociale[30].

### E – Droit à l'accompagnement ou au regroupement familial

Dans le cadre des TMWP, il existe généralement des restrictions sur l'accompagnement ou le regroupement familial. Outre les interdictions explicites, le migrant peut être tenu de démontrer qu'il dispose d'un niveau de revenu et de ressources suffisant pour subvenir aux besoins des membres de sa famille ou prétendre à une demande de regroupement familial après une période de résidence dans le pays d'accueil.

Toute restriction au regroupement ou à l'accompagnement familial doit prendre en compte le poids du droit de mener une vie familiale inscrit dans pléthore d'instruments internationaux, régionaux et nationaux relatifs aux droits de l'homme. Dans le contexte spécifique des migrants, en vertu de l'article 44.2 de l'ICPRMW, « Les États parties prennent les mesures qu'ils jugent appropriées et qui relèvent de leur compétence pour faciliter la vie commune des travailleurs migrants avec leur conjoint ou avec les personnes ayant avec eux des relations qui, en vertu de la loi applicable, produisent des effets équivalant au mariage, ainsi qu'avec leurs enfants à charge mineurs et célibataires ».

30 CESCR, Observation générale n° 19, Le droit à la sécurité sociale (Art 9) (adopté le 23 novembre 2007) U.N. Doc. E/C.12/GC/19 (2008).

Comme le note Carens, « les États démocratiques et libéraux ont du mal à justifier l'annulation de ce droit uniquement par souci de préserver des intérêts purement économiques[31] ». Si une telle restriction devait être imposée dans le cadre d'un TMWP, la période de restriction devrait être aussi limitée que possible, par exemple, les premiers mois du projet migratoire avec la possibilité de rentrer chez soi pour rendre visite à ses proches.

Selon le modèle proposé, le droit des migrants à l'accompagnement ou au regroupement familial ne serait pas subordonné à l'existence d'une relation de travail avec un employeur déterminé. Le risque de mettre un terme au programme de migration est plus fort si les migrants se retrouvent piégés dans des relations de travail abusives et/ou dans des projets migratoires défaillants dans le pays d'accueil. En outre, les membres de la famille doivent avoir le droit de travailler sur le marché du travail du pays de résidence et avoir accès aux droits sociaux susmentionnés.

### F – Droit d'obtenir un statut de résident

Deux options différentes basées sur le principe selon lequel, dans le cadre des TMWP, les migrants devraient avoir un statut de résident légal clair et sécurisé tout au long de leur projet migratoire peuvent être proposées.

La première, c'est que les TMWP devraient être une voie vers la résidence permanente, intégrée dès le début parmi les conditions d'admission au séjour. Si le TMWP permet le renouvellement continu des visas et des permis de travail des migrants, ceux-ci devraient pouvoir demander la résidence permanente après une période minimale d'emploi et de résidence dans le pays d'accueil. Il est important de noter que cette transition vers le statut de résident permanent ne devrait pas nécessiter le parrainage et/ou le soutien d'un employeur déterminé. La difficulté sera de savoir quand les migrants temporaires acquièrent le « droit » au statut de résident permanent. L'Union européenne[32] accorde le statut de résident permanent aux migrants résidant légalement dans un État membre depuis cinq ans.

La deuxième possibilité consiste à rendre les TMWP véritablement temporaires en limitant explicitement le renouvellement des autorisations de travail et des visas. Comme l'affirme Carens, « l'admission temporaire de travailleurs est moralement admissible, mais seulement si la durée de leur séjour est vraiment limitée... les États démocratiques ne peuvent pas maintenir indéfiniment les gens dans un statut « temporaire »[33]. Pendant le séjour temporaire du migrant dans le pays d'accueil, son statut juridique ne devrait pas être compromis ni relever du pouvoir discrétionnaire de l'employeur quant au renouvellement ou à la cessation de son parrainage. Si les migrants dans le cadre du TMWP ne peuvent pas bénéficier de possibilités indépendantes de résidence permanente (qui ne dépendent pas du parrainage d'un employeur), limiter le renouvellement des autorisations de travail et des visas des migrants constituerait une option de second choix.

---

31 *Ibid*.

32 Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée.

33 J. Carens, *The Ethics of Immigration*, Oxford, OUP, 2013, p. 113.

L'argument principal réside dans le caractère indéfendable de l'idée de maintenir les migrants dans une situation de statut légal précaire sur le long terme, ce qui renforcerait leur dépendance vis-à-vis de l'employeur et donnerait une extrême incertitude à leur projet migratoire. On peut également tenir compte du fait que certains migrants entreprennent des « projets de migration temporaire » sans intention de s'installer dans le pays d'accueil seulement pour obtenir les revenus et l'expérience nécessaires pour mener à bien leur vie à long terme, une fois rentrés dans leur pays[34]. Néanmoins, plus ce groupe de résidents « temporaires » reste longtemps, plus ils sont susceptibles de développer des formes de liens affectifs, psychologiques, sociaux, culturels et économiques avec la société d'accueil. Dans les États démocratiques et libéraux, il y a une forte justification morale au fait que ces migrants soient incorporés comme membres à part entière du pays d'accueil sur la base de liens qui se renforcent avec le temps.

### G – Législation, administration et mise en œuvre

Enfin, on peut envisager l'idée qu'un type de réglementation et d›administration clair, transparent et responsable étayant les TMWP qui contribuerait à remédier à certains défauts de fond et de forme qui précarisent la situation des migrants. Des règles d'immigration complexes, incohérentes et souvent bricolées ainsi que des procédures opaques et inefficaces peuvent augmenter la probabilité de violations involontaires des droits autant par les employeurs que par les migrants. Comme le dit Anderson, « paradoxalement dans un système de contrôle bureaucratique et inévitablement complexe, l'État peut perdre le contrôle de la migration et provoquer ainsi une augmentation du nombre de personnes en situation de séjour irrégulier de personnes travaillant en violation du droit, et d'immigrés clandestins[35] ».

Disposer d'informations fiables sur le TMWP, sur les conditions de travail et de vie, sur les lois et protections en matière d'emploi et les règles d'immigration est cruciale pour aider les migrants à faire des choix informés et réfléchis sur leur projet migratoire. Dans la pratique, les migrants recherchent ces informations auprès des employeurs, des intermédiaires du marché du travail et dans leurs réseaux, y compris les amis, les familles et les autres migrants. L'information donnée est souvent délibérément ou involontairement inexacte. Les migrants peuvent également devenir dépendants d'une ou deux de ces sources d'information. Il est par conséquent réellement nécessaire de disposer de mécanismes permettant d'offrir des informations précises et à jour (dans leur propre langue), auxquelles les migrants puissent accéder pour les aider à prendre des décisions plus éclairées concernant leur projet migratoire et faciliter leur faculté de rupture de la relation de travail et d'expression collective

34 Ottonelli et Torresi, n° 17.

35 Anderson (n 3) p. 311.

## Conclusion

Lors de la conception des TMWP, les décideurs des États démocratiques et libéraux doivent s'attaquer à un ensemble de questions normatives et éthiques. L'opinion dominante qui oppose au nombre de migrants les droits des migrants reflète en grande partie une approche utilitariste fondée sur des considérations de comparaison des coûts par rapport aux avantages pour le pays d'accueil. Les propositions de révision des TMWP consistent à accorder aux migrants un petit ensemble de droits « essentiels », tout en restreignant d'autres droits en plus grand nombre. Cependant, de telles propositions requièrent une norme substantielle qui identifie et justifie les droits « fondamentaux » de ceux qui ne le sont pas

Le recours à des mécanismes de rupture et d'expression collective durant toute la relation de travail des migrants et de leur projet migratoire suppose d'intégrer les propositions de réforme ici présentées. Ces propositions cherchent en outre à intégrer les « aspirations et les projets des migrants eux-mêmes[36] » dans les TMWP. Compte tenu des puissants facteurs d'incitation et d'attraction qui alimentent les migrations mondiales de main-d'œuvre, il est peu probable que l›utilisation des TMWP cesse dans un proche avenir. C'est pourquoi, nous avons préféré envisager de réformer les TMWP, plutôt que de plaider pour leur élimination immédiate. Plutôt que de présenter un plan pour un TMWP permettant de gagner sur trois tableaux, il est permis d'espérer que les propositions susmentionnées puissent attirer l'attention des décideurs des États démocratiques et libéraux sur la légitimité normative et la faisabilité pratique de protéger les migrants contre une extrême précarité sur le lieu de travail et au-delà.

36 Ottonelli et Torresi, n° 17, p. 208.

**MIMI ZOU**
**Chercheur à l'Université d'Oxford. Thèmes de recherche : Droit du travail, migration internationale, droit commercial, droit chinois.**

**Publications :**
**~ M. Zou, "The Regulatory Challenges of "Uberization" in China : How to Classify Ride-Hailing Drivers?'", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2017, n° 33, p. 269.**
**~ M. Zou, « The Legal Construction of Hyper-dependence and Hyper-Precarity in Migrant Work Relations », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2015, n° 31, p. 141.**

Susanne Burri

# Articuler vie professionnelle, familiale et privée aux Pays-Bas : quelle flexibilité pour les salariés ?*


## RÉSUMÉ

Les salariés aux Pays-Bas ont le droit de modifier leur durée, temps et lieu de travail sous certaines conditions, entre autres en vue de faciliter l'articulation de leur vie professionnelle et privée. Ces droits sont plus conséquents que ceux proposés par la Commission européenne. Mais, en termes de congés, le droit néerlandais devrait être adapté si la proposition de directive sur le sujet était adoptée.


*MOTS CLÉS : Marché du travail, flexibilité au travail, articulation vie professionnelle et vie privée, proposition de directive de l'UE, congés.*


## ABSTRACT

Workers in the Netherlands have the right to adjust their working time, hours and place under certain conditions, in particular in view of facilitating their work- life balance. These rights are stronger than those recently proposed by the European Commission. However, as regards leaves, Dutch law would have to be amended if the proposal for a directive would be adopted.


*KEY WORDS : Labour Market, Flexible Working Arrangements, Work-Life Balance, Proposal for a EU Directive, Leaves.*

Depuis 2000, le droit néerlandais offre des possibilités aux salariés de diminuer ou d'augmenter leur durée du travail, sauf si des intérêts graves de l'entreprise ou du service s'y opposent. Aujourd'hui, les salariés peuvent également demander un aménagement du temps et du lieu de travail. Ces droits ont pour but de permettre aux salariés d'ajuster leur travail à leurs besoins et désirs durant leur carrière, principalement en vue de faciliter l'articulation de la vie professionnelle, familiale et privée. Ce sont ces droits qui seront ici envisagés ainsi que le contentieux y ayant trait.

Depuis le début des années 90, le vieillissement de la population influence négativement la participation au marché du travail néerlandais comme dans certains autres pays de L'UE. Augmenter cette participation constitue un des principaux buts des politiques sociales des Pays-Bas et elle a effectivement augmenté cette dernière décennie. Cette croissance est surtout due aux femmes : leur participation au marché du travail nette est passée de 64,4 % en 2006 à 70,1 % en 2016. Celle des hommes n'a, par contre, presque pas augmenté (de 79,0 % en 2006 à 79,6 % en 2016)[1]. L'évolution du marché du travail néerlandais est, de plus, caractérisée par une forte amplification de la flexibilité qui prend principalement deux formes : un nombre croissant de salariés travaillant sous contrat à durée déterminée et d'entrepreneurs sans personnel[2].

Le travail à temps partiel est très répandu aux Pays-Bas. En 2015, 73 % des femmes et 21 % des hommes étaient à temps partiel. Les femmes travaillent le plus souvent entre 20 et 27 heures par semaine ou à temps plein (35 heures par semaine ou plus). Moins d'un quart des femmes travaillent 20 heures par semaine au maximum. Quant aux hommes, 79 % sont à temps plein et environ 10 % entre 28 et 34 heures par semaine. Seulement 7 % des hommes travaillent moins de 20 heures par semaine.

Plus d'un tiers des femmes réduisent leur durée du travail après la naissance d'un enfant, ce qui est très peu le cas des hommes. Beaucoup d'hommes réduisent leur durée du travail en fin de carrière, après 60 ans[3]. Les mères avec enfants et un conjoint dans le même ménage avaient en 2015 un travail rémunéré entre 24 et 26 heures par

---

1 B. van Hulst, M. Olsthoorn, A. Roeters, "Betaald werk en zorgtaken", *in* R. Bijl, J. Boelhouwer, A. Wennekers (red.), *De sociale staat van Nederland 2017*, La Haye, SCP, décembre 2017, p. 148, https://www.scp.nl/Publicaties/Alle_publicaties/Publicaties_2017/De_sociale_staat_van_Nederland_2017 Depuis le début des années 90, la participation au marché du travail des personnes âgées a également augmenté considérablement.

2 B. van Hulst, M. Olsthoorn & A. Roeters, "Betaald werk en zorgtaken", *in* R. Bijl, J. Boelhouwer & A. Wennekers (red.), *De sociale staat van Nederland 2017*, La Haye, SCP, décembre 2017, p. 140, https://www.scp.nl/Publicaties/Alle_publicaties/Publicaties_2017/De_sociale_staat_van_Nederland_2017

3 H.-J. Dirven, W. Portegijs, M. Cuijpers, "Arbeid", *in* W. Portegijs & M. van den Brakel (dir.), *Emancipatiemonitor 2016*, La Haye, SCP, CBS, décembre 2016, p. 66-67.

semaine, les pères dans la même situation travaillaient environ 40 heures par semaine[4]. Les mères en particulier aimeraient travailler davantage d'heures à mesure que les enfants grandissent[5].

Une esquisse des politiques des Pays-Bas et de l'UE en vue de faciliter l'articulation de la vie professionnelle et privée permet de placer la législation sur l'aménagement de la durée, le temps et le lieu de travail dans un contexte juridique plus vaste (I). Après une brève ébauche du droit à l'aménagement de la durée du travail, une analyse de la récente loi sur le travail flexible sera présentée (II). Les modalités de cette loi semblent bien correspondre au contexte néerlandais et peuvent - du moins potentiellement - faciliter l'articulation de la vie professionnelle, familiale et privée.

## I – POLITIQUES EN VUE DE FACILITER L'ARTICULATION VIE PROFESSIONNELLE/VIE PRIVÉE

### A – Le contexte néerlandais

Depuis le début des années 90, une politique a été menée pour faciliter l'articulation entre la vie professionnelle et la vie familiale et privée, en particulier pour stimuler la participation sur le marché du travail des femmes. Les partenaires sociaux néerlandais ont joué un rôle primordial dans ce développement, au centre duquel se trouvait l'enjeu de la flexibilité. Comment marier les intérêts des salariés d'une part, qui souhaitent adapter leur temps de travail à leur vie personnelle, sans que cela porte atteinte à la sécurité de leur emploi et à leurs conditions de travail ? D'autre part, les employeurs sont confrontés à des problèmes de continuité de la production, de prévisibilité des horaires et de flexibilisation de la main-d'œuvre.

Plusieurs lois touchent à ces sujets, par exemple sur le temps du travail, et certaines ont été adoptées spécifiquement en vue de faciliter l'articulation de la vie professionnelle et privée. Dans le cadre de la présente contribution, la loi sur l'adaptation de la durée du travail (*Wet aanpassing arbeidsduur, WAA*) qui entra en vigueur en 2000 est la plus importante. Cette loi a été plusieurs fois amendée et est maintenant devenue la loi sur le travail flexible (*Wet flexibel werken, WFW*).

Mais pour qui veut concilier vie professionnelle et vie familiale, certains congés (par exemple le congé maternité, paternité, parental ou pour soins) sont également importants. En 2001, la loi sur l'articulation de la vie professionnelle et la vie privée fût adoptée (*Wet arbeid en zorg, WAZO*) et révisée plusieurs fois depuis[6]. De plus, la loi sur le temps de travail (*Arbeidstijdenwet*, *ATW*) oblige l'employeur à tenir compte des

4 H.-J. Dirven, W. Portegijs, M. Cuijpers, "Arbeid", *in* W. Portegijs, M. van den Brakel (dir.), *Emancipatiemonitor 2016*, La Haye, SCP, CBS, décembre 2016, p. 70.

5 H.-J. Dirven, W. Portegijs, M. Cuijpers, "Arbeid", *in* W. Portegijs, M. van den Brakel (dir.), *Emancipatiemonitor 2016*, La Haye, SCP, CBS, décembre 2016, p. 72.

6 Voir par exemple S. Burri, A.Ph.C.M. Jaspers, « La durée du travail aux Pays-Bas : Marier la flexibilité de la durée du travail et la sécurité, une gageure impossible ? », *in* I. Daugareilh, P. Iriart (Dir.), *Leçons d'une réduction de la durée du travail*, pp. 187-20, Pessac, Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 2004.

circonstances personnelles des salariés lorsqu'il détermine le temps de travail, pour autant qu'on puisse raisonnablement l'exiger de lui[7]. Ce dernier critère semble donc plutôt tenir compte des intérêts de l'employeur, ce qui peut atténuer considérablement l'impact réel d'une telle disposition. L'obligation de tenir compte des responsabilités du salarié en dehors du travail s'applique également aux horaires individuels[8]. De plus, le salarié peut demander un changement de son horaire de travail durant une période d'une année après avoir pris un congé parental[9].

### B – L'agenda de l'UE

Ces deux sujets – congés et flexibilité – en vue d'une meilleure articulation entre vie professionnelle et vie privée sont, actuellement, fermement ancrés dans les politiques de l'UE dans le cadre du socle européen des droits sociaux[10]. Un des vingt principes clés de ce socle concerne l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée (principe 9)[11]. Ce principe est rédigé comme suit :

*Les parents et les personnes ayant des responsabilités familiales ont droit à des congés appropriés, à des régimes de travail flexibles et à un accès à des services de garde d'enfants. Les femmes et les hommes doivent bénéficier d'un accès égal aux congés spéciaux afin de s'acquitter de leurs responsabilités familiales et sont encouragés à les utiliser de manière équilibrée.*

Ce principe n'établit pas de droits spécifiques. Mais la Commission européenne a publié en avril 2017 une proposition de directive concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et aidants[12]. Une disposition est inclue dans cette proposition concernant une « formule souple de travail ». Celle-ci offrirait la possibilité pour les travailleurs d'aménager leurs rythmes de travail, y compris par le recours au travail à distance, à des horaires de travail souples ou à une réduction du temps de travail (article 3(f)). L'article 9 préconise ces formules souples de travail :

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les travailleurs ayant des enfants jusqu'à un âge déterminé, qui ne peut être inférieur à douze ans, et les aidants aient le droit de demander des formules souples de travail dans le but de s'occuper de leurs proches. La durée de ces formules souples de travail peut faire l'objet d'une limitation raisonnable.

---

7 Article 4 : 1 *ATW*. La législation est publiée sur : www.wetten.nl (en néerlandais).

8 Ces responsabilités sont en partie définies, il s'agit en tous cas de responsabilités pour enfants, membres de famille, de parents ou proches dépendants et responsabilités sociales : article 4 : 1a *ATW*.

9 Article 4 : 1b *ATW*.

10 Voir par exemple, E. Caracciolo di Torella, «An emerging right to care in the EU: a "New Start to Support Work-Life Balance for Parents and Carers", *ERA Forum*, 2017, n° 18, p. 187-198.

11 https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_fr,

12 COM (2017) 253 Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil.

2. L'employeur examine les demandes de formules souples de travail visées au paragraphe 1 et y répond, en tenant compte de ses propres besoins et de ceux des travailleurs. L'employeur justifie tout refus d'une telle demande.

3. Lorsque les formules souples de travail visées au paragraphe 1 sont limitées dans la durée, le travailleur a le droit de revenir à son rythme de travail de départ à la fin de la période convenue. Le travailleur a aussi le droit de demander à revenir à son rythme de travail de départ dès lors qu'un changement de circonstances le justifie. L'employeur est tenu d'examiner ces demandes et d'y répondre, en tenant compte de ses propres besoins et de ceux des travailleurs.

Actuellement, le Conseil de l'UE négocie cette proposition de directive. Les avis du Comité des régions et du Comité économique et social européens ont été publiés[13]. Il n'est bien sûr pas certain que cette proposition soit adoptée. Elle introduirait en droit de l'UE dans sa forme actuelle deux nouveaux congés (un congé de paternité de dix jours par naissance et de cinq jours par an pour soins à donner, donc un congé d'aidant). Les travailleurs auraient droit à un revenu adéquat pour trois congés encore non payés en droit de l'UE : le congé de paternité, le congé parental et le congé d'aidant. L'adoption de cette proposition de directive comporterait des droits bien plus conséquents pour les travailleurs, comparés à ceux existants au niveau de l'UE[14].

Pour le droit néerlandais, si cette proposition était adoptée, elle aurait des conséquences sur le congé de paternité (actuellement de deux jours payés, suivi de trois jours de congé parental non rémunérés)[15]. De plus, le congé parental non payé correspondant à 26 semaines au plus de la durée du travail du salarié jusqu'à l'âge de huit ans de l'enfant serait rémunéré et pourrait être pris jusqu'à l'âge de douze ans de l'enfant[16]. En ce qui concerne les possibilités d'aménager la durée et le temps de travail, ainsi que le lieu de travail, le droit néerlandais offre plus de possibilités que la proposition de la Commission européenne. Ce thème fait partie déjà depuis des décennies des politiques sociales des Pays-Bas.

---

13 Voir pour tous les documents disponibles http://eur-lex.europa.eu/procedure/FR/2017_85?rid=1&qid=1516354156164, consultée le 19 janvier 2018.

14 Voir par exemple S. Burri, « La conciliation de la vie professionnelle, privée et familiale. L'approche juridique de l'Union européenne », *in* F. Milewski, H. Périvier (Dir.), *Les discriminations entre les femmes et les hommes* pp. 253-280, Paris, Presses de Sciences Po, 2011 et European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, A. Mc Colgan, *Measures to address the challenges of work-life balance in the EU Member States, Iceland, Liechtenstein Norway*, Brussels, European Commission, 2015, http://www.equalitylaw.eu/publications/thematic-reports

15 Articles 4:2 et 6:5 (4) *Wet arbeid en zorg*. Le gouvernement actuel a annoncé que le congé de paternité serait prolongé, mais aucun projet de loi n'a encore été publié. Voir les propositions gouvernementales sur https://www.rijksoverheid.nl/regering/regeringsverklaring

16 Voir pour des rapports sur la transposition des directives européennes au niveau national les publications du réseau d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres et de la non-discrimination sur http://www.equalitylaw.eu/ et http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/tools/legal-experts/index_en.htm

## II – AMÉNAGEMENT DE LA DURÉE, DU TEMPS ET DU LIEU DE TRAVAIL EN DROIT NÉERLANDAIS

### A – Le rôle des partenaires sociaux

La différentiation de la durée du travail fait partie de l'agenda social au niveau national des partenaires sociaux et du gouvernement depuis le début des années 90. En 1993, un accord national a été conclu au sein de la Fondation du Travail (*Stichting van de Arbeid*), une organisation bipartite.[17] Cette Fondation recommandait aux partenaires sociaux de réglementer le droit à l'aménagement du temps de travail dans les conventions collectives en vue de favoriser une plus grande différenciation de la durée du travail et du travail à temps partiel. Dans cet accord, la Fondation indique que l'employeur doit accepter une proposition de changement de la durée du travail (que ce soit une diminution ou une augmentation des heures de travail), sauf si un intérêt grave de l'entreprise s'y oppose. La nouvelle loi sur l'aménagement de la durée du travail (*WAA*) reprendra, sept ans plus tard, précisément cette formulation. Ceci illustre le rôle que les partenaires sociaux peuvent jouer dans la politique sociale. Avant l'accord de 1993, les conventions collectives ne contenaient que peu de clauses relatives à la modification de la durée du travail. Si des clauses concernaient le travail à temps partiel[18], elles ne mentionnaient qu'en termes généraux la possibilité de travailler à temps partiel. Même après l'accord de 1993, seules quelques conventions reprenaient la formulation de la Fondation du Travail[19]. Vu ce maigre résultat, différents partis politiques ainsi que le gouvernement néerlandais présentèrent des projets de lois. En tout, quatre propositions ont fait l'objet de longs débats politiques ; finalement, le projet de loi gouvernemental fût adopté[20].

---

17 Stichting van de Arbeid, *Overwegingen en aanbevelingen ter bevordering van deeltijdarbeid en differentiatie in arbeidsduurpatronen*, Den Haag, Stichting van de Arbeid, 1993.

18 En vue de renforcer le statut juridique des travailleurs à temps partiel, le législateur néerlandais a adopté en 1996 une loi interdisant de discriminer les salariés et les fonctionnaires en raison de la durée du travail, *Stb.*1996, 391.

19 En 1998, seulement 14 conventions contenaient une disposition qui s'inspirait de la formulation de l'accord de la Fondation du Travail : Arbeidsinspectie, *Deeltijdarbeid in cao's*, Den Haag, Ministerie van SZW, 1999.

20 De nombreuses publications ont paru sur cette loi, voir notamment, S. Burri, *Tijd delen. Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief*, Europese Monografieën 66, Deventer,Kluwer, 2000, p. 589-607; S. Burri, « Pays-Bas : loi sur l'adaptation du temps de travail », *Futuribles,* Mai 2000, p. 78-79 ; S. Burri, « Loi sur la conciliation entre la vie privée et la vie professionnelle », *Liaisons Sociales Europe,* 2001, n°.33, p. 6-7 ; S.W. Kuip, E. Verhulp, *Wet aanpassing arbeidsduur*, Den Haag, SDU Uitgevers, 2000 ; D.J.B. de Wolff, *Wet aanpassing arbeidsduur*, Actualiteiten Sociaal Recht, Deventer, Kluwer, 2000.

### B – La loi sur l'aménagement de la durée du travail

Cette loi (*Wet aanpassing arbeidsduur* (*WAA*)) entra en vigueur en 2000 et avait pour but d'augmenter le nombre de personnes participant au marché du travail, ainsi que de faciliter l'articulation entre travail et vie privée[21]. Elle s'appliquait aux salariés et aux fonctionnaires, qui avaient le droit de demander un aménagement de la durée du travail si leur ancienneté était d'un an au minimum. La demande devait être faite par écrit au moins quatre mois avant la date prévue du changement et devait stipuler la durée et les horaires de travail souhaités. L'employeur ne pouvait refuser le changement proposé que si des intérêts graves de l'entreprise ou du service s'y opposaient. En cas d'acceptation du changement de la durée du travail, l'employeur déterminait la répartition des heures de travail selon les vœux du salarié, sauf si les intérêts de l'entreprise devaient raisonnablement primer sur ceux du salarié. L'intérêt du salarié primait donc en ce qui concerne la durée du travail, mais l'employeur avait plus d'influence sur l'horaire de travail. Le législateur néerlandais a ainsi voulu trouver un équilibre entre les intérêts du salarié et ceux de l'employeur. Une requête ne pouvait être faite qu'une fois tous les deux ans après l'acceptation ou le refus de l'employeur. Cette limitation avait pour objet d'éviter que l'employeur ne soit confronté à de continuels changements de durée du travail. L'évaluation de cette loi en 2003 ne donna lieu à aucun amendement, vu entre autres les conclusions positives de cette évaluation. En pratique, un ajustement de la durée du travail se fait très souvent par accord entre l'employeur et le salarié sans se référer à cette loi. Mais le gouvernement constatait en se basant sur l'évaluation que celle-ci offre le cadre dans lequel une demande doit être accordée[22].

La loi sur l'aménagement de la durée du travail ne fût partiellement amendée qu'à partir du 1er janvier 2015 en ce qui concerne quelques aspects de procédure visant à faciliter des requêtes de salariés. De plus, un changement de la durée du travail n'a, depuis, plus nécessairement un caractère structurel, car un aménagement de la durée du travail peut également être demandé pour des périodes et une durée du travail variables.[23] Aujourd'hui, la loi sur le travail flexible offre encore plus de flexibilité aux salariés des secteurs privé et public.

---

21 *Kamerstukken II* 1998/99 26358, 3, p. 7 *; Stb.* 2000, 114 & 115.

22 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29501, 1, p. 1.

23 *Wet modernisering verlof en arbeidstijden, Stb.* 2014, 565, entrée en vigueur le 1er janvier 2015 et amendée depuis 1er avril 2016, *Stb*. 2015, 518. Voir S. E. Heeger-Hertter, A.G. Veldman, « 'Het nieuwe werken' in nieuwe wetgeving. Flexibilisering van verlof, werktijd en arbeidsplaats », *Arbeidsrecht,* 2015, p. 28 ; E.M. Bevers, "de Wet modernisering regelingen voor verlof en arbeidstijden: noodzakelijk en nuttig?", *Tijdschrift voor de Arbeidsrechtpraktijk (TAP)*, 2015, n° 2, p. 60.

### C – La loi sur le travail flexible

La loi sur le travail flexible (*Wet flexibel werken, WFW*) a remplacé et partiellement modifié la loi sur l'aménagement de la durée du travail (*WAA*) décrite ci-dessus[24]. Depuis son entrée en vigueur le 1er janvier 2016, le salarié ou le fonctionnaire a non seulement le droit de demander un aménagement de la durée du travail, mais également du temps de travail ainsi que du lieu de travail. Cette loi est une initiative de deux partis politiques d'opposition: *Groen Links* (parti de gauche) et *CDA* (parti chrétien-démocratique du centre). Un des principaux buts de cette loi est de faciliter l'articulation de la vie professionnelle, familiale et privée.

La loi s'applique aux salariés qui ont un contrat de travail (en droit privé ou public) avec un employeur (même si le travail est effectué à l'étranger)[25]. Un intérimaire – qui en droit néerlandais a un contrat de travail avec l'agence intérimaire – ne peut donc pas invoquer cette loi vis-à-vis de l'entreprise ou du service dans lequel il travaille. De même, une personne ayant atteint l'âge de la retraite ne peut invoquer cette loi[26].

L'article 2 *WFW* est le plus important. Le premier paragraphe dispose qu'un salarié qui est employé depuis au moins 26 semaines avant la date prévue du changement peut demander un aménagement de la durée du travail, du lieu de travail ou du temps de travail. Cette demande peut concerner diverses périodes et avoir une ampleur différente ou non.

Le salarié a donc maintenant besoin de moins d'ancienneté pour pouvoir faire une demande qu'avant l'entrée en vigueur de la loi sur le travail flexible. En cas de circonstances particulières, une demande peut même être faite avant que la période de 26 semaines ne soit terminée[27]. Le critère décisif étant l'emploi, si le salarié est en congé (par exemple de maternité ou parental), le congé compte pour la période des 26 semaines.

Le libellé concernant les périodes et l'ampleur des changements n'est pas très clair, mais signifie en tous cas que toutes sortes de combinaisons sont possibles. Son importance réside dans le fait que, contrairement, aux dispositions antérieures, un changement temporaire est possible. Par exemple, un salarié travaillant 40 heures par semaine sur cinq jours, peut demander un changement correspondant à 24 heures sur trois jours pour une période d'un an. De tels changements temporaires peuvent également concerner l'horaire (par jour par exemple) ou le lieu de travail. Si un salarié désire des changements fréquents et/ou de courte durée, il pourrait être préférable de demander un ou des congés, car une modification de la durée, du lieu ou du temps de travail implique une modification du contrat de travail, ce qui a des conséquences, par

---

24 *Stb.* 2015, 245, 376 & 464. Voir H.G, van Andel, "Van (wet) aanpassing arbeidsduur naar (wet) flexibel werken", *Arbeidsrecht,* 2017, n° 24 ; E. Verhulp, "Wet flexibel werken", *in* J.M. van Slooten, M.S.A. Vegter, E. Verhulp (Dir.), *Tekst en commentaar, Arbeidsrecht*, Wolters Kluwer, 2016.

25 *Kamerstukken II* 1998/99 26358, 5, p. 20 ; article 1 (a) et (b) *WFW*. Des dispositions spécifiques s'appliquent aux militaires, *Stb.* 2000, 344 et article 2 (2) *WFW*.

26 Article 1a *WFW*. Le but étant d'éviter que des salariés âgés ne puissent demander une augmentation de leur temps de travail et ainsi restreindre les possibilités de travail des jeunes.

27 *Kamerstukken II* 2014/15, 32889, 20.

exemple, sur des droits liés aux vacances ou à la pension de retraite[28]. De plus, des changements fréquents risquent de passablement compliquer l'organisation du travail pour l'employeur.

Il est donc possible d'aménager – sous forme de diminution ou d'augmentation - la durée du travail. En cas de diminution de la durée du travail, l'employeur n'a pas l'obligation de remplacer le salarié pour les heures libérées. Si l'employeur ne remplace pas le salarié et que les tâches du salarié ne sont pas adaptées, ceci peut mener à une surcharge de travail.

En ce qui concerne l'augmentation de la durée du travail, elle n'est possible que pour sa propre fonction. Si par exemple, un salarié est enseignant, une augmentation devrait concerner des heures d'enseignement ou des tâches liées à l'enseignement de ce salarié. Il ne sera quelquefois peut-être pas facile de définir clairement les tâches qui correspondent à une fonction déterminée. Dans un tel cas, la description de la fonction dans le contrat de travail sera une indication comme le seront, le cas échéant, les tâches effectuées en pratique par le salarié. Si des heures correspondant à la fonction du salarié sont disponibles, l'employeur devra en tant que « bon employeur »[29] offrir ces heures au salarié, éventuellement en appliquant une procédure de candidature interne[30].

La demande de modification de la durée, du temps ou du lieu de travail doit se faire par écrit au moins deux mois avant la date prévue du changement, sauf circonstances particulières[31]. Ce délai est donc plus court qu'avant l'entrée en vigueur de la loi sur le travail flexible. La demande doit indiquer la date désirée d'entrée en vigueur des changements, les modifications souhaitées ainsi que l'horaire hebdomadaire. Le salarié n'a pas besoin de justifier sa demande.

Le salarié peut, sauf circonstances particulières, faire une nouvelle demande une année après l'acceptation ou le refus de la demande précédente. Ce délai est également plus court qu'auparavant. Si le salarié retire sa demande d'aménagement de la durée du travail, par exemple parce que l'horaire proposé par l'employeur ne lui convient pas (conformément à l'article 2 (7)), ce délai ne s'applique pas, car il n'est pas question de refuser ou d'accepter le changement de la durée du travail. Si un salarié fait une demande avant l'écoulement du délai d'un an, en cas de changements de circonstances, l'employeur devra évaluer cette demande en « bon employeur » et ne

28 Voir cette suggestion dans S. E. Heeger-Hertter, A.G. Veldman, « 'Het nieuwe werken' in nieuwe wetgeving. Flexibilisering van verlof, werktijd en arbeidsplaats », *Arbeidsrecht*, 2015, n° 28, p. 3.

29 C'est une notion générale (article 7:611 Code Civil) qui peut s'appliquer à de nombreuses situations, entre autres en relation avec le temps de travail, voir par exemple, Ktr Alkmaar 10 février 2017, *AR,* 2017-0268.

30 *Handelingen II* 1998/99, p. 5891.

31 Article 2 (3) *WFW*.

pourra la refuser que si des intérêts graves s'y opposent[32]. Le salarié devra, dans ce cas, établir qu'il est question de changement de circonstances.

Lorsqu'un salarié adresse une demande, la loi précise que l'employeur et le salarié doivent se concerter. Si certaines données font défaut dans la requête (par exemple la date souhaitée d'entrée en vigueur du changement), le salarié aura la possibilité de remplir les conditions de procédure prévues par la loi. Le but de la concertation est de trouver une solution acceptable pour les deux parties[33]. Si cette concertation montre que certains vœux du salarié ne seront pas satisfaits, le salarié peut amender ou retirer sa demande.

Une demande de modification de la durée du travail et du temps de travail (horaires) doit en principe être acceptée par l'employeur pour ce qui est de la date prévue du changement et de l'ampleur du changement. Un refus de l'employeur ne peut être justifié que par des intérêts graves de l'entreprise ou du service[34]. La loi donne quelques exemples. Un refus de l'employeur de diminuer la durée du travail est justifié si cette diminution pose de graves problèmes de remplacement, de sécurité ou de planification. Une augmentation de la durée du travail peut être refusée en cas de graves problèmes financiers, d'organisation ou encore par manque de travail[35]. Sur ces points, les dispositions de la loi sur le travail flexible sont restées identiques à celles de la loi sur l'aménagement de la durée du travail.

Le contentieux sur l'application de la loi sur l'aménagement de la durée du travail est rare, et il a principalement pour objet la possibilité de justification par l'employeur d'un refus. Entre le 1er janvier 2005 et le 1er janvier 2015, seulement 47 jugements ont eu trait à la loi sur l'aménagement de la durée du travail[36]. La plupart des questions juridiques concernaient les justifications présentées par les employeurs pour refuser une demande de diminution de la durée du travail[37]. Après une diminution de la durée du travail durant un congé parental, les juges ne sont pas facilement enclins à considérer qu'un refus de la part de l'employeur de modifier de la durée soit justifié après la fin d'un tel congé[38].

---

32 *Kamerstukken II* 1998/99, 26358, 5, p. 9 et *Handelingen I* 1999/2000, p. 16-634.

33 Article 2 (4) *WFW*, *Kamerstukken II* 1998/99, 26358, 3, p. 16.

34 Article 2 (5) *WFW*.

35 Article 2 (9) et (10) *WFW*.

36 Voir E. M. Bevers, "de Wet modernisering regelingen voor verlof en arbeidstijden: noodzakelijk en nuttig?", *Tijdschrift voor de Arbeidsrechtpraktijk (TAP)*, 2015, n° 2, p. 60.

37 Sur 47 jugements, 27 concernaient une demande de diminution de la durée du travail. Dans 24 cas, les justifications présentées par les employeurs furent examinées. Sur ces 24 cas, les juges considérèrent 9 fois que les justifications représentaient des intérêts graves de l'entreprise dans le sens de la loi et 15 fois que tel n'était pas le cas. Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le travail flexible, aucun jugement jusqu'en décembre 2017 ne concerne les justifications pour refus de l'employeur.

38 Voir par exemple Ktr. Nijmegen18 juillet 2001, *JAR* 2001/192 et Ktr.'s-Hertogenbosch, 7 janvier 2003, *JAR* 2003, p. 64.

Seuls quelques jugements concernent une demande d'augmentation de la durée du travail[39]. Si, par exemple, un même travail est exécuté par un salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée et des travailleurs sur appel, l'intérêt du salarié ayant un contrat de travail à durée indéterminée qui désire une augmentation de la durée du travail pourrait primer[40]. L'employeur ne peut pas refuser une augmentation de la durée du travail en invoquant le mauvais fonctionnement d'un salarié. Il en irait autrement s'il existe un dossier établissant des dysfonctionnements avant la demande du salarié[41].

La rareté du contentieux sur ces sujets n'est pas très étonnante vue la culture juridique néerlandaise. En général, il existe peu de contentieux concernant les conditions de travail aussi longtemps que la relation de travail perdure.

Une demande de modification du temps de travail (horaire de travail par semaine ou sur une autre période) ne peut également être refusée que si des intérêts graves de l'entreprise s'y opposent. Quelques justifications possibles d'un refus sont indiquées par la loi. Il doit s'agir de graves problèmes par exemple de sécurité, financiers, d'organisation ou d'horaires[42]. Sur ce point, la loi sur le travail flexible offre un nouveau droit spécifique aux salariés. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, il n'existait que l'obligation générale de l'employeur de tenir compte des circonstances personnelles dans le temps de travail (voir I.A.). Un changement de la répartition des heures de travail ne pouvait être demandé qu'en relation à une demande de modification de la durée du travail (voir II.B)[43].

Une demande de changement de lieu de travail peut être refusée par l'employeur plus facilement. L'employeur doit considérer une demande de modification du lieu du travail et, en cas de refus, se concerter avec le salarié[44].

L'employeur détermine la répartition des heures de travail selon les vœux du salarié. Il n'est pas encore très clair comment les concepts de temps du travail (*werktijd*) et de répartition des heures de travail (*spreiding van uren*) seront définis. Ceci pourrait être important en pratique, étant donné que l'employeur peut changer la répartition des heures de travail souhaitée, si son intérêt est tel qu'il doit raisonnablement primer sur celui du salarié[45]. L'employeur communique sa décision suite à une demande de

39 Sur 5 jugements concernant une augmentation de la durée du travail, les juges ont décidé trois fois qu'il était question d'intérêt grave de l'entreprise et deux fois que ce n'était pas le cas. Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le travail flexible seulement un jugement a été publié concernant une augmentation de la durée du travail qui fut refusée à juste titre (Ktr Amsterdam, 1er février 2017, *AR* 2017-0158, ECLI:NL:RBAMS:2017:771).

40 Ce fût le cas dans ce jugement: Ktr. Maastricht 2 février 2001, *JAR* 2001, p. 49.

41 *Kamerstukken II* 1998/99, 26358, 5, p. 8.

42 Article 2 (11) *WFW*.

43 Voir par exemple Ktr. Amsterdam 2 mai 2001, *JAR* 2001/113.

44 Article 2 (6) *WFW*.

45 Article 2 (7) *WFW*.

modification de la durée, du temps ou du lieu de travail par écrit. En cas de refus d'un tel changement (même partiel) ou de la répartition des heures de travail souhaitée, les raisons du refus doivent être également exposées par écrit[46].

Si l'employeur n'a pas pris de décision un mois avant la date souhaitée de l'entrée en vigueur de la modification ou ne l'a pas communiqué par écrit au salarié, la durée, le temps ou lieu de travail seront alors conformes aux vœux du salarié[47].

La loi sur le travail flexible offre à l'employeur la possibilité de revenir sur sa décision, une possibilité qui n'existait pas avant l'entrée en vigueur de cette loi[48]. L'employeur a cette possibilité si et seulement si après sa décision de nouveaux faits et circonstances forment des intérêts graves de l'entreprise ou du service. En outre, l'employeur doit s'entretenir avec le salarié et donner sa décision par écrit en précisant les motifs.

Dans l'intérêt des employeurs, la loi aménage encore d'autres limites. Ainsi, les partenaires sociaux ont la possibilité, par accord collectif, de réglementer différemment, voire d'exclure le droit à l'augmentation de la durée du travail, du changement du temps ou du lieu de travail. Mais aucune dérogation portant atteinte aux droits des salariés en ce qui concerne la diminution de la durée du travail n'est admise. Les conventions collectives peuvent par contre comprendre des clauses plus favorables aux salariés que la loi.

Si aucune convention collective n'est applicable ou si elle ne contient pas de dispositions y relatives, un accord par écrit entre l'employeur et le comité d'entreprise, ou à défaut les représentants du personnel, permet de déroger aux dispositions légales sur le droit d'augmenter la durée du travail, le temps de travail ou de modifier le lieu de travail. Un tel accord est valable cinq ans au plus[49] .

En outre, les entreprises de moins de dix salariés sont exclues du champ d'application de la loi. Elles sont seulement tenues d'introduire une clause sur ce thème dans le règlement intérieur[50]. La loi ne spécifie rien quant au contenu d'une telle clause.

---

46 Article 2 (8) *WFW*.

47 Article 2 (12) *WFW*. Voir par exemple Rb. Oost-Brabant, 27 octobre 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5951.

48 *Kamerstukken II* 2014/15, 32889, 25 ; articles 13 et 14 *WFW*.

49 Article 2 (15) et (17) *WFW*. Voir par exemple CRvB 15 septembre 2005, *TAR* 2006/66.

50 Article 2 (16) *WFW*.

L'employeur n'a pas le droit de licencier un salarié parce qu'il a fait une demande de modification de la durée, du temps ou du lieu de travail. Cette interdiction concerne également le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée pour cette raison[51]. Une évaluation de la loi est prévue tous les cinq ans[52].

### Quelques conclusions

Les salariés jouissent en droit néerlandais de droits conséquents en ce qui concerne l'aménagement de la durée (diminution et augmentation) du travail et du temps de travail. Dans un contexte où le travail à temps partiel domine, c'est souvent par accord entre l'employeur et le salarié qu'un tel ajustement se fait si le salarié le désire. Bien sûr, le contexte culturel de l'organisation et les tâches à remplir jouent également un rôle : il sera plus facile d'adapter durée et temps du travail dans certaines organisations, secteurs ou fonctions que dans d'autres. Mais le peu de contentieux sur l'aménagement de la durée du travail depuis l'entrée en vigueur de la loi (*Wet aanpassing arbeidsduur*) en 2000 et son évaluation sembleraient indiquer que l'application de cette loi en pratique pose peu de problèmes.

Le développement de la législation sur l'aménagement de la durée, du temps et du lieu de travail reflète une nette tendance vers de plus amples possibilités de flexibilité pour le salarié. Cette tendance se situe dans un contexte dans lequel le travail se fait de plus en plus de manière flexible : « *het nieuwe werken* » ou « le nouveau travail ». De plus, la proposition de la directive de la Commission européenne reflète une même tendance, en prescrivant en plus des droits aux congés plus conséquents. Sur ce point, les salariés ont, en droit néerlandais, en partie moins de droits que les congés proposés par la Commission européenne. Pour les salariés, prendre des congés – surtout lorsqu'ils ont rémunérés – présente de nets avantages car le contrat de travail n'a dans ces cas pas besoin d'être adapté. Par contre, une diminution de la durée du travail aura des conséquences sur la rémunération et d'autres droits (par exemple sur les pensions et certaines allocations). De plus, si le salarié n'est pas remplacé et/ou les tâches adaptées, ceci peut entraîner une surcharge de travail.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le travail flexible, le 1er janvier 2016, le droit néerlandais offre aux salariés du secteur privé et public non seulement la possibilité d'ajuster la durée du travail, mais également le temps de travail (en ce qui concerne l'ampleur du changement), sauf si des intérêts graves de l'entreprise ou du service s'y opposent. Il n'est donc pas facile pour l'employeur de refuser un tel changement. L'employeur a, par contre, plus d'influence sur la répartition des heures de travail et

51 *Kamerstukken II* 1998/99, 26358, 5, p. 31. Article 3 *WFW*. Voir Rb. Midden-Nederland, 11 juin 2003, ECLI:NL:RBMNE:2013: CA2746.

52 Article 4 *WFW*. La première évaluation de la loi sur l'aménagement de la durée du travail a eu lieu en 2003 (*Onderzoek tenbehoeve van de evaluatie van de Waa en de WOA*: annexe *Kamerstukken I* 2003/04, 29503, 1). Selon cette recherche, la plupart des objectifs de cette loi ont été réalisés en pratique. La première évaluation de la loi sur le travail flexible devrait avoir lieu en 2021.

il faudra voir en pratique comment la nouvelle loi – qui rend également possible un changement de temps du travail – sera interprétée sur ce point. En décembre 2017, aucun contentieux n'avait encore été publié sur cette question.

Le salarié peut maintenant demander une modification de la durée, du temps et du lieu de travail pour des périodes et une ampleur variables. Cette flexibilité accrue permet un changement temporaire, ce qui peut d'une part contribuer à atténuer les risques liés à une réduction définitive des heures de travail. Mais d'autre part, cette possibilité risque de confronter les employeurs à des problèmes d'organisation, surtout si des périodes de changement se succèdent à court terme.

La loi sur le travail flexible est passablement compliquée, du fait que la modification de la durée du travail et du temps du travail peuvent être refusés dans peu de cas, alors qu'en cas d'une demande de changement du lieu de travail et de la répartition des heures de travail l'employeur a plus de possibilités de justifier un refus. Les conventions collectives peuvent contenir des clauses qui peuvent déroger défavorablement aux droits du salarié à l'augmentation de la durée, du changement du temps ou du lieu de travail. De plus, la loi ne s'applique pas aux entreprises de moins de dix salariés, qui doivent introduire une clause sur ce sujet dans leurs règlements intérieurs. Finalement, le droit néerlandais offre des droits conséquents aux salariés qui aimeraient (temporairement ou non) changer la durée, le temps ou le lieu de travail ; potentiellement, une telle flexibilité peut réellement contribuer à faciliter l'articulation entre vie professionnelle, familiale et privée.

**SUSANNE BURRI**
**Professeure associée au département du droit de l'Université d'Utrecht, Pays-Bas.**

**Thèmes de recherche :** **Principe d'égalité en droit de l'UE, néerlandais et international, articulation vie professionnelle et privée, relations de travail atypiques, familles et droit.**

**Publications :**

**~ S. Burri, «Care in Family Relations - The Case of Surrogacy Leave», *European Journal of Law Reform*, 2015, vol. 17, n° 2, pp. 271-281.**
**~ S. Burri, «Challenging Perspectives on Work/Life Balance Issues in EU and Dutch Law». In T. Addabbo, W. Bromwich, T.M. Fabbri & I. Senatori (Eds.), «Labour And Social Rights. An Evolving Scenario», *Proceedings of the Twelfth International Conference in Commemoration of Prof Marco Biagi*, 2015, Turin, Giappichelli, pp. 155-190.**

Bertin Millefort Quenum

# Les professions interdites du droit de grève au Bénin et en France


## RÉSUMÉ

La consécration constitutionnelle du droit de grève en droit béninois et français ne rime pas nécessairement à une reconnaissance erga omnes à tous les travailleurs. Le législateur l'a interdit à certains travailleurs avec l'onction du juge constitutionnel. Au Bénin, comme en France, il est légalement limité pour certaines professions laissant apparaître convergence et spécificités nationales.


*MOTS CLÉS : Droit constitutionnel, droit individuel, droit de grève, revendication, interdiction.*


## ABSTRACT

Penal offense and then contractual fault, the strike became a constitutional right in France and Benin. Constitutional consecration of the right to strike in Benin and French law does not necessarily equate erga omnes recognition to all workers. The legislature banned some workers with the anointing of the constitutional judge. In Benin, as in France, it is legally limited for certain professions revealing convergence and national specificities.


*KEY WORDS : Constitutional Law - Individual Right, Strike, Claim, Interdiction.*

Pour certains auteurs, « la grève est un rapport de forces »[1]. La grève « est pour le juriste une sorte de paradoxe. Faire grève n'est-ce pas dresser contre l'État de droit existant ce que l'on oppose traditionnellement au droit : la force. Et pourtant, ceux qui font grève se réclament d'un droit, le droit de faire grève, le droit de grève »[2]. Le droit de grève est un droit de révolte. Il ne serait pas un droit comme les autres droits. Il renverrait, comme a pu l'écrire Jean-Marie Domenach, au « vide redoutable que faisait à Rome la plèbe en se retirant sur l'Aventin, une cassure dans la solidarité sociale, quelque chose de tragique et de religieux »[3].

En effet, « aux débuts et sauf exception, la grève a été un acte doublement illicite, au niveau pénal et au niveau civil. Il est évident que pour qu'un acte illicite devienne licite - à savoir conforme à l'ordre juridique - il faut que son illicéité soit supprimée sur tous les plans où elle existe »[4]. Une telle affirmation est transposable en droit français en matière de grève puisque cette dernière est passée du statut d'infraction pénale[5] à celui de droit consacré constitutionnellement. La dépénalisation de la grève à elle seule n'en a pas fait un droit. Il a fallu l'affirmation explicite des Constituants pour arriver à l'étape finale de la consécration du droit de grève par l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon lequel « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Cette reconnaissance constitutionnelle a dépassé de loin son cadre intrinsèque, dans la mesure où cette liberté publique concédée aux travailleurs était censée déployer son ordonnancement juridique non seulement en France, mais aussi dans les territoires d'Outre-mer »[6]. L'article 31 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 proclame au titre des droits fondamentaux de la personne humaine que : « l'État reconnaît et garantit le droit de grève. Tout travailleur peut défendre, dans les conditions prévues par la loi, ses intérêts, soit individuellement, soit collectivement ou par l'action syndicale ».

En matière de jouissance du droit de grève, tous les travailleurs ne sont pas logés à la même enseigne. Certains sont interdits d'exercice du droit de grève. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a validé cette prohibition. Pour le Conseil,

---

1 M. Bellanger, G. Darcy, « *L'exercice du droit de grève au sein d'EDF* », AJDA, 1997, p. 533.

2 P.D. Ollier, *Droit du travail,* éd. Armand Colin, 1972, p. 268.

3 Cité par P-D. Ollier, *op. cit.,* p. 384.

4 N. Aliprantis, « La grève, un droit encore juridiquement méconnu », in *Études dédiées à la mémoire de Pierre Orstscheidt*, PUS, 2003, p. 15.

5 Il s'agit de la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 qui a condamné les coalitions patronales ou ouvrières en prévoyant une amende de 500 livres et diverses incapacités civiques à l'encontre des grévistes contrevenants.

6 C.B. Amoussou, *Droit béninois du Travail,* Coll. Tête fertile, Star éditions, 2007, p. 7.

« ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays »[7]. C'est donc admettre qu'« il est des circonstances dans lesquelles la nature de la fonction exercée a paru commander la suppression pure et simple du droit de grève, et ceci de manière permanente, par voie législative »[8]. Les personnes visées par cette interdiction législative sont en fait, certaines catégories d'agents publics qui, par leurs statuts particuliers, ont été privés de l'exercice du droit de grève. On constate une convergence sur ce point entre droit français et droit béninois (I) ainsi que des interdictions propres à chaque système juridique (II).

## I – CONVERGENCES ENTRE DROIT FRANÇAIS ET DROIT BÉNINOIS SUR L'INTERDICTION DU DROIT DE GRÈVE

En raison des missions de sécurité publique ou de police qui leur sont confiées, certaines catégories de fonctionnaires sont privées par la loi du droit de grève. En droit français comme en droit béninois, les limitations à l'exercice du droit de grève ont été décidées à l'égard des militaires (A), des policiers (B) et des CRS (C) car « la discipline est la force principale des armées »[9].

### A – Les militaires

Le Professeur Jacques Chevalier a énuméré les impératifs qui gouvernent le statut des militaires. Selon lui, « la spécificité militaire est d'abord organique et structurelle : le combat qui est la raison première du soldat implique une organisation particulière, monolithique, basée sur la hiérarchie, la discipline, l'unité, l'uniformité »[10]. Le respect de ces impératifs explique les restrictions à l'exercice du droit de grève.

En France, c'est la loi du 13 juillet 1972 qui a consacré l'interdiction du droit de grève des militaires : « l'exercice du droit de grève est incompatible avec l'état militaire »[11]. Certains ont pu justifier cette prohibition par le fait qu'une grève des militaires constituerait « une grave atteinte au principe de disponibilité permanente et surtout d'obéissance aux ordres reçus »[12]. Le nouveau statut des militaires a reconduit in extenso la même formule lapidaire « l'exercice du droit de grève est incompatible avec l'état militaire »[13]. À cette prohibition s'ajoute le fait que les militaires ne peuvent

7 Décision 79-105 DC du 25 juillet 1979, Rec., p. 33.

8 E. Devaux, *La grève dans les services publics*, tome I, PUF, 1995, 279-280.

9 R. (de) Bellescize, *Les services publics constitutionnels*, thèse, LGDJ, 2005, p. 413.

10 J. Chevalier, *Science administrative*, 3ème éd., PUF, 2002, p. 84.

11 *Cf.* Article 11 de la loi n° 72-262 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires, JORF du 14 juillet 1972, p. 7430.

12 M.-D. Charlier-Dagas, « Vers un droit syndical des personnels militaires ? », *RDP,* 2003, p. 1073.

13 *Cf.* article L. 4121-4 alinéa 1er du Code de défense.

pas mener une action, être affiliés à un syndicat, ou même adhérer à une association professionnelle[14]. Ainsi donc, l'exclusion du droit de grève s'accompagne de celle du droit syndical, la seule interdiction du droit de grève ayant paru insuffisante. C'est pourquoi, un autre auteur est allé jusqu'à soutenir que « le législateur peut, sans méconnaître la Constitution, interdire aux militaires le droit de grève, voire le droit de former des syndicats professionnels, notamment en raison d'une liaison de fait qui existe entre liberté syndicale et le droit de grève »[15]. Malgré cette interdiction, des associations professionnelles ont été constituées par des militaires[16]. Mais par deux arrêts, le Conseil d'État[17] a eu à rappeler que l'interdiction pour les militaires d'adhérer à des groupements professionnels est fondée historiquement sur le statut général des militaires[18].

Toutefois, cette interdiction a été remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette juridiction a jugé que les restrictions, même significatives, qui peuvent être apportées aux modes d'action et d'expression d'une association professionnelle et des militaires qui y adhèrent ne doivent pas priver les militaires et leurs syndicats du droit général d'association pour la défense de leurs intérêts professionnels et moraux[19]. Selon le Professeur Antony Taillefait, cette jurisprudence prend « le contre-pied du Code de la défense, des décisions de l'autorité militaire et de la jurisprudence du Conseil d'État. Bref, si la liberté d'association des militaires peut faire l'objet de restrictions légitimes, l'interdiction pure et simple de constituer un syndicat ou d'y adhérer porte à l'essence même de cette liberté une atteinte prohibée par la Convention »[20]. Un autre auteur y voit « la fin de l'interdiction absolue des syndicats au sein des armées »[21].

Au Bénin, aux termes de l'article de la loi n° 81-014 du 10 octobre 1981 portant statut général des personnes militaires des forces armées populaires, « les personnels sont soumis en permanence aux règles suivantes : il leur est interdit de faire partie de groupements constitués pour soutenir des revendications d'ordre professionnel. Ils n'ont pas le droit de grève ». Il y a lieu de souligner qu'entre temps, lors du contrôle de constitutionalité du nouveau statut des forces armées, la Cour constitutionnelle dans l'une de ses décisions a considéré que « la Constitution ne prévoit aucune exception au

14 *Cf.* article L. 4121-4 alinéa 2 du Code de défense : « L›existence de groupements professionnels militaires à caractère syndical ainsi que l›adhésion des militaires en activité de service à des groupements professionnels sont incompatibles avec les règles de la discipline militaire ».

15 J. Robert, « Libertés publiques et défense », *RDP,* 1977, p. 951.

16 Il s'agit respectivement de l'association nationale pour la défense de la parité des droits des administrés (ANDPDA) et de l'association de défense des droits des militaires (ADEFDROMIL).

17 CE 26 septembre 2007, M. Rémy, *AJDA*, 2007, p. 1846 ; CE 11 décembre 2008, Association de défense des droits des militaires, *AJDA*, 2008, p. 2369.

18 M. Ciavaldini, J. Millet, « Liberté d'expression collective des militaires : état du droit et développements jurisprudentiels récents », *AJDA*, 2009, p. 961.

19 CEDH 2 octobre 2014, n° 10609/10 Matelly c/ France, AJDA, 2014, p. 1919.

20 A. Taillefait, « Militaires : restez regroupés », *AJDA,* 2014, p. 1969.

21 G. Poissonnier, « La fin de l'interdiction absolue des syndicats au sein des armées, » *Dalloz,* 2014, p. 2560.

droit de grève pour telle ou telle catégorie. Le droit de grève proclamé et consacré par la Constitution du 11 décembre 1990 est un droit absolu au profit de l'ensemble des travailleurs dont les citoyens en uniformes des forces armées »[22].

Il est à déplorer que cette jurisprudence dans son interprétation très libérale et progressiste du droit de grève n'ait pas longtemps survécu. Elle a été remise en cause. En effet, l'interdiction d'exercice du droit de grève fut renouvelée par la loi du 1er octobre 2011 portant interdiction du droit de grève des forces militaires et paramilitaires. D'abord, le législateur a essayé de préciser le contenu de la notion de personnels militaires qui comprend entre autres, les personnels de l'armée de terre[23]. Ensuite, aux termes de l'article 9 de ladite loi, il est précisé que « les personnels militaires sont tenus d'assurer leur mission en toute circonstance et ne peuvent exercer le droit de grève ». Enfin, la sanction attachée à la violation de la loi interdisant l'exercice du droit de grève est la radiation conformément aux dispositions de l'article 10 de la même loi.

En droit comparé et pour ne citer que la législation du Togo, l'article 8 du statut général des personnels militaires des forces armées prévoit que « les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens. Toutefois, l'exercice de certains d'entre eux est soit interdit, soit restreint dans les conditions fixées par la présente loi »[24]. L'article 13 du même statut précise que « l'exercice du droit de grève est incompatible avec l'état militaire ». Cette disposition est la reprise exacte de la formule utilisée par le législateur français.

### B – Les policiers

En France, l'idée selon laquelle une interruption du service par le personnel de la police ne saurait être tolérée, a été formulée lors des débats parlementaires sur le statut des personnels de police avant d'être inscrite dans la loi. Selon le rapporteur de la loi, plus que tout autre corps de fonctionnaires, le corps des policiers est associé à la continuité inexorable de l'État[25]. Dans le même sens, il a été défendu qu'« il est impossible que vive un État si les hommes chargés d'assurer à tout moment sa sécurité peuvent refuser d'exécuter les ordres qui leur sont donnés. C'est pour nous, avant tout, une question d'autorité de la puissance publique »[26]. On pourra aussi se référer à l'exposé des motifs de la loi portant statut général de la police. La police indique l'exposé des motifs, assume des responsabilités exceptionnelles. Sur elle repose la

22 Décision DCC 06-034 du 4 avril 2006, Président de la République, Recueil des décisions et avis de la Cour constitutionnelle, 2006, p. 157.

23 *Cf.* article 1er de la loi n° 2011-25 du 1er octobre 2011 portant règles générales applicables aux personnels militaires, des forces de sécurité publique et assimilés en République du Bénin.

24 *Cf.* article 8 de la loi n° 2007-010 du 1er mars 2007 portant statut général des personnels militaires des forces armées togolaises, JORT du 1er mars 2007, p. 3.

25 D. Cordonnier, rapporteur DG, statut des personnels de police, JO débats AN, séance 20 septembre 1948, p. 6750.

26 J. Moch, « Statut des personnels de police », JO débats AN, séance du 20 septembre 1948, p. 6774.

sûreté de l'État. Elle est gardienne de la loi, expression de la volonté de la Nation[27]. Dès lors, l'activité de la police ne peut connaître ni arrêt, ni grève. Or, pour montrer qu'il s'agit d'une interdiction absolue, la loi n'utilise pas le terme de grève[28]. En effet, l'article 2 al. 2 de la loi dispose que « toute cessation concertée du service, tout acte collectif d'indiscipline caractérisée pourra être sanctionné en dehors des garanties disciplinaires »[29]. Même s'il n'a pas le droit de grève, le personnel de la police peut créer, adhérer ou se retirer librement d'un syndicat[30]. Il a même été créé des syndicats ne cachant pas leur affinité avec des partis politiques[31].

Au Bénin, l'interdiction du droit de grève pour le personnel de la police se retrouve dans deux textes. La loi n° 93-010 du 20 août 1997 portant statut des personnels de la_police nationale dispose en vertu de l'article 8 que « les personnels de la police nationale sont tenus d'assurer leur mission en toute circonstance. Ils ne peuvent exercer le droit de grève ». Cette interdiction a été réaffirmée par la loi du 1er octobre 2011 portant interdiction du droit de grève des forces militaires et paramilitaires. Aux termes de l'article 9 de la même loi, « les personnels des forces de sécurité publique sont tenus d'assurer leur mission en toute circonstance et ne peuvent exercer le droit de grève ». Or, la loi a énoncé que « les personnels des forces de sécurité publique sont ceux de la police nationale »[32]. À notre connaissance, le personnel de la police n'a jamais exercé le droit de grève.

En revanche, comme en droit français, les policiers béninois ont fini par obtenir le droit de créer ou d'appartenir à un syndicat. En effet, c'est la Cour constitutionnelle qui leur a reconnu le droit syndical suite à une longue et farouche opposition avec leur hiérarchie[33].

---

27 *Cf.* Annexe n° 5353, projet de loi relatif au statut des personnels de police, présenté au nom de M. André Marie, Président du Conseil des ministres, par Monsieur Jules Moch, Ministre de l'intérieur, doc. AN, 2ème séance du 23 août 1948, p. 2043.

28 R. Bellescize de, *op. cit.*, p. 397.

29 *Cf.* Article 2 alinéa 2 de la loi n° 48-1504 du 28 septembre relative au statut spécial des personnels de police, JORF du 29 septembre 1948, p. 9532.

30 V. M. Bergès, *Le syndicalisme policier en France (1880-1940),* éd. L'Harmatan, col. Sécurité et société, 1995, 380 p ; J.-L. Loubet del Bayle, « État du syndicalisme policier en France », *Revue de l'administration publique,* 1999, n° 4, p. 434.

31 Syndicat Front national de la police, Fédération professionnelle indépendante de la police.

32 *Cf.* Article 1er de la loi n° 2011-25 du 1er octobre 2011 portant règles générales applicables aux personnels militaires, des forces de sécurité publique et assimilés en République du Bénin.

33 Décision DCC 05-059 du 7 juillet 2005, Recueil des décisions et avis de la Cour constitutionnelle, 2005, p. 305. La reconnaissance du droit syndical a été affirmée au dernier considérant de la décision de la Cour : «Considérant qu'il ressort des éléments du dossier que d'une part, les textes régissant le personnel de la police nationale, notamment le Décret n° 97-622 du 30 novembre 1997, reconnaissent au personnel de la police le droit de s'organiser en formation syndicale ; que d'autre part, le Ministre de l'intérieur et de la sécurité et de la décentralisation ne rapporte pas la preuve de ce que la tenue du congrès constitutif du syndicat de la police serait de nature à porter atteinte à l'ordre public ; qu'il y a lieu, par conséquent, de déclarer contraires aux articles précités de la Constitution la Lettre n° 278/MISD/DGPN/SP-C du 13 avril 2004 du Directeur général de la police nationale portant suspension provisoire de la tenue du congrès constitutif du syndicat de la police ».

Dans d'autres pays africains comme le Sénégal, le personnel de la police n'a ni le droit de grève, ni le droit syndical. En vertu de l'article 8 de la loi du 29 janvier 1978, « les membres des forces de police de tout grade, en activité de service ou en position de détachement ou de disponibilité, sont soumis en permanence aux règles suivantes : ils ne sont ni électeurs, ni éligibles. Ils ne jouissent ni du droit de grève, ni du droit syndical »[34].

### C – Les CRS

En France, postérieurement à la reconnaissance du droit de grève, c'est une loi qui est venue réglementer ce droit au niveau des compagnies républicaines de sécurité. Elle prévoit (article 6) que pour les membres des compagnies républicaines de sécurité « toute cessation concertée ou non du service est assimilée à un abandon de poste et punie comme tel »[35]. En application de la loi, la jurisprudence a retenu que le ministre de l'intérieur n'a donc pas excédé de ses pouvoirs en prononçant une mesure de révocation à l'encontre d'un membre d'une compagnie républicaine de sécurité qui avait participé à un acte collectif d'indiscipline caractérisée et à une cessation concertée du service, sans l'avoir mis à même de demander la communication de son dossier[36].

Au Bénin, les membres de la compagnie républicaine de sécurité font partie de la police nationale. Or, selon l'article 8 de la loi du 4 août 1993 portant statut des personnels de police nationale, « les personnels de la police nationale sont tenus d'assurer leur mission en toute circonstance. Ils ne peuvent exercer le droit de grève ». Cette interdiction du droit de grève fut renouvelée par l'article 9 de loi du 1er octobre 2011 selon lequel « les personnels militaires … sont tenus d'assurer leur mission en toute circonstance et ne peuvent exercer le droit de grève ». L'interdiction du droit de grève qui repose sur la nature exceptionnelle de l'activité qui ne saurait souffrir ni d'arrêt, voire de grève, est communément partagée par les droits béninois et français à l'égard des policiers et des gendarmes. D'autres prohibitions sont propres à chacun des deux systèmes.

34 *Cf.* Loi n° 78-04 du 29 janvier 1978 Sénégal, in B. Diakhaté, « Le droit syndical au Sénégal », *FES,* 2005, p.45-46.

35 *Cf.* Loi n° 47-2384 du 27 décembre 1947 portant réorganisation des compagnies républicaines de sécurité, JORF du 28 décembre 1947, p. 12494.

36 CE 10 mars 1972, Min. Intérieur c/ Santamaria, req. n° 76065, Recueil Lebon, 1972, p. 207.

## II – LES SPÉCIFICITÉS NATIONALES DE L'INTERDICTION DU DROIT DE GRÈVE

Une rapide observation des catégories professionnelles interdites de grève révèle des cas de prohibition qui sont uniquement en vigueur en France (A) alors que d'autres ne se rencontrent qu'en droit béninois (B).

### A- La physionomie des interdictions spécifiques en France

En droit français, l'étude des statuts spéciaux révèle une interdiction du droit de grève pour les magistrats, les agents pénitentiaires et les préfets.

En ce qui concerne les magistrats, la terminologie utilisée est la suivante : « est également interdite toute action concertée de nature à arrêter ou entraver le fonctionnement des juridictions »[37]. Il s'agit d'une sujétion imposée aux magistrats parce qu'un magistrat n'exécute pas un service comme un fonctionnaire, mais exerce une mission d'autorité, un pouvoir juridictionnel. Il est évident que l'État ne saurait tolérer une paralysie de son action

juridictionnelle du fait même de ses détenteurs[38]. Malgré l'interdiction, des mouvements de grève sont parfois déclenchés par les magistrats. Il en a été ainsi en 2011 de la « grève des audiences » déclenchée par les magistrats suite à la phrase jugée assassine du Président de la République à propos de l'affaire Tony Meihlon[39].

En droit comparé, on retrouve également le retrait du droit de grève aux magistrats dans certaines législations africaines comme celle du Togo. Dans ce pays, l'article 9 du statut de la magistrature précise que « les revendications des magistrats sont portées devant le conseil supérieur de la magistrature […] toute action concertée de nature à arrêter totalement le fonctionnement des juridictions est interdit »[40]. De même, au Sénégal, selon la loi, « les magistrats, même en position de détachement, n'ont pas le droit d'adhérer à un parti politique et toute manifestation leur est interdite. Ils ne peuvent ni se constituer en syndicat, ni exercer le droit de grève »[41]. L'interdiction du droit de grève se retrouve dans les lois portant statut de la magistrature du Burkina-Faso (article 112) selon lequel « toute délibération politique est interdite au corps judiciaire. Toute manifestation d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement est interdite aux magistrats, de même que toute démonstration de nature politique incompatible

37 *Cf.* Article 10 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11551.

38 Solon, *Raison pour la justice*, Dalloz, 1986, p. 173.

39 L. Priou-Alibert, « Rapports des services administratifs relatifs à l'affaire Tony Meilhon », *Dalloz,* 25 février 2011 (www.Dalloz.fr). Signalons pour mémoire, le mouvement de grève déclenché par le Syndicat de la Magistrature du 15 février 1978 à l'occasion de l'affaire Klaus Croissant, Solon, *op. cit*., p. 173.

40 Loi n° 91-11 du 21 août 1996 fixant statut des magistrats, JORT du 27 août 1996, n° 20 (bis), p. 6.

41 *Cf.* Article 10 de la Loi n° 84-21 du 2 février 1984 portant statut des magistrats, in B. Diakhaté, « Le droit syndical au Sénégal », *FES*, 2005, p. 46.

avec la réserve que leur imposent leurs fonctions ».[42] Il en est ainsi également en Côte d'Ivoire[43]

En revanche, en droit béninois aucune disposition n'interdit aux magistrats le droit de grève[44]. Même le recours introduit par un Garde des sceaux devant la Cour constitutionnelle pour restreindre, voire interdire, ce droit suite à une grève déclenchée par les magistrats a été rejeté confirmant ainsi la légalité du droit de grève des magistrats[45]. Par la suite, la proposition de loi tendant à supprimer le droit de grève aux magistrats qui a fait l'objet d'un rejet au niveau de la Commission des lois[46] a fini par être adopté le 28 décembre 2017. Mais la Cour Constitutionnelle dans une décision du 18 janvier 2018 vient à nouveau confirmer la non-conformité à la Constitution de la suppression du droit de grève des magistrats[47].

---

42 Cf. loi organique n° 050-2015/CNT du 25 août 2015 portant statut de la magistrature au Burkina-Faso.

43 Cf. article 16 de la loi 78/662 du 4 août 1972 portant statut de la magistrature en Côte d'Ivoire.

44 Aux termes de l'article 18, « Comme citoyens, les magistrats jouissent de la liberté d'expression, de croyance, d'association et de réunion. Ils sont libres de se constituer en association ou en toute autre organisation ou de s'y affilier pour défendre leurs intérêts, promouvoir leur formation professionnelle et protéger l'indépendance de la magistrature », Loi n° 2001-35 du 21 février 2003 portant statut de la magistrature en République du Bénin, JORB du 15 mars 2004, p. 171.

45 Décision DCC 13-099 du 29 août 2013 (www.cour-constitutionnelle.org). En l'espèce, la ministre de la Justice avait déclaré : « Je gère des magistrats corrompus. Les magistrats de mon pays sont corrompus. La justice est totalement corrompue et la justice est par terre ». Cette déclaration abondamment relayée par la presse avait indigné les magistrats qui ont déclenché une série de grèves pour paralyser l'appareil judiciaire et ont exigé des excuses publiques de leur ministre de tutelle.

46 La modification envisagée est libellée ainsi (Art. 18 nouveau) : « Les fonctions judiciaires sont incompatibles avec tout mandat électoral politique. Toute délibération politique est interdite au corps judiciaire. Les magistrats sont inéligibles aux assemblées politiques. Les magistrats, même en position de détachement, n'ont pas le droit d'adhérer à un parti politique. Toute manifestation d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la République est interdite aux magistrats, de même que toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions. Les magistrats ne peuvent se constituer en syndicat, ni exercer le droit de grève. Il leur est interdit d'entreprendre toute action concertée de nature à arrêter ou entraver le fonctionnement des juridictions ou d'y participer. Tout manquement par un magistrat aux dispositions du présent article est sanctionné par une mise à la retraite d'office ». La proposition de loi introduite par les députés de la mouvance a entraîné une forte mobilisation des syndicats de la magistrature, des centrales syndicales et des organisations de la société civile qui ont organisé plusieurs marches de protestation. *Cf.* entretiens avec certains magistrats et les secrétaires généraux de la CSA-Bénin, de la CGTB, Après la publication des noms des signataires dans toutes les juridictions du Bénin, certains députés signataires de la proposition de loi ont demandé le retrait de leur signature. Le rejet de la modification de la suppression du droit de grève aux magistrats au niveau de la Commission des lois a fait l'objet d'un recours en inconstitutionnalité. La décision de la Cour a retenu que la Présidente de la Commission des lois de l'Assemblée nationale n'a pas violé le règlement intérieur de l'Assemblée nationale. *Cf.* Décision DCC 14-179 du 22 septembre 2014 (www.cour-constitionnelle.org).

47 Cf. Décision DCC 18-001 du 18 janvier 2018, inédit.

Quant aux agents pénitentiaires, ils sont soumis à une telle interdiction, puisque « toute cessation concertée du service, tout acte collectif d'indiscipline caractérisée de la part des personnels des services extérieurs de l'administration pénitentiaire est interdit. Ces faits, lorsqu'ils sont susceptibles de porter atteinte à l'ordre public, pourront être sanctionnés en dehors des garanties disciplinaires »[48]. En ce sens, il a été jugé que la participation d'un représentant syndical à un mouvement collectif d'indiscipline ayant provoqué des dégradations de l'établissement pénitentiaire de Douai, portant ainsi atteinte à l'ordre public, justifiant une sanction disciplinaire sans consultation préalable du conseil de discipline[49].

D'autres fonctionnaires sont privés du droit de grève. Il s'agit des fonctionnaires exerçant des fonctions d'autorité tels que les préfets et les sous-préfets qui n'ont ni le droit de grève, ni le droit syndical parce qu'ils sont considérés comme des « dépositaires de l'autorité de l'État »[50]. Ils ont une obligation de loyauté vis-à-vis du gouvernement comme d'autres fonctionnaires tels que les recteurs

### B – Les exclusions du droit de grève spécifiques au Bénin

Les interdictions spécifiques du droit de grève concernent les personnels de la douane et des eaux et forêts. Jusqu'à un passé récent, les douaniers pouvaient librement exercer le droit de grève. Ce n'est qu'à la faveur de la loi du 1er octobre 2011 que ce droit leur a été retiré. Pour y parvenir, le législateur, dans un premier temps, a assimilé les personnels de la douane aux forces de sécurité publique au niveau de l'article 1er de ladite loi. Puis, il a clairement énoncé selon les dispositions de l'article 8 que « les personnels militaires, des forces de sécurité publique et assimilés sont tenus d'assurer leur mission en toute circonstance et ne peuvent exercer le droit de grève ». Cette réforme législative intervenue dans un contexte marqué par une série de grèves à la douane a fait l'objet de recours en inconstitutionnalité avant sa promulgation. En dépit des arguments évoqués par l'un des requérants[51], la Cour a déclaré que l'interdiction du droit de grève des personnels de la douane est conforme à la Constitution[52].

Pour justifier sa décision, elle a repris partiellement à son compte la position du Comité de la liberté syndicale lors de l'examen d'un conflit collectif au Nicaragua en 1994[53]. Le Comité a estimé donc que l'interdiction du droit de grève imposée aux travailleurs de ce secteur n'est pas contraire aux principes de la liberté syndicale, dès lors en particulier que les travailleurs en question bénéficient de garanties compensatoires

48 *Cf.* Article 3 de l'ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958, JORF du 7 août 1958, p. 7423.

49 TA Lille, 28 janvier 1997, M. D. Ferré, AFFP, 1997, n° 3, p. 30.

50 *Cf.* Art. 1er du Décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements JORF du 30 avril 2004.

51 Le personnel de la douane depuis le 18 juin 1990 ne fait partie ni des forces armées, ni des forces de sécurité et assimilés.

52 Décision DCC 11-065 du 30 septembre 2011, Annuaire béninois de justice constitutionnelle, Presse universitaire du Bénin, 2014, p. 571.

53 Il s'agit du cas n° 1719 où après une grève dans le secteur de la douane, il a été procédé au licenciement de 144 grévistes appartenant à l'Union Nationale des Employés (www.ilo.org/dyn/normlex).

de règlement des différends sous forme d'une participation aux négociations au sein de la commission de conciliation[54]. Mais par ailleurs, il a invité le gouvernement, afin de faciliter la reprise de relations professionnelles harmonieuses, à s'efforcer de favoriser la réintégration dans leur poste de travail des dirigeants syndicaux et des syndicalistes de l'Union Nationale des Employés (UNE) qui avaient été licenciés dans le secteur des douanes[55]. Dans ses observations sur la décision, le Professeur Alexis Essono-Ovono a estimé que « cette recherche de la légitimation de sa jurisprudence, en s'appuyant sur des normes internationales, est le propre des jeunes juridictions constitutionnelles recherchant l'acceptabilité sociales de leurs décisions »[56].

La suppression du droit de grève des douaniers béninois n'est pas une mesure unique en son genre. Dans certaines législations africaines telles que celle du Sénégal, le législateur depuis 1969 a prévu la même interdiction[57]. En revanche, en ce qui concerne le Niger, il y a lieu aujourd'hui de se réjouir que le syndicat national des agents des douanes (SNAD) a été rétabli dans ses droits au cours de l'année 2000 et exerce normalement ses activités désormais[58].

Quant aux personnels des eaux et forêts, à l'instar des douaniers, ils sont aussi assimilés aux personnels des forces de sécurité publique. C'est donc l'article 8 de la loi du 1er octobre 2011 précitée qui prévoit la même interdiction et en des termes identiques.

En droit comparé africain, le législateur sénégalais a prévu cette suppression du droit de grève aux personnels des eaux et forêts en 2005. Aux termes de l'article 8 de loi portant statut du personnel des eaux forêts et chasses, « le personnel des eaux, forêts et chasses de tous grades régi par le présent statut, en activité, en position de détachement ou de disponibilité est soumis aux règles suivantes : il n'est ni électeur, ni éligible ; il ne jouit ni du droit de grève, ni du droit syndical »[59]. Si au Bénin, aucune raison n'est évoquée pour justifier cette suppression, ce n'est pas le cas au Sénégal. Dans ce pays, la prohibition du droit de grève est expliquée dans l'exposé des motifs par la nécessité de renforcer la discipline, l'ordre et l'efficacité dans l'exercice des tâches de police forestières, de police de chasse, de lutte contre le braconnage, de lutte contre les feux de brousse et de participation aux comités de défense d'une part et d'autre part par l'harmonisation du statut du personnel des eaux, forêts et chasses avec l'uniforme militaire obligatoire et les attributs comparables à ceux des autres corps militaires de l'État ainsi que le port et l'usage d'armes à feu[60].

---

54 *Cf.* Paragraphe n° 413 du Cas n° 1719, *op. cit.*, (www.ilo.org/dyn/normlex).

55 *Cf.* Paragraphe n° 416 c) du cas n° 1719, *op. cit.,* (www.ilo.org/dyn/normlex).

56 A. Essono-Ovono, « Obs. sous décision DCC 11-065 du 30 septembre 2011 », *Annuaire béninois de justice constitutionnelle,* Presses universitaires du Bénin, 2014, p. 585.

57 *Cf.* Article 8 de la loi n° 69-64 du 30 octobre 1969 relative au statut du personnel de la douane au Sénégal.

58 *Cf.* Déclaration du secrétaire général du SNAD du 8 septembre 2000 cité par M. Oumarou, *op. cit.,* p. 19.

59 Il s'agit de la loi n° 2005-10 du 2005 portant statut du personnel des eaux forêts et chasses (www.jo.gouv.sn).

60 *Cf.* Exposé des motifs de la loi n° 2005-10 du 2005 portant statut du personnel des eaux forêts et chasses (www.jo.gouv.sn).

Délit pénal puis faute contractuelle, la grève est devenue un droit constitutionnel en France et au Bénin. Aux termes du Préambule de la Constitution française et de l'article 31 de la Constitution béninoise, c'est le législateur lui-même qui est invité à apporter les limitations qu'il jugerait nécessaires à l'exercice du droit de grève. Elles devraient résulter alors du cadre des lois qui le réglementent. La prohibition de l'exercice du droit de grève à certaines catégories professionnelles est communément partagée en droit français et béninois. Pour d'autres, l'interdiction est marquée par le sceau des spécificités nationales. Quant à l'éviction permanente du droit grève de certaines catégories professionnelles on constate une grande convergence entre en les droits béninois et français.

**BERTIN MILLEFORT QUENUM**
Directeur Général de la Fonction Publique par intérim.

**Thèmes de recherche :** Droit de grève, droit syndical, conventions internationales de l'OIT.

**Publications :**
~ B. Millefort Quenum, « Bénin », Actualités juridiques internationales, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2013, n° 2.
~ B. Millefort Quenum, « Bénin », Actualités juridiques internationales, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2017, n° 3.

Silvia Borelli

# La législation européenne contre les discriminations et le devoir de diligence des EMN*


## RÉSUMÉ

Les principes de non-discrimination sont des règles contraignantes qui interdisent de traiter un individu ou un groupe caractérisé par un ou plusieurs facteurs énumérés par la loi anti-discrimination d'une manière qui produit ou peut produire un désavantage. La discrimination est normalement imputée à la personne qui exerce le pouvoir qui a produit ou peut produire une discrimination. Cependant, une personne peut également être responsable de discriminations lorsqu'elle a toléré illégalement un tel acte. C'est le cas lorsqu'une personne a le devoir d'empêcher les discriminations de se produire. Les sources de l'obligation de prévenir les discriminations peuvent être inscrites dans le devoir de diligence d'une entreprise vis-à-vis d'une autre. A partir de là, cet article discute de la possibilité de poursuivre une société européenne (c'est-à-dire une société ayant son siège ou un établissement en Europe) pour des actes de discrimination commis par ses filiales, ses fournisseurs ou ses sous-traitants sur le territoire de l'UE ou hors de celui-ci. En analysant les différentes sources nationales, européennes et internationales, l'auteur montre comment l'interconnexion entre la législation anti-discrimination de l'UE et le devoir de diligence peut être utile pour faire respecter un devoir de diligence juridiquement non contraignant et pour garantir aux victimes des recours efficaces.


*MOTS CLÉS : Législation anti-discrimination, devoir de diligence, responsabilité.*


## ABSTRACT

The principles of non-discrimination are binding rules that forbid treating an individual or a group characterised by one or more factors listed by antidiscrimination law in a way that produces or can produce a disadvantage. Discrimination is normally ascribed to the person who has exerted the power that has produced or can produce the discriminatory effect. However, a person can be liable for discrimination as well when she/he has illegally tolerated an act of discrimination. This is the case when a person has a duty to prevent discrimination to happen. The sources of the duty to prevent discrimination to happen can be enshrined in the duty of care of one company over a different one. Based on this conceptual framework, the paper discusses the possibility to sue a European company (i.e. a company that has its headquarters or a unit in Europe) for acts of discrimination caused by its subsidiaries, suppliers or subcontractors inside or outside the EU territory. Distinguishing among national, European and international sources, the author demonstrates how the interconnection between EU Antidiscrimination Law and the duty of care can be helpful to enforce a non-legally binding duty of care and to guarantee to victims effective remedies.


*KEY WORDS : Antidiscrimination Law, Duty of Care, Liability.*

* Une première version de cet article a été présentée lors de la Conférence du Réseau de recherche en droit du travail (LLRN), à Toronto, du 25 au 27 juin 2017. L'auteur remercie Isabelle Daugareilh et les autres participants pour leurs commentaires.

Les principes de non-discrimination sont à l'origine de règles contraignantes qui interdisent de traiter un individu ou un groupe caractérisé par un ou plusieurs facteurs énumérés par la législation anti-discrimination de telle sorte que cela produit ou peut produire un désavantage. Lorsqu'il examine un cas présumé de discrimination, le tribunal doit vérifier si une disposition, un critère ou une pratique a produit ou peut produire une inégalité de traitement, si l'inégalité de traitement est objectivement justifiée par un but légitime et si les moyens d'atteindre ce but sont appropriés et nécessaires (dans le cas d'une discrimination directe, le juge devra simplement vérifier si l'une des exceptions prévues par la législation anti-discrimination s'applique). On peut considérer une disposition, un critère ou une pratique comme une forme d'exercice du pouvoir, qu'il s'agisse d'un pouvoir privé ou public, d'un pouvoir juridique ou factuel. En conséquence, à travers les principes de non-discrimination, le juge peut examiner toute forme d'exercice du pouvoir par rapport aux effets qu'il peut produire ou qu'il a produits[1].

Les directives anti-discrimination de l'UE n'indiquent pas qui devrait être tenu pour responsable de la discrimination : celui qui exerce un pouvoir dans le champ d'application des directives est tenu de respecter l'interdiction de discrimination qui y est établie. En conséquence, l'auteur de l'acte de discrimination à l›égard d›un salarié ou d›un groupe de salariés n'est pas nécessairement l'employeur[2]. La responsabilité de la discrimination est normalement attribuée à la personne qui a exercé le pouvoir qui a produit ou peut produire l'effet discriminatoire. Cependant, selon la législation anti-discrimination de l'UE, la personne (physique ou morale) qui a agi de manière discriminatoire n'est pas considérée comme la seule responsable. Tout d'abord, l'effet discriminatoire peut être le résultat d'une pluralité de décisions. La législation anti-discrimination de l'UE prévoit, par exemple, le cas où une instruction est donnée de discriminer[3].

La CJUE n'a pas encore précisé si une société mère peut être conjointement et solidairement responsable avec l'une de ses filiales pour la violation de la législation anti-discrimination de l'UE. En revanche, la CJUE a déclaré qu'une société mère est conjointement et solidairement responsable avec les autres personnes morales constituant une unité économique unique des infractions au droit de la concurrence. « Même si la société mère ne participe pas directement à l›infraction, elle exerce, dans une telle hypothèse, une influence déterminante sur les filiales qui ont participé à celle-ci[4] »

---

1 M. Barbera , *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffré, Milan, 1991, 51.

2 CJEU, 9 octobre 2001, C-379/99, *Menauer*, paragraphes 29 et 30.

3 Article 2, paragraphe 4, directive 2000/43 / CE, article 2, paragraphe 4, directive 2000/78 / CE, article 2, paragraphe 2 de la directive 2006/54 / CE

4 CJUE, 10 septembre 2009, C-97/08, Akzo Nobel NV, paragraphe 77.

Il convient de souligner qu'une personne (morale ou physique) peut être considérée comme l'auteur d'une discrimination, non seulement dans les cas où elle a exercé activement son pouvoir, mais même dans les cas où elle a toléré illégalement un acte de discrimination. Une omission peut donc constituer un acte de discrimination lorsque la personne responsable a le devoir de l'empêcher. Par exemple, une agence de travail temporaire peut être considérée comme responsable d'une discrimination à l'encontre des travailleurs intérimaires pour des pratiques d'une entreprise utilisatrice car, en tant qu'employeur de travailleurs intérimaires, elle a le devoir « d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs pour tous les aspects liés au travail. [5] »

Sur la base de ce cadre conceptuel[6], cet article s'intéresse à la question de savoir si et quand une société européenne (c'est-à-dire une société qui a son siège ou un établissement en Europe) peut être poursuivie pour des actes de discrimination causés par ses filiales, fournisseurs ou sous-traitants sur le territoire de l'UE ou en dehors de celui-ci. A cette fin, nous examinerons d'abord le contenu des obligations de l'entreprise visant à prévenir les violations des droits de l'homme par ses filiales, fournisseurs ou sous-traitants, établis au niveau international, européen et national (I). Ensuite, nous montrerons comment l'interconnexion entre ces devoirs et la législation anti-discrimination de l'UE peut être utile pour faire respecter des devoirs de vigilance non juridiquement contraignants et pour garantir aux victimes de discrimination des recours efficaces (II).

## I – LE DEVOIR DES EMN DE RESPECTER LES DROITS DE L'HOMME ET DE FAIRE PREUVE DE DILIGENCE RAISONNABLE EN DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

### A – Le droit international

Selon les « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies », les entreprises devraient éviter «d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer par leurs propres activités »[7] et devraient prévenir ou atténuer «les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées

5 Article 5, paragraphe 1 de la directive 89/391 / CEE.

6 Voir S. Borelli, "Principles of Non-Discrimination" *in* E. Ales, F. Basenghi, W. Bromwich e I. Senatori, Giappichelli (dir.) *Complex Economic Organisations*, *Employment Relations and Transformation of the Enterprise in the Global Economy*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 3.

7 Ce devoir inclut également les activités de l'entreprise dans la chaîne d'approvisionnement (Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Commentaire sur les principes généraux, paragraphe 17, dorénavant Principes directeurs de l'OCDE).

à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences » (principe n° 13)[8]. Le terme « relations commerciales » inclut les relations «avec des partenaires commerciaux, des entités appartenant à la chaîne d'approvisionnement ou toute autre entité, publique ou non, directement liée à ses activités, ses produits ou ses services [9] ».

Des obligations similaires ont été introduites lors de la révision des Principes directeurs de l'OCDE en 2011 qui a étendu ces obligations à toutes les questions couvertes par les Principes directeurs[10]. Les entreprises devraient également poursuivre un processus de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, « identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient [11] ». Le processus de diligence raisonnable « devrait viser les incidences négatives sur les droits de l'homme que l'entreprise peut avoir ou auxquelles elle peut contribuer par le biais de ses propres activités, ou qui peuvent découler directement de ses activités, produits ou services par ses relations commerciales [12] ».

Comme précisé dans les Principes des Nations Unies, les mesures à prendre varient en fonction de la marge de manœuvre de l'entreprise[13]. On considère que cette marge de manœuvre ou influence existe « lorsque l'entreprise a la capacité d'apporter des changements aux pratiques illicites d'une entité qui commet un abus [14] ». Si une entreprise identifie un risque de contribuer à la réalisation d'une incidence négative, « elle doit prendre les mesures nécessaires pour empêcher ou faire cesser sa contribution et user

8 Les principes directeurs de l'ONU s'appliquent à tous les Etas et à toutes les entreprises, transnationales et autres, indépendamment de leur taille, localisation, propriété et structure. Parmi les droits de l'homme que les entreprises commerciales doivent respecter, figurent les droits garantis par les huit conventions fondamentales de l'OIT énoncées dans la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail (principe n° 12). La Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de travail et la Convention sur l'égalité de rémunération (n° 100) figurent parmi les huit conventions fondamentales de l'OIT.

9 Principes directeurs de l'OCDE, Commentaires sur les principes généraux, paragraphe 14 et Commentaire sur les droits de l'homme, paragraphe 43 ; Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « Protéger, respecter et réparer » des Nations Unies », Commentaire sur le principe n° 13.

10 II. Principes généraux, paragraphes 11 et 12, et IV. Droits de l'homme, paragraphes 2 et 3.

11 Principes des Nations Unies, principe n° 15, b), et Principes directeurs de l'OCDE, II. Principes généraux, paragraphe 10, qui étendent la diligence raisonnable à toutes les questions couvertes par les principes directeurs, et IV. Droits de l'homme, par. 5.

12 Principes des Nations Unies, principe n°. 17.

13 Principes des Nations Unies, principe n° 19.

14 Principes des Nations Unies, Commentaire sur le principe n° 19, et Principes directeurs de l'OCDE, Commentaires sur les principes généraux, paragraphe 19 et Commentaire sur les droits de l'homme, paragraphe 42.

de son influence pour atténuer les incidences restantes dans la mesure du possible »[15]. Il faut souligner qu'une entreprise peut contribuer aux incidences négatives pour les droits de l'homme causées par une autre partie lorsqu'elle bénéficie « de l'atteinte commise par ladite partie »[16].

Lorsqu'une entreprise n'a pas contribué à une incidence négative mais que celle-ci est directement liée à ses opérations, produits ou services réalisés par une relation commerciale, elle doit utiliser « son influence pour intervenir auprès de l'entité responsable de l'incidence négative afin de prévenir ou atténuer cette incidence »[17].

Des obligations similaires de respect des droits de l'homme et de diligence raisonnable ont été introduites lors de la révision en 2017 de la Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale qui les renvoie aux EMN[18]. Le terme EMN est utilisé dans la Déclaration de l'OIT pour désigner **«** diverses entités (société mère, entité locale ou les deux, ou encore l'ensemble du groupe), entre lesquelles se répartissent les responsabilités, dans l'idée qu'elles coopéreront et s'entraideront, le cas échéant, pour être mieux à même d'observer les principes énoncés **»** dans la Déclaration de l'OIT (objet et champ d'application, paragraphe 6). La Déclaration de l'OIT stipule également que « le degré d'autonomie de chaque entité par rapport aux autres au sein des entreprises multinationales est très variable d'une entreprise à l'autre, selon la nature des liens qui unissent ces entités et leur domaine d'activité et compte tenu de la grande diversité qui caractérise les entreprises concernées du point de vue des formes de propriété, de la taille, de la nature des activités et du lieu d'implantation **»** (objet et champ d'application, paragraphe 6)[19]. Par conséquent, lorsqu'une filiale commet une violation des droits de l'homme et n'a pas (ou très peu) d'autonomie, cette violation doit être attribuée à la société mère. En outre, tous les devoirs régis par la Déclaration de l'OIT (y compris l'égalité des chances et de traitement) sont attribués aux EMN. Cela signifie que la société mère est obligée conjointement avec les filiales de respecter ces devoirs et qu'elle est conjointement responsable de toute violation, sauf lorsque la filiale a agi de manière autonome.

---

15 Principes des Nations Unies, Commentaire sur le principe n. 19, et Principes directeurs de l'OCDE, Commentaire sur les principes généraux, paragraphe 19 et Commentaire sur les droits de l'homme, paragraphe 42. « Contribuer à » une incidence négative doit être interprété comme une contribution substantielle, c'est-à-dire une activité qui provoque, facilite ou incite une autre entité à provoquer une incidence négative » (Commentaire sur les principes généraux, paragraphe 14).

16 Principes des Nations Unies, Commentaire sur le principe n° 17. M.-C. Caillet, « Le devoir de vigilance et les relations d'affaires : vers une responsabilité collective? », I. Daugareilh, *La responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation ?,* Bruylant, 2017, p. 515.

17 Principes directeurs de l'OCDE, Commentaire sur les principes généraux, paragraphe 20, et Principes des Nations Unies, Commentaire sur le principe n° 19. « Les réponses appropriées peuvent prendre plusieurs formes : poursuite de la relation avec le fournisseur pendant toute la durée des efforts d'atténuation des risques ; suspension temporaire de la relation avec poursuite des efforts d'atténuation des risques ; ou, en dernier recours, rupture de la relation avec le fournisseur, soit après que les efforts d'atténuation des risques ont échoué, soit parce que l'entreprise estime qu'aucune atténuation n'est possible, soit à cause de la gravité de l'incidence négative » (Principes directeurs de l'OCDE, Commentaire sur les principes généraux, paragraphe 22).

18 Politique générale, paragraphe 10, c) et d).

19 Sur l'influence et le contrôle que les entreprises dirigeantes exercent sur les opérations de leurs fournisseurs et sous-traitants, voir OIT, *Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, Rapport IV, Conférence internationale du Travail, 105ème session, 2016.

Selon les *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, pour ce qui est des entreprises multinationales, « il s'agit généralement d'entreprises ou d'autres entités établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières. Une ou plusieurs de ces entités peuvent être en mesure d'exercer une grande influence sur les activités des autres ; leur degré d'autonomie au sein de l'entreprise peut être très variable d'une multinationale à l'autre [20] ». Les Principes directeurs de l'OCDE s'adressent à toutes les entités de la multinationale qui sont censées coopérer et se prêter mutuellement concours pour faciliter le respect des lignes directrices, **«** en fonction de la répartition effective des responsabilités entre elles [21] ». Les Principes directeurs de l'OCDE exigent également des sociétés mères qu'elles assurent **«** le pilotage stratégique de l'entreprise, et en contrôlent efficacement la direction [22] ». Les systèmes de conformité et de contrôle devraient s'étendre autant que possible aux filiales. Enfin, « la mission de surveillance des pratiques de gouvernance qui incombe au conseil implique également de contrôler en permanence les structures internes d'un groupe afin de s'assurer que les responsabilités y sont clairement définies partout [23] ».

Un processus de diligence raisonnable (c'est à dire « une démarche d'identification, visant à éviter ou atténuer les impacts négatifs sociaux, environnementaux et économiques réels et potentiels, qui résultent des décisions et activités d'une organisation » dans l'ensemble de la sphère d'influence de l'entreprise) est également indiqué dans la liste des enjeux concernant l'amélioration de la responsabilité sociétale par l'ISO 26000[24]. L'ISO 26000 fait référence à la sphère d'influence de l'entreprise, c'est-à-dire la portée «des relations politiques, contractuelles, économiques ou autre à travers lesquelles une organisation a la capacité d'influer sur les décisions ou les activités de personnes ou d'autres organisations »[25].

Toutes les sources examinées ici sont des documents juridiquement non contraignants, c'est-à-dire que leur respect par les entreprises est facultatif. En effet, il n'existe actuellement aucun instrument international juridiquement contraignant pour réglementer les activités des sociétés transnationales et autres entreprises[26].

---

20 I. Concepts et principes, paragraphe 4.

21 I. Concepts et principes, paragraphe 4.

22 Commentaire sur les principes généraux, paragraphe 8.

23 Commentaire sur les principes généraux, paragraphe 9.

24 Article 7.3.1. Voir I. Daugareilh, *L'ISO à l'assaut du social : risques et limites d'un exercice de normalisation sociale*, I. Daugareilh (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 563.

25 ISO 26000: 2010, Article 2.19.

26 En 2014, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a créé un groupe de travail intergouvernemental pour un traité contraignant sur les entreprises transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme. De nombreux Etats membres européens (dont l'Autriche, la France, l'Allemagne et l'Italie) et les Etats-Unis ont voté contre cette décision. En 2016, le Parlement européen a invité les Etats membres à soutenir l'initiative des Nations unies (résolution du 25.10.2016 sur la responsabilité des entreprises pour les violations graves des droits de l'homme dans les pays tiers). Voir J. Martens et K. Seitz, *The Struggle for a UN Treaty Towards global regulation on human rights and business*, Global Policy Forum and Rosa Stiftung-New York Office, Foundation, 2016, B. Faracik, *Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Etude pour la sous-commission des droits de l'homme du Parlement européen, Bruxelles, 2017, p. 18.

### B – Les devoirs de diligence à l'échelle européenne

Au niveau européen, la directive 2014/95/UE a introduit pour les « grandes entreprises qui sont des entités d'intérêt public » de plus de 500 salariés et pour les « entités d'intérêt public qui sont les entreprises mères d'un grand groupe » de plus de 500 salariés, l'obligation de publier une déclaration non financière sur le développement, la performance, la position et l'impact de l'activité de l'entreprise du groupe sur les questions « environnementales, sociales, de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption[27] ». La Déclaration comprend à la fois « une description des politiques appliquées par le groupe en ce qui concerne ces questions, y compris pour les procédures de diligence raisonnable mises en œuvre » et « les principaux risques liés à ces questions en rapport avec les activités du groupe, y compris, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les relations d'affaires, les produits ou les services du groupe, qui sont susceptibles d'entraîner des incidences négatives dans ces domaines, et la manière dont le groupe gère ces risques [28] ». Le processus de diligence raisonnable devrait identifier, prévenir et atténuer les incidences négatives existantes et potentielles qui « peuvent découler des propres activités de l'entreprise ou peuvent être liés à ses activités et, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, à ses produits, à ses services et à ses relations d'affaires, y compris ses chaînes d'approvisionnement et de sous-traitance »[29]. En fournissant cette information, l'entreprise peut s'appuyer sur des cadres internationaux tels que les Principes des Nations Unies, les Principes directeurs de l'OCDE, la Déclaration de l'OIT ou la norme ISO 26000 (Considérant n°9)[30].

Un système de diligence raisonnable est également exigé par le règlement de l'Union européenne sur le bois[31]. Dans ce contexte, la diligence raisonnable exige qu'un opérateur entreprenne un exercice de gestion des risques de manière à minimiser le risque de mise sur le marché de l'UE d'un bois récolté illégalement ou de produits dérivés contenant du bois récolté illégalement.

Un règlement européen sur les minerais provenant de zones de conflit visant à introduire des obligations de diligence raisonnable pour les entreprises de l'UE afin d'atténuer le risque de violations des droits de l'homme tout au long de la chaîne d'approvisionnement a été adoptée en 2017[32]. Les importateurs de minerais et de métaux de l'UE doivent respecter le devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement conformément aux normes énoncées dans le Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes

---

27 Art. 19a et 29a, paragraphe 1 de la directive 2013/34/UE.

28 Art. 19a et 29a, paragraphe 1 Directive 2013/34 / UE. « En ce qui concerne les questions sociales et de personnel, les informations fournies dans la Déclaration peuvent porter sur les mesures prises pour garantir l›égalité hommes-femmes, la mise en œuvre des conventions fondamentales de l›Organisation internationale du travail (OIT), les conditions de travail, le dialogue social, le respect du droit des travailleurs à être informés et consultés, le respect des droits syndicaux, la santé et la sécurité sur le lieu de travail, le dialogue avec les communautés locales et/ou les mesures prises en vue de garantir la protection et le développement de ces communautés » (considérant n° 7, Directive 2014/95/UE).

29 Considérant n° 8.

30 Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières), 2017/C 215/01, par. 4.2.

31 Règlement (UE) n° 995/2010.

32 Règlement 2017/821.

d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque (article 4). Les mesures de gestion des risques à adopter pour prévenir ou atténuer les incidences négatives dépendent de la capacité de l'entreprise «à exercer une influence et, au besoin, des pressions sur les fournisseurs les plus à même de prévenir ou d'atténuer efficacement les risques mis en lumière »[33].

## II – LE DEVOIR DE DILIGENCE À L'ÉCHELLE NATIONALE

Au niveau national, il faut d'abord citer la récente loi française sur le *devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* (Loi n° 2017-399)[34]. Cette loi oblige toute entreprise établie en France qui emploie au moins 5000 salariés au siège social et dans ses filiales directes et indirectes, et toute entreprise qui emploi au moins 10 000 salariés au siège social et dans ses filiales directes et indirectes, dont le siège social est situé sur le territoire français ou à l'étranger, à établir et à mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance[35]. Ce plan doit inclure des mesures appropriées pour identifier les risques et pour prévenir les atteintes graves aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, à la santé et la sécurité des personnes et l'environnement, résultant des activités de l'entreprise et de celles des sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants et des fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie[36]. En cas de violation de devoirs de diligence, la société est tenue pour responsable et doit réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter[37].

---

33 Art. 5, paragraphe 1, alinéa b) (ii).

34 Sur le droit français, voir N. Cuzacq, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Dalloz, Paris, 2015 ; R.C. Drouin, « Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ? », *Droit Social,* 2016, p. 246 ; O. Favereau, « Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés. Sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale le 30 mars 2015 », *Revue Droit du Travail,* 2015, p. 446-450 ; C. Hannoun, « Pour un dispositif de vigilance mesuré et efficace », *Revue Droit Travail*, 2014, pp. 441-444 ; C. Hannoun, *Proposition pour un devoir de vigilance des sociétés mères*, in *Mélanges offerts à M. Germain*, Dalloz, Paris, 2014, p. 342 ; A. Lyon-Caen et T. Sachs, « La responsabilité des entreprises multinationales. Un processus de constitutionnalisation en action », in J.P. Robé, A. Lyon-Caen and S. Vernac (dir.), *Multinationals and the constitutionalization of the world power system*, Routledge, New York, 2016, p. 204 ; M. Moreau, Le rôle des juges face à l'exigence d'une réglementation sociale transnationale, *Droit social*, n.° 3, p. 2016 ; S. Schiller, « Encourager plutôt que contraindre », R*evue Droit du Travail*,2014, pp. 444-446 ; Sachs T., « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », Revue Droit Travail, 2017, p. 380, et les essais publiés dans *Droit social*, n° 10/2017.

35 Art. L. 225-102-4 du Code du commerce.

36 Pour les détails sur le contenu du plan, voir l'art. L. 225-102-4 al. 4 du Code du commerce français.

37 Art. 225-102-5 CP. Le Conseil constitutionnel français a déclaré non conformes à la Constitution la sanction civile de 10 à 30 millions d'euros pour manquement à l'obligation de diligence (décision n. 2017-750).

Un processus de diligence raisonnable est également prévu par la loi sur l'esclavage moderne au Royaume-Uni (*UK Modern Slavery Act*) de 2015[38]. Cette loi oblige toute organisation qui exploite une entreprise (ou une partie d'une entreprise) au Royaume-Uni à élaborer une déclaration sur l'esclavage et la traite des êtres humains (c'est-à-dire une déclaration sur les mesures prises par l'organisation pour s'assurer qu'il n'y a aucun esclavage et aucune traite des êtres humains dans ses chaînes d'approvisionnement), qui peut inclure ses processus de diligence raisonnable concernant l'esclavage et la traite des êtres humains dans ses activités et ses chaînes d'approvisionnement[39]. La jurisprudence anglaise établit également que la société mère peut, dans certaines circonstances, avoir un devoir de diligence envers les salariés d'une filiale[40]. L'obligation de diligence de la société mère repose sur trois conditions (le test *Caparo* sur la négligence)[41] :

1) le dommage est prévisible,

2) il existe suffisamment de proximité entre les parties,

3) l'existence d'un tel devoir de diligence est équitable, juste et raisonnable.

Si les trois conditions sont remplies, la société mère est déclarée « directement » responsable. Dans le cas *Chandler v Cape plc* [2012] EWCA Civ 525, la Cour d'Appel a jugé que la société mère était responsable de l'inexécution de son devoir de diligence à l'égard des salariés d'une filiale souffrant de maladies professionnelles liées à l'exposition à l'amiante parce qu'elle savait ou aurait dû se rendre compte que les conditions de travail dans la filiale étaient dangereuses et qu'elle aurait dû prévoir le risque de dommages (prévisibilité). En outre, la société mère exerçait un contrôle suffisant sur la filiale, puisqu'elle avait pris des mesures de santé et de sécurité applicables à tous les salariés du groupe, y compris les salariés de ses filiales (proximité entre le demandeur et la société). Enfin, le fait que l'exposition à l'amiante soit reconnue comme un risque majeur pour la santé constituait un motif juste et raisonnable pour imposer l'obligation de diligence[42].

Enfin, il convient de mentionner la *Résolution concernant le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, adoptée par la Conférence générale de l'OIT à sa 105e session (2016). Dans ce document, il est recommandé aux Etats de « stimuler la transparence et encourager les entreprises, et le cas échéant de les contraindre, par divers moyens à faire rapport sur la diligence raisonnable dans leurs chaînes d'approvisionnement

---

38 Voir D. Blackburn, A. Sanders, R. Subasinghe, *Supply chains liability: UK* report, 2015.

39 Modern Slavery Act 2015, partie 6, art. 54, par. 5.

40 R. Meeran, "Access to Remedy: the United Kingdom Experience of MNC Tort Litigation for Human Rights Violations", in S Deva et D Bilchitz (dir), H*uman Rights Obligations of Businesses: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?, CUP*, 2013; A Sanger, "Crossing the corporate veil: the duty of care owed by a parent company to the employees of its subsidiary" *CLJ*, 2012, n°71, p.478; Bright C., "Le devoir de la société mère dans la jurisprudence anglaise", *Droit Social*, 2017, p. 828.

41 *Caparo Industries Plc v Dickman* [1990] 2 AC 605 (HL).

42 Selon L.J. Arden, les circonstances dans lesquelles la loi peut imposer à une société mère la responsabilité de la santé et de la sécurité des salariés de sa filiale « comprennent une situation où, comme en l'espèce, (1) les activités de la société mère et de la filiale sont le même (2) la société mère a, ou devrait avoir, des connaissances supérieures sur certains aspects pertinents de la santé et de la sécurité dans l'industrie en question, (3) le système de travail de la filiale est dangereux et la société mère le savait, ou aurait dû savoir, et (4) la société mère savait ou aurait dû prévoir que la filiale ou ses salariés compteraient sur l'utilisation de cette connaissance supérieure pour la protection des salariés » (*Chandler v Cape plc* [2012] EWCA Civ 525, [80]).

et à faire connaître la façon dont elles gèrent les incidences de leur activité sur les droits de l'homme [43] ». De même, les Principes directeurs de l'OCDE engagent les pays adhérant à la Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales à promouvoir l'application des Principes directeurs par toutes les entreprises ayant leur siège dans leur pays, où qu'elles exercent leur activité, ainsi que par les entreprises opérant sur leur territoire. Comme indiqué dans le Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme *Améliorer la responsabilisation des entreprises et l'accès* à des voies de *recours pour les victimes de violations des droits de l'homme*, « Garantir la responsabilisation juridique des entreprises et l'accès à des voies de recours utiles pour les personnes victimes de ces violations est une composante fondamentale de l'obligation des États de protéger contre les atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises » (paragraphe 1).

## III – LE DEVOIR DE DILIGENCE DANS LES ACCORDS-CADRES INTERNATIONAUX

Une obligation de diligence tout au long de la chaîne d'approvisionnement peut également être réglementée par des accords-cadres globaux négociés entre les syndicats et les entreprises multinationales. Actuellement, ni le droit international ni le droit européen ne réglementent ces accords de sorte qu'ils ne sont généralement pas considérés comme juridiquement contraignants.

L'*Accord Danone/UITA sur l'emploi durable et l'accès aux droits* sign**é** le 15 mars 2016, par exemple, oblige Danone à encourager l'application de l'accord chez les fournisseurs du groupe et dans les activités auxquelles Danone participe, selon le devoir de vigilance tel que régulé par les Principes directeurs de l'OCDE[44]. L'accord garantit également un salaire égal pour un travail égal et des conditions de travail non discriminatoires pour les travailleurs directement employés par Danone, les travailleurs intérimaires et les travailleurs employés par un prestataire de services.

Cependant, la majorité des accords ne font pas référence à une obligation de diligence raisonnable, mais introduisent simplement différents types de devoirs pour la société mère afin d'encourager le respect des droits des travailleurs par d'autres sociétés impliquées dans ses activités. L'accord-cadre mondial entre H&M, Industrial Global Union et Industrifacket Metall sur le respect et la mise en œuvre des normes internationales du travail chez les fournisseurs de H & M signé le 9 septembre 2015 impose par exemple à H & M « d'utiliser toute son influence potentielle pour s'assurer que ses fournisseurs directs et leurs sous-traitants produisant des marchandises ou des produits vendus dans tous les magasins de détail du groupe H & M respectent les droits humains et syndicaux sur le lieu de travail **»**.

L'accord européen 2012 du Groupe GDF Suez sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes engage l'entreprise à s'assurer que ses fournisseurs et sous-traitants respectent les principes d'égalité entre les femmes et les hommes (art. 13). De même,

43 Par.16 (f) et (i). Voir également la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et les entreprises, adoptée le 2 mars 2016, paragraphe 20.

44 Sur l'Accord Danone/UITA, voir M. Frapard**, «** La protection des droits sociaux fondamentaux des travailleurs dans les entreprises transnationales **»**, *Revue de Droit du Travail*, 2017, p. 49.

l'accord-cadre international entre ThyssenKrupp AG, le comité de groupe IG Metall et IndustriALL Global Union signé en 2015 oblige l'entreprise à encourager ses fournisseurs à prendre en compte les principes fondamentaux et les normes fondamentales du travail de l'OIT (art. 10) dans leur politique d'entreprise. Cependant, les deux accords ne précisent pas quelles mesures doivent être adoptées pour remplir ces devoirs.

Enfin, nous devrions citer les codes de conduite et les initiatives de conformité engagées volontairement par les sociétés mères pour surveiller le respect des droits de l'homme. Nonobstant les limites des initiatives volontaires pour identifier et prévenir efficacement les risques[45], ces mécanismes volontaires impliquent parfois un devoir de vigilance sur la chaîne d'approvisionnement ou bien font référence au respect des Principes directeurs des Nations Unies, des Principes directeurs de l'OCDE ou de la Déclaration de l'OIT.

## IV – LE DEVOIR DE DILIGENCE ET LA RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE DE DISCRIMINATION

Après avoir brièvement cité les différentes sources du devoir de l'entreprise de prévenir les violations des droits de l'homme par ses filiales, fournisseurs ou sous-traitants, nous devons vérifier si et quand une entreprise européenne peut être tenue pour responsable d'une discrimination dans sa chaîne d'approvisionnement. Les prémisses de notre analyse sont :

1. le fait qu'une entreprise de la chaîne d'approvisionnement ait eu une pratique discriminatoire contre ses travailleurs pour un motif interdit par la législation anti-discrimination de l'UE (préjudice),

2. le fait que la société mère ait enfreint son devoir de diligence dans la chaîne d'approvisionnement (manquement au devoir),

3. le fait que le devoir de diligence concerne le respect du principe de non-discrimination violé par l'entreprise dans la chaîne d'approvisionnement,

4. le fait qu'ayant respecté l'obligation de diligence, l'entreprise mère aurait pu empêcher ou atténuer la discrimination dans la chaîne d'approvisionnement (lien de causalité entre le dommage et le manquement au devoir).

Bien sûr, dans une affaire en instance de jugement, tous ces postulats doivent être prouvés et ce n'est pas souvent une tâche facile. Afin de faire respecter le devoir de diligence, de nombreux auteurs ont réclamé des mesures pour inverser le fardeau de la preuve, c'est-à-dire exiger des entreprises mères qu'elles démontrent qu'elles ont pris toutes les mesures raisonnables pour éviter les dommages ou qu'elles n'avaient aucun

45 Voir Rapport mondial de Human Rights Watch, *Without Rules : A Failed Approach to Corporate Accountability*, 2013 ; AFL-CIO, *Responsibility Outsourced : Social Audits, Workplace Certification and Twenty Years of Failure to Protect Worker Rights*, 2013.

contrôle sur les activités qui ont causé le préjudice[46]. En outre, il a été suggéré d'introduire une obligation de divulgation qui permettrait aux plaignants de demander au tribunal d'ordonner à une société défenderesse de divulguer tous les détails concernant le contrôle exercé sur ses filiales et sous-traitants, son implication générale dans la gestion de ses filiales et sous-traitants, son contrôle et son implication dans le cas spécifique lié à la réclamation, dans la mesure où cette information est pertinente pour apprécier le devoir de diligence de la société-défenderesse[47].

Comme précisé ci-dessus, il n'existe pas encore un général devoir de diligence juridiquement contraignant au niveau international ou européen. En effet, chaque règlement peut lier différentes entreprises (portée subjective), peut fournir une définition différente de la relation commerciale (portée objective), peut être appliqué à différents droits de l'homme, peut être juridiquement contraignant ou non. Il existe cependant un élément commun entre ces devoirs : les mesures que la société mère doit adopter pour prévenir ou réduire le risque de violation des droits de l'homme dépendent du degré d'influence qu'elles ont sur leur chaîne d'approvisionnement.

Le lien entre la législation anti-discrimination de l'UE et le devoir de vigilance peut permettre d'attribuer la responsabilité de la discrimination à l'entreprise dominante : comme nous l'avons déjà souligné, une entreprise est responsable d'une discrimination qu'elle a le devoir de prévenir. D'un autre côté, ce lien résout le problème de l'absence de force contraignante du devoir de diligence : la violation du devoir de diligence est une prémisse de la violation de la loi anti-discrimination de l'UE. Par conséquent, les dispositions non contraignantes sont utilisées comme base pour « la reconnaissance d'obligations découlant de règles de droit dur, contribuant de ce fait à la construction d'un système de régulation mixte »[48].

---

46 J. J. Álvarez Rubio, K. Yiannibas (dir.), *Human Rights in Business. Removal of barriers to access to justice in the European union*, Routledge, 2017, IV; *Improving access to remedy in the area of business and human rights at the EU level*, Avis de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2016, p. 7 et 34; S. Cossare et M.L. Guislain, « Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable », *RLDA,* 2015, p. 75. En interprétant la loi française sur le devoir de diligence, C. Hannoun (« Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Droit Social*, 2017, p. 816) a suggéré d'appliquer aux sociétés mères la jurisprudence sur la «présomption d'identification du risque en cas d'alerte » : si la société mère est alertée sur certains risques, elle a le devoir d'enquêter et de prendre des mesures appropriées.

47 C. van Dam, F. Gregor, *Corporate responsibility to respect human rights. Vis-à-vis legal duty of care*, dans *Human Rights in Business. Removal of barriers to access to justice in the European Union. Executive summary*, 2017, p. 22.

48 R.C. Drouin, « Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance? », *Droit Social,* 2016, p. 255. Voir aussi K. Martin-Chenut, « Devoir de vigilance : inter-normativités et durcissement de la RSE », *Droit Social,* 2017, p. 802.

Tenir compte de l'obligation de diligence raisonnable (même si elle n'est pas juridiquement contraignante pour les entreprises transnationales) dans l'évaluation de la responsabilité en matière de discrimination contribuerait à faire respecter les droits de l'homme par les entreprises, comme l'exigent les Principes des Nations Unies[49], les Principes directeurs de l'OCDE[50] et la Déclaration de l'OIT[51].

Lorsque l'obligation de diligence est issue d'un accord-cadre mondial ou d'un code de conduite, les tribunaux devraient tenir compte du fait que l'entreprise dominante a volontairement signé cet accord ou adopté le code, en s'engageant dans un processus de diligence raisonnable. Par conséquent, la violation du devoir de diligence par cette entreprise (même s'il n'est pas contraignant) devrait être prise en compte et permettre de lui imputer la responsabilité de la discrimination dans sa chaîne d'approvisionnement.

Lorsqu'il existe un devoir de diligence juridiquement contraignant, l'avantage de lier la législation anti-discrimination de l'UE au devoir de diligence réside dans la possibilité d›utiliser les mesures d'exécution réglementées par le premier (par exemple, le renversement de la charge de la preuve, l'action collective, les procédures d'urgence, les sanctions), pour prouver et sanctionner les discriminations survenues dans la chaîne d'approvisionnement.

Si la discrimination a été causée par une filiale, un fournisseur ou un sous-traitant établi dans un Etat différent de celui où la société mère est établie, il est nécessaire de déterminer le tribunal compétent et la loi applicable. Les litiges concernant les Etats membres de l'UE sont gouvernés par le règlement Bruxelles I bis et le règlement Rome II. Le premier prescrit que « les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre »[52]. Autrement, la société défenderesse peut être poursuivie « devant la juridiction du lieu où le fait dommageable

49 Les Principes des Nations Unies obligent les Etats à « énoncer clairement qu'ils attendent de toutes les entreprises domiciliées sur leur territoire et/ou sous leur juridiction qu'elles respectent les droits de l'homme dans toutes leurs activités » (principe n° 2, voir également Recommandation du Comité des Ministres du L'Europe sur les droits de l'homme et les entreprises, adoptée le 2 mars 2016, par. 13).

50 Les Principes directeurs de l'OCDE exigent que les gouvernements encouragent les entreprises opérant sur leur territoire à respecter les règles établies ici, quel que soit le lieu où elles opèrent (Principes directeurs de l'OCDE, I. Concepts et principes, par. 3).

51 La Déclaration de l'OIT prescrit aux gouvernements de veiller à ce que, lorsque des violations des droits de l'homme se produisent sur leur territoire et/ou dans leur juridiction, tout travailleur ou groupe de travailleurs concerné ait accès à un recours effectif (par. 64). Les juridictions nationales, faisant partie de l'organisation de l'Etat, remplissent les obligations de l'Etat mentionné.

52 Art. 4, par. 1 du règlement n° 1215/2012. Aux fins du règlement n° 1215/2012, «les sociétés et les personnes morales sont domiciliées là où est situé : a) leur siège statutaire, (b) leur administration centrale; ou (c) leur principal établissement » (Article 63, paragraphe 1). Voir O. De Schutter O., « La responsabilité des Etats dans le contrôle des sociétés transnationales : vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales », in I. Daugareilh I. (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant 2010, p. 707.

s'est produit ou risque de se produire »[53]. Par conséquent, la société mère peut être poursuivie devant le tribunal de l'Etat membre où elle est établie ou devant le tribunal de l'Etat membre où la discrimination s'est produite. Devant le tribunal où est poursuivie la société mère, il est également possible de poursuivre la filiale, le fournisseur ou le sous-traitant établi dans un autre Etat membre[54].

Le règlement Rome II affirme que « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient [55] ». Par conséquent, il convient d'appliquer la loi du pays où la discrimination a eu lieu. Toutefois, l'article 16 prévoit que le tribunal compétent applique les « dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle ». La législation nationale mettant en œuvre la législation anti-discrimination de l'UE peut figurer parmi les dispositions impératives dérogatoires de la loi du for, ainsi que la législation nationale sur le devoir de diligence[56]. En effet, l'article 16 fait référence à des dispositions d'importance fondamentale telles que celles adoptées pour mettre en œuvre les normes fondamentales du travail de l'OIT, les droits et principes fondamentaux de l'UE et les dispositions dont l'objectif a été internationalement reconnu[57].

---

53 Art. 7, n° 2 du règlement n° 1215/2012. Le lieu de l'évènement dommageable couvre à la fois le territoire du pays où l'évènement à l'origine du dommage est survenu et le territoire du pays où le résultat préjudiciable a eu lieu (CJUE, 30.11.1976, affaire 21/1976).

54 La révision du règlement Bruxelles I en 2012 n'a pas introduit le *forum nécessitatis*. Selon le Conseil de l'Europe, «les Etats devraient envisager d'autoriser leurs tribunaux internes à se déclarer compétents pour les requêtes civiles liées à des violations de droits de l'homme causées par cette entreprise en l'absence manifeste d'un autre forum garantissant un procès équitable (*forum necessitatis*) » (Conseil de l'Europe, Recommandation sur les droits de l'homme et les entreprises, 2.3.2016, paragraphe 36).Voir D. Augenstein, N. Jägers, *Judicial remedies: the issue of jurisdiction*, in *Human Rights in Business. Removal of barriers to access to justice in the European Union. Executive summary*, 2017, p. 13; *Improving access to remedy in the area of business and human rights at the EU level*, Avis de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2016, page 8. Certains Etats membres maintiennent la compétence de nécessité (forum necessitatis) pour éviter les cas de déni de justice et garantir une protection judiciaire efficace telle que définie à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (ECHR) (A. Pigrau Solé, M. Álvarez Torné, A. Cardesa-Salzmann, M. Font I Mas, D. Iglesias Márquez, J. Jaria I Manzano, *Human rights in business. A practical handbook for civil society organisations and human rights defenders*, 2016, p. 42 and p. 68 on). Sur le *forum necessitatis* voir l'affaire française *Comilog*: I. Bertrand, « Coemploi international : juridiction territorialement compétente », *Revue de droit du travail*, 2015, p. 203 ; E. Pataut, « Le contentieux collectif des travailleurs face à la mondialisation. Réflexions à partir de l'affaire *Comilog* », *Droit Social,* 2016, p. 554.

55 Article 4, paragraphe 1 du règlement n° 864/2007.

56 Voir J. J. Álvarez Rubio et K. Yiannibas (eds.), *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Routledge, 2017, partie II ; O. De Schutter, « Le contrôle du respect des droits de l'homme par les sociétés transnationales : le rôle de l'État d'origine », in H. Muir Watt, M.A. Moreau, P. Rodière, *Justice et mondialisation en droit du travail. Du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Dalloz, Paris, 2010.

57 M. Saage-Maaß, *Holding Companies Accountable. Lessons from transnational human rights litigation*, 2014, p. 22 (https://www.brot-fuer-die_welt.de/fileadmin/mediapool/2_Downloads/Fachinformationen/Sonstiges/Brochure_HoldingCompaniesAccountable_Einzelseiten.pdf).

Une autre possibilité est offerte par l'article 4, paragraphe 3, du règlement Rome II selon lequel, si le délit est manifestement plus étroitement lié à un pays autre que celui dans lequel le dommage est survenu, la loi de cet autre pays s'applique. « Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties » (art. 4, par. 3), comme c'est le cas entre la société mère et les filiales, fournisseurs ou sous-traitants[58].

Les deux interprétations sont cohérentes avec l'obligation des Etats, en vertu des Principes directeurs des Nations Unies (principe n° 25), d'envisager des moyens de réduire les obstacles juridiques, pratiques et autres qui pourraient conduire à un refus d›accès à un recours juridique.

Par conséquent, lorsque la discrimination a eu lieu dans un Etat membre de l'UE, la société mère peut être poursuivie devant le tribunal de son lieu de domicile[59]. Ce tribunal doit appliquer la loi de l'Etat où le dommage est survenu[60]. La législation anti-discrimination étant harmonisée au niveau de l'UE, le tribunal compétent doit appliquer le droit national d'une manière compatible avec les critères mentionnés dans la première partie de cet article, c'est-à-dire doit déclarer la société mère responsable des discriminations qu'elle aurait pu empêcher en respectant son devoir de diligence.

Lorsque la société mère est établie dans un Etat membre de l'UE et que la discrimination s'est produite en dehors du territoire de l'UE, elle peut être poursuivie devant le tribunal de son lieu de domicile[61] et cette juridiction devrait considérer que la loi anti-discrimination de l'UE fait partie des dispositions impératives de la lex fori. Dans ce cas également, une société mère établie dans un État membre de l›UE devrait être tenue responsable des discriminations survenues dans sa chaîne d›approvisionnement qu'elle aurait pu empêcher si elle avait respecté son devoir de diligence.

58 E. Pataut « Le devoir de vigilance. Aspects de droit international privé », *Droit Social,* 2017, p. 839.

59 Art. 4, par. 1 du règlement 1215/2012.

60 Art. 4, par. 1, règlement 864/2007.

61 Sur la possibilité des victimes de violations des droits de l'homme dans des pays tiers commis par des entreprises multinationales basées dans l'UE de les poursuivre devant les tribunaux, voir J. J. Álvarez Rubio et K. Yiannibas (dir.), *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Routledge, 2017, partie I.

## Conclusion

Les principes de non-discrimination de l'UE doivent être pris en compte parmi les techniques permettant de réguler l'exercice du pouvoir au-delà du contrat de travail et dans les organisations complexes : toute personne ayant causé ou toléré illégalement une discrimination en est responsable. Par conséquent, une entreprise peut être tenue pour responsable d'une discrimination causée par une autre entreprise dans sa chaîne d'approvisionnement, chaque fois que l'accomplissement du devoir de diligence aurait pu empêcher la discrimination de se produire.

L'établissement d'un lien entre la législation anti-discrimination de l'UE et le devoir de diligence permettrait de faire respecter un devoir de diligence non juridiquement contraignant : la violation du devoir de diligence devenant une partie du jugement anti-discrimination. En outre, les mesures d'exécution établies par la législation anti-discrimination de l'UE peuvent faciliter la collecte de preuves et la lutte contre les violations des droits de l'homme dans la chaîne d'approvisionnement. Par conséquent, l'interconnexion entre la *soft law et la hard law* renforce l'obligation, pour les multinationales, de respecter les droits de l'homme dans la chaîne globale d'approvisionnement. Il en résulte une réaffectation des responsabilités au sein des organisations complexes : une entreprise mère est conjointement responsable de violations causées par ses filiales, fournisseurs ou sous-traitants, lorsqu'elle a le pouvoir d'influencer les conduites risquées dans ses relations commerciales et qu'elle tire profit des activités de la chaîne d'approvisionnement.

**SILVIA BORELLI**
**Professeur de droit du travail, Université de Ferrare (Italie)**

**Thèmes de recherche :** Droit européen, droit antidiscriminatoire, droit du travail, organisations économiques complexes.

**Publications:**
~ S. Borelli, J.M. Serrano García, « El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economia digital », *Revista de Derecho Social*, n° 80/2018.
~ S. Borelli, "Tecniche di regolazione delle organizzazioni complesse e disciplina lavoristica", *Lavoro e diritto*, n° 1/2014, pp. 23-35.

Didier Takafo-Kenfack

# La mission de l'inspecteur du travail au Cameroun


## RÉSUMÉ

Fonctionnaire en charge du contrôle de l'application de la législation sociale dans le monde de l'entreprise, l'inspecteur du travail doit s'assurer que les employeurs mettent à la disposition des travailleurs, les meilleures conditions de travail notamment sur le plan sanitaire, sécuritaire et des droits fondamentaux. Pour faciliter l'exercice de ces différentes missions, le législateur camerounais a doté l'inspection du travail, de moyens d'actions qui sont limités et ne permettent pas d'assumer véritablement son rôle de vigile social. A cela, s'ajoutent le déficit en personnel et la modicité des ressources financières qui conduisent à penser une réforme en profondeur de l'institution.


*MOTS CLÉS : Inspecteur du travail, législation sociale, employeur, travailleurs, entreprise.*


## ABSTRACT

As a civil servant responsible for supervising the application of social legislation in the enterprise, the labor inspector must ensure that employers make best working conditions available to workers, particularly in terms of health, safety and fundamental rights. In order to facilitate the exercise of these various missions, the Cameroonian legislator has endowed the labor inspectorate with means of actions which in fact, are limited and do not allow to really assume his role of social watch. Moreover, there is shortage of staff and scarcity of financial resources which commands to envisage an in-depth reform of this institution.


*KEY WORDS : Labor Inspector, Social Legislation, Employer, Workers, Enterprise.*

Discipline relativement récente, la législation sociale est née de la nécessité de protéger la partie faible, en l'occurrence le travailleur[1] contre les abus et risques auxquels il s'expose en se mettant au service d'un employeur. Ce dernier en tant que pourvoyeur d'emploi se voit contraint de respecter maintes obligations : fourniture du travail promis, versement du salaire convenu, mise en place de conditions décentes de travail[2]. Si le droit du travail moderne impose certaines règles de comportement, c'est dans l'optique de limiter le déséquilibre entre les parties au contrat de travail, mais c'est également une manière de rappeler que le salarié[3] qui accepte de travailler sous l'autorité de l'employeur est avant tout un sujet de droits dont la condition exige du respect malgré l'existence du lien de subordination.

Le professeur Jean Savatier résumait cette problématique, il y a quelques années, « le travailleur n'aliène pas sa personne, il n'en abandonne pas la direction à l'employeur. Il ne se soumet à la volonté de celui-ci que pour l'accomplissement de la tâche définie au contrat »[4] qui doit respecter la législation sociale en vigueur. L'inspection du travail a été créée en vue de contrôler l'application effective des lois du travail[5]. L'Organisation internationale du Travail à travers la Convention n° 81[6], oblige tous les États l'ayant ratifiée, à créer ce corps particulier de la fonction publique qui existe désormais dans de nombreux pays industrialisés et en développement, particulièrement en Afrique Noire francophone[7]. La loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 portant Code du travail applicable dans les territoires d'Outre-mer[8] est venue conforter leur existence et élargir leurs missions.

---

1 Extrait du discours de Michel Sapin, prononcé le 13 décembre 2012 devant les DIRECTE et les DIECCTEB. : « Notre socle commun, ce sont nos valeurs, d'abord la protection, les travailleurs doivent être protégés tant dans l'exercice de leur travail que plus largement dans le chômage ou la retraite », disponible sur *www.sud-travail-affaires-sociales.org*, (consulté le 12 mars 2018).

2 D. Ghai, « Travail décent: concept et indicateurs », *Revue internationale du Travail*, vol. 142, n° 2, 2003, p. 122-157 ; M. Bonnechère, « Travail décent et mondialisation du droit du travail », *Travail et Emploi*, 2008/1, n° 113, p. 91 et s ; « L'optique du travail décent », *Le Droit ouvrier*, 2007, p. 57.

3 Le contrat de travail étant un contrat synallagmatique, comme l' 'employeur, le travailleur est lui-même tenu au respect de certaines obligations : devoir d'obéissance, respect du secret et des informations confidentielles de l'entreprise, devoir de réserve, probité.

4 J. Savatier, « La liberté dans le travail », *Droit social,* 1990, p. 51.

5 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10ème éd, Quadrige, 2014, p. 553.

6 Convention n° 81 sur l'inspection du travail, 11 juillet 1947.

7 F. Renucci, « L'inspection du travail et le droit en Afrique francophone au XXème siècle », *In* S. El. Mechat (dir.), *Les administrations coloniales (XIXème-XXème siècles). Esquisse d'une histoire* comparée, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2009, p. 253-263.

8 V. M. Kirsch, *Mémento du droit du travail outre-mer*, La Documentation française, Paris, 1961.

Après les Indépendances, les jeunes États africains décident en rang dispersé, de se doter, chacun d'un Code du travail adapté aux réalités locales et aux particularismes de leur économie. Au Cameroun, le Code de 1992[9] comme ceux qui l'ont précédé[10] consacre plusieurs dispositions relatives aux missions de l'inspecteur du travail. À lire ces dispositions, on aurait pu imaginer si ce n'est la fin des violations de la législation sociale, du moins une nette diminution. Les résultats en réalité sont restés bien en deçà des attentes y compris dans les grandes entreprises dans certains secteurs d'activité qui mettent en péril la santé des travailleurs, en ne disposant pas d'une médecine de travail ou d'une infirmerie, en s'opposant à l'installation d'un conseil d'hygiène et de sécurité en assurant aux travailleurs de meilleures conditions de travail sans encourir la moindre sanction. Il en va de même des employeurs qui décident délibérément de licencier les représentants du personnel malgré l'opposition motivée de l'inspecteur du travail.

Les mesures mises en place par le gouvernement camerounais pour faciliter l'activité de l'inspecteur du travail sont d'une efficacité limitée[11], ce qui oblige à s'interroger sur les entraves aux missions de l'inspecteur du travail au Cameroun. En d'autres termes, quels sont les obstacles qui empêchent l'inspecteur de jouer pleinement son rôle de gendarme du droit social dans l'entreprise ? L'analyse des différentes dispositions du Code du travail montre que l'efficacité limitée de l'intervention de l'inspecteur du travail tient principalement à l'inadaptation des textes (I) à laquelle s'ajoute l'insuffisance des ressources mises à disposition (II).

## I – L'INADAPTATION DES TEXTES

Suivant les préconisations de l'OIT, l'inspecteur du travail au Cameroun s'est vu confier des responsabilités étendues (A). Toutes ces prérogatives se révèlent fragiles (B) chaque fois que l'inspecteur du travail veut en faire un usage.

### A – La disparité des missions dans un contexte transformé

Dès le départ[12], l'inspecteur du travail s'est vu attribuer un vaste champ d'intervention qui repose essentiellement sur le contrôle, l'information, le conseil et la conciliation. La fonction de contrôle général de l'application de la législation sociale dans l'entreprise est la préoccupation historique et principale de l'inspection du travail depuis 1892. À l'époque, il est chargé de veiller à la protection des mineurs dans le domaine de l'hygiène, de la sécurité et de la règlementation du travail des femmes et des enfants. Puis, l'OIT a pour

9 Loi n° 92-007 du 14 août 1992 portant Code du travail camerounais.

10 Loi n° 67-LF du 12 juin 1967 portant Code du travail ; Loi n° 74-14 du 27 novembre 1974 portant Code du travail.

11 Ph. Auvergnon, S. Laviolette, « Fonctions et limites des administrations du travail en Afrique francophone subsaharienne à la lumière de la Convention OIT n° 150 », *Revue internationale du Travail*, vol. 150, n°1/2011, p. 89 et s.

12 V. Viet, *Les voltigeurs de la République. L'inspection du travail en France jusqu'en 1914*, Paris, Vol. 1, p. 21 et s.

sa part étendu les perspectives et le champ d'intervention des agents de l'inspection. L'article 3§1a de la Convention n° 81 stipule qu'il sera chargé « d'assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession, telles que celles relatives à la durée du travail, aux salaires, à la sécurité, à l'hygiène et au bien-être, à l'emploi des enfants et des adolescents ».

Ayant ratifié la Convention 81, le Cameroun a confié à l'inspecteur du travail, la même mission dans une formule volontairement vague susceptible de se dilater à l'excès. L'article 104 du Code du travail le charge de « toutes les questions intéressant la condition des travailleurs, les rapports professionnels, l'emploi, les mouvements de main-d'œuvre, l'orientation et la formation professionnelle, le placement, la protection de la santé des travailleurs ainsi que les problèmes de prévoyance sociale ». On doit constater que cette disposition consacre la compétence de principe de l'inspecteur du travail sur l'ensemble du champ de la relation du travail qu'il s'agisse de la régularité de l'emploi, des conditions de travail, de la durée du travail, de l'hygiène des lieux, de la conformité aux normes de sécurité, des modes et niveaux de rémunération, des droits individuels et collectifs, des inégalités homme-femmes. Aucun pan de la réglementation du travail n'échappe au droit de regard et de contrôle de l'inspecteur qui doit entre autres, contrôler le projet de l'employeur chaque fois qu'il envisage de rompre le contrat de travail d'un représentant du personnel[13].

La défense des intérêts collectifs des salariés[14] constitue le fondement de son intervention. C'est également lui qui est chargé du contrôle du règlement intérieur dans l'entreprise. L'employeur est comparable à un monarque qui fixe les règles de conduite dans son royaume et sanctionne les contrevenants. Pour contrer les abus, la loi[15] charge l'inspecteur de s'assurer que le contenu du règlement est limité aux prescriptions sur l'organisation technique du travail, la sécurité et l'hygiène et aux règles relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions et le respect des droits des travailleurs[16].

Parallèlement, conseiller et informer les employeurs et les travailleurs sur leurs droits et obligations est l'une des missions confiées à l'inspecteur. Elle tire sa source de la Convention n° 81 (article 3 §1b) qui le charge « de fournir des informations et des conseils techniques aux employeurs et aux travailleurs sur les moyens les plus efficaces d'observer les dispositions légales ». La mission n'est pas expressément consacrée en droit camerounais. Elle est reprise de manière détournée par l'article 104 du Code du travail qui emploie l'expression « toutes les questions… ». En lui confiant des missions

13 Les représentants du personnel au Cameroun sont le délégué du personnel et le délégué syndical. Nous n'insistons pas sur les membres du comité d'entreprise pour la simple raison que cette institution n'est pas consacrée en droit camerounais.

14 G. Lyon-Caen, J. Pélissier, *Les grands arrêts du droit du travail*, Sirey, 1978, p. 96. Selon ces auteurs, la « protection n'a pas été instituée au profit des représentants, mais dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent ».

15 C. trav. Camerounais, art. 29 al. 1 et 3.

16 C'est à ce titre que l'inspecteur du travail peut exiger de l'employeur, l'annulation de toutes les clauses illicites portant atteinte aux libertés individuelles : droit de chanter, droit de discuter, droit de répondre aux messages.

aussi variées, le législateur a voulu en faire un « véritable casque de la justice sociale dans l'entreprise »[17]. La tâche est immense[18] pour celui qui doit veiller sur l'ensemble de la législation sociale.

Comme si cela ne suffisait pas, le législateur charge également l'inspecteur du travail de la conciliation dans les différends opposant les employeurs aux travailleurs. L'article 158 du Code du travail dispose en effet que tout différend collectif doit être notifié à l'inspecteur du travail du ressort qui, à défaut d'une procédure de conciliation prévue par la convention collective ou en cas d'échec de ladite procédure, convoque les parties et procède à une tentative de règlement amiable. La conciliation est un préalable obligatoire à la saisine du juge. Ainsi, en plus de la mission de contrôle de l'application des normes, l'inspecteur du travail dispose de celle de conciliateur qui ne figure pourtant pas dans les Conventions 81 et 129 de l'OIT. Les auteurs de ces conventions ont sans doute estimé que soit, l'inspecteur du travail avait suffisamment de charges, soit, il y avait une sorte d'incompatibilité entre les missions de contrôle et de conciliation. Même si ce dernier risque existe, l'option du législateur camerounais, de considérer la conciliation comme faisant naturellement partie des fonctions de l'inspecteur du travail n'est pas complètement dénuée de tout fondement.

On garde en mémoire, les soulèvements de 1936 en France où, les salariés et employeurs confrontés à des conflits collectifs avaient délibérément choisi de porter leurs différends devant l'inspecteur du travail. C'est l'origine de la mission de conciliation, finalement consacrée par la loi française du 11 février 1950[19] transposée par la suite dans le Code du travail des territoires d'Outre-mer. Par-delà ces considérations historiques, l'inspecteur du travail, en raison de ses qualités d'indépendance et de neutralité supposées, est l'acteur le plus proche des partenaires sociaux, mais également le fonctionnaire de l'administration le mieux placé pour comprendre les différends qui les opposent et y apporter les solutions profitables à tous. C'est pourquoi, lui confier la mission de conciliation n'est pas en soi un problème en ce sens qu'il peut, par ses qualités de persuasion et son influence dans le monde du travail, obtenir facilement des uns et des autres, des concessions en les amenant à surseoir ou à renoncer tout simplement, à certaines exigences.

Le problème naît toutefois du fait que parvenir à ces résultats constructifs exige du temps, ce dont ne dispose pas toujours l'inspecteur du travail. Saisi verbalement ou par écrit d'un conflit de travail, il doit pour organiser la conciliation, disposer du temps pour recueillir de l'entreprise et des salariés, les documents importants et éventuellement les informations pouvant aider à la résolution des problèmes. Ensuite, vient la phase de conciliation proprement dite durant laquelle il devra discuter avec les

17 J. Baker, « Les grands défis mondiaux de l'inspection du travail », Éducation ouvrière, 2005 /3-4, n° 140-141, VII.

18 H. Kabore, *Le rôle de l'inspection du travail dans le fonctionnement de l'entreprise au Burkina Faso*, Mémoire, Ecole nationale d'administration et de magistrature, Burkina Faso, 2013.

19 Loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail.

parties sur les points de droit avant de dresser un procès-verbal de conciliation ou de non-conciliation. Les débats peuvent durer en raison de leur complexité, détournant ainsi l'inspecteur de sa mission principale de contrôle.

La dispersion des fonctions est une des principales causes de l'ineffectivité des normes dans l'entreprise au Cameroun, phénomène amplifié par le faible nombre d'inspecteurs du travail sur le terrain. Pour éviter ces situations, il serait souhaitable que le législateur, confie la résolution des conflits à un spécialiste de la conciliation, laissant ainsi l'inspecteur, se consacrer totalement à la mission de contrôle des normes qui avait justifié sa création. Le caractère général[20] de la mission nuit aussi à l'efficacité de l'intervention de l'inspecteur qui se limite la plupart du temps à faire des observations sommaires, laissant de côté, les aspects importants du contrôle technique. Comment exercer seul cette fonction d'inspection mille-feuilles ? En outre, comment faire face au rythme incontrôlé et accéléré de création des entreprises sans ouverture de postes d'inspecteurs du travail supplémentaire ?

L'inspecteur est également confronté à un autre problème : celui des modifications incessantes et d'envergure du droit du travail qu'il doit faire appliquer[21]. L'inflation législative[22] à laquelle s'ajoute une technicité des situations à contrôler pour un agent qui n'a pas toujours l'expertise et les qualifications requises rend difficile la fonction de contrôle d'un droit constamment révisé. Cette situation crée frustration, voire démotivation de l'inspecteur du travail qui peine à s'affirmer du fait de la fragilité de ses pouvoirs d'action.

### B – La fragilité des modalités d'action

Dans l'exercice de leurs missions, les agents de l'inspection du travail se heurtent régulièrement à certains employeurs qui les considèrent comme des imposteurs. Des prérogatives leur ont été certes accordées mais elles s'avèrent, en réalité, d'une efficacité limitée, qu'il s'agisse des prérogatives de nature préventive (1) ou répressive (2).

#### 1 - La faiblesse des prérogatives de type préventif

L'entreprise est le lieu où l'inspecteur du travail exerce ses missions. Accomplir un travail de qualité suppose qu'il dispose des possibilités d'entrer et de visiter librement l'entreprise. Selon l'article 108 al. 1a du Code du travail camerounais, il est autorisé « à pénétrer librement, aux fins d'inspection sans avertissement préalable, à toute heure du jour et de la nuit, dans tout établissement assujetti au contrôle de l'inspection ».

20 V. Vieille, « Inspecter le travail ou veiller à l'application du droit du travail : une mission impossible ? », *Droit social,* 2006, p. 666.

21 Th. Kapp, « Le nouveau rôle de l'inspection du travail », Association française de Droit du travail et de la Sécurité sociale, Séance du 25 janvier 2013, p. 1, http://www.afdt-asso.fr, (consulté le 13 Juillet 2017).

22 E. Dockès, « Le stroboscope législatif », *Droit social*, 2005, p. 835.

L'importance de ce pouvoir est telle que l'inspecteur est exempté de l'obligation d'informer l'employeur de son arrivée[23]. Le caractère inopiné du droit de visite est justifié par « un souci d'efficacité »[24] de l'action de l'agent de contrôle.

Dans la pratique, la mise en œuvre se heurte à plusieurs obstacles, notamment au principe de l'inviolabilité du domicile[25]. Nombreux sont les emplois qui s'effectuent dans une maison habitée et nécessitent de ce fait, l'accord de principe des occupants en raison du respect du droit à l'intimité. Cette source de restriction de la liberté d'action de l'inspecteur du travail pose problème car elle permet à l'employeur de faire délibérément entrave aux missions de l'inspection en refusant tout contrôle du travail du personnel de maison ou en le reportant dans le temps. Admettre de telles manœuvres de la part de l'employeur affecte les capacités d'action des agents de contrôle. Du moment où le domicile sert de lieu de travail, il devrait être considéré comme toute entreprise ouverte à l'inspecteur du travail, sans quoi la mission de surveillance sur ces lieux de travail est irrémédiablement compromise.

Une autre difficulté vient de l'attitude des employeurs qui supportent mal le caractère inopiné des visites d'inspection. Ils peuvent tenter de faire barrage à l'inspecteur du travail qui n'a pas le pouvoir de contraindre les agents de la force publique de l'accompagner lors des visites sur le terrain. Ces dernières années, on a observé en France[26], le décès d'inspecteurs du travail, du fait des violences imputables aux employeurs à l'occasion de l'exercice du droit de visite dans l'entreprise. Même si on n'a pas enregistré de telles pertes de vie humaine au Cameroun, l'hypothèse n'est pas à exclure.

« Il n'est malheureusement pas rare que des inspecteurs soient menacés, insultés et même agressés physiquement par des employeurs hostiles à leur présence sur certains lieux de travail »[27]. Ce faisant, l'employeur qui fait obstacle à l'accomplissement des missions de l'inspecteur sera tenu de payer une amende comprise entre l 000 000 et 2 000 000 FCFA[28]. Ce montant est tellement insignifiant qu'il ne dissuade pas véritablement les employeurs sans scrupule qui préfèrent se maintenir dans l'illégalité à peu de frais. En fixant le montant des amendes sans tenir compte de la nature et de la gravité de l'infraction, le législateur camerounais contribue à saper le travail de l'agent d'inspection.

Pour contrecarrer les attaques et violences faites aux fonctionnaires dont l'activité de terrain entraine des risques potentiels, le législateur camerounais a pris des dispositions pour obliger les agents de la force publique à coopérer. C'est par exemple

23 Une telle obligation permettrait aux employeurs astucieux de masquer leurs agissements illégaux en se comportant comme de bons pères de famille entre l'annonce de l'arrivée et le jour de la visite proprement dit.

24 M. Emien, *Droit social*, 2ème éd. ABC, 2003, p. 15.

25 K. Boukaich, « Les interventions de l'inspection du travail et lecontentieux dans le droit marocain », *Revista de estudiosfronterizos de estrecho de Gibraltar*, 1/2014, p. 10.

26 En septembre 2004, deux inspecteurs du travail notamment Sylvie Tremouille et Daniel Buffiere ont été assassinés par un agriculteur de Saussignac en Dordogne.

27 BIT, Conférence internationale du travail, 95ème session, 2006, Rapport III, n° 222, p. 74.

28 C. tr. camerounais, Art. 169.

le cas du personnel des impôts, des contrôleurs de prix et des huissiers de justice pour l'exécution de certaines décisions de justice. Pourquoi l'inspecteur du travail ne pourrait-il pas bénéficier des mêmes moyens de protection dans la mise en œuvre du droit d'entrée et de visite. Il en va de même du droit d'information et de communication qui permet d'exiger de l'employeur, l'ensemble des documents visés par la loi dans le cadre de ses missions.

L'article 108 al. 1c du Code du travail autorise en effet à demander communication de tous livres, registres et documents dont la tenue est prescrite par la loi, sans plus de précision. Il doit s'agir des documents contenant des renseignements sur les travailleurs, les activités de l'entreprise, la nature du travail effectué, les conditions de travail, les salaires minima, entre autres. Dans l'exercice de ce droit, les inspecteurs reçoivent souvent des informations non concordantes parce qu'ils ne disposent pas toujours d'instruments appropriés pour vérifier la véracité des propos et des renseignements contenus dans le registre de l'employeur. Aucun dispositif n'est prévu pour faire obstacle aux déclarations mensongères de l'employeur. Pourrait-t-il être poursuivi sur la base du délit d'entrave à la mission de l'inspecteur du travail ?

L'inspecteur du travail est totalement impuissant face à un employeur qui résiste à communiquer les documents importants, ne serait-ce que parce qu'il n'a aucun pouvoir de contraindre l'employeur récalcitrant. Dans l'intérêt des travailleurs, il ne saurait être refusé aux agents, la possibilité de consulter tous les livres, registres et documents prévus à l'article 108 du Code du travail, encore moins d'empêcher de les copier ou d'en établir des extraits. Le refus de communication des documents compromet l'action de l'agent de contrôle. La résistance des dirigeants peut être brisée par la mise en œuvre de la procédure d'injonction qui permet à l'agent de contrôle, d'obtenir devant le juge des référés, la communication forcée des documents prescrits par la réglementation du travail.

Parallèlement, l'inspecteur du travail est autorisé à procéder à tous les examens et enquêtes qu'il juge nécessaire pour s'assurer que les dispositions légales et réglementaires en vigueur sont effectivement respectées dans l'entreprise : c'est le droit d'enquête. Pendant le déroulement, l'agent peut user de son droit d'auditionner tout ou partie du personnel de l'entreprise. Le risque est grand de livrer à l'occasion, des informations compromettantes qui accablent l'employeur. Ce dernier peut obstruer les enquêtes en menaçant après le départ de l'inspecteur du travail, de licencier tout salarié qui livrerait une quelconque information sur les mauvaises conditions de travail. Pour conserver son emploi[29], le salarié est contraint de céder aux caprices de l'employeur qui profite du chantage à l'emploi pour fragiliser davantage l'action de l'inspecteur du travail, quand bien même ce dernier déciderait de recourir à ses pouvoirs répressifs.

29 Le licenciement prive le salarié de l'emploi et des revenus qui le font vivre. Il s'accompagne d'une perte de repère pour le salarié qui est prêt à tout pour maintenir son emploi, y compris garder le silence sur des conditions difficiles et indécentes de travail. Il ne fait aucun doute que l'employeur utilise ce chantage pour faire obstacle aux enquêtes de l'inspecteur du travail. Pour certains auteurs, « la perte de l'emploi est le risque le plus grave qui pèse sur la sécurité du travailleur salarié ». V. J. Savatier, J. Rivero, *Le droit du travail*, 13ème éd, PUF, Paris, 1993, p. 465.

2 - L'ineffectivité des prérogatives de nature répressive

À l'issue de la mission de contrôle, l'inspecteur du travail dresse un bilan qui permet de juger du degré d'application de la législation sociale dans l'entreprise. S'il constate des infractions à la législation, il peut en fonction de leur gravité et conformément à l'article 17 de la Convention n° 81 se limiter à formuler des avertissements, une mise en demeure ou des observations à l'employeur. Le procédé a l'avantage de « permettre à l'employeur de se mettre en conformité avec les dispositions légales et réglementaires en matière de santé et de sécurité au travail »[30]. Mais, combien sont prêts à accepter les recomman-dations des agents de contrôle du travail qu'ils considèrent comme des personnages sans prestige ?

Nombreux sont les employeurs qui attendent plusieurs mois, voire des années pour réagir puisque que l'agent d'inspection n'a aucun pouvoir de sanction qui puisse les dissuader. Pendant ce temps, « des millions de travailleurs meurent (…). D'autres souffrent de mauvaises conditions de travail, qui vont à l'encontre des normes et de la Déclaration de l'OIT relatives aux principes et droits fondamentaux au travail »[31]. Les choses auraient pu être différentes si l'inspecteur du travail au Cameroun avait le pouvoir, comme dans certains pays, de sanctionner l'employeur.

En France, lorsque l'agent de contrôle constate que le travailleur est exposé à des substances chimiques toxiques ou qu'il se trouve dans une situation dangereuse avérée[32], il peut mettre en demeure l'employeur de remédier à la situation. À défaut, il peut ordonner l'arrêt temporaire de l'activité. Il en va de même sur les chantiers de bâtiments et des travaux publics[33]. L'agent qui constate un danger grave et imminent pour la vie ou la santé du travailleur peut faire arrêter temporairement le chantier ou la partie des travaux en cause[34]. Depuis le 1erjuillet 2016, les moyens de pression sont encore plus dissuasifs s'il s'agit de jeunes travailleurs de moins de 18 ans. L'agent d'inspection qui constate que le mineur est affecté à des travaux l'exposant à un danger grave peut immédiatement le soustraire des lieux jusqu'à rétablissement complet de la situation. Dans cet intervalle de temps, l'employeur doit continuer de verser les rémunérations dues malgré la suspension du contrat de travail.

---

30 S. Coulibaly, « Défis de l'inspection du travail au Maroc », www. univ-jurisocial.over-blog.com (consulté le 2 nov. 2017).

31 S. T. Nyambari, « Inspection du travail en Afrique : vers la promotion des droits du travail », *Les grands défis mondiaux de l'inspection du travail*, Éducation ouvrière 2005 /3-4, n° 140-141, p. 29.

32 Dépassement d'une valeur limite d'exposition professionnelle déterminée par un décret ; défaut ou insuffisance de mesures et de moyens de prévention tels que prévus aux art. R. 4412-66 à R. 4412-75 C. trav. français.

33 C. trav. français. Art. L. 4731-1.

34 C'est le cas lorsque l'agent de contrôle constate que le risque en pertes humaines résulte soit d'un défaut de protection contre les chutes de hauteur ; soit de l'absence de dispositif contre les risques d'ensevelissement ; soit de l'utilisation d'équipements de travail dépourvus de protecteurs ; soit du risque résultant de travaux dans l'environnement des lignes électriques aériennes ou souterraines ; soit du risque de contact électrique direct avec des pièces nues sous tension.

On se demande pourquoi le législateur camerounais ne peut pas vaincre la résistance des employeurs en dotant l'inspecteur du travail, de pouvoirs comparables à ceux reconnus en France et qui contribueraient à réduire le nombre d'accidents du travail à l'origine du licenciement d'un grand nombre des travailleurs[35]. En cas d'inaction de l'employeur alors que l'infraction est suffisamment caractérisée, l'agent de contrôle du travail peut procéder directement à l'établissement du procès-verbal de constat de l'infraction : c'est le droit de constatation et de poursuite des infractions[36].

Selon l'article 110 al. 1 du Code du travail, « les inspecteurs du travail peuvent constater, par procès-verbal faisant foi, sauf preuve contraire, les infractions aux dispositions de la législation et de la réglementation du travail. Ils sont habilités à poursuivre directement en justice, devant la juridiction compétente, tous les auteurs d'infractions aux dispositions de la présente loi et des textes pris pour son application ». L'établissement du procès-verbal constitue le point de départ d'une procédure qui devrait aboutir normalement à des poursuites pénales contre l'employeur défaillant. Cependant, en raison du principe de l'opportunité des poursuites, le ministère public peut décider de poursuivre ou de classer l'affaire sans avoir à motiver sa décision. Les classements sans suite ont un effet déstabilisateur et constituent un blocage à l'action de l'inspecteur du travail. Comment peut-on contourner cet obstacle ?

La réforme de la mission de l'inspecteur du travail en France[37] a institué la transaction pénale[38] qui donne la possibilité à l'administration du travail, de transiger avec les personnes physiques et morales sur certaines infractions à la législation du travail. Le procédé permet de réduire l'influence du parquet sur les suites à donner aux procès-verbaux. Le même résultat pourrait être atteint au Cameroun si dans les prochaines réformes, le législateur décidait de reconnaître à l'inspecteur du travail, le pouvoir de citer directement l'employeur, auteur de l'infraction à la législation du travail, à comparaître devant la juridiction pénale. Cette solution serait d'autant plus bénéfique qu'elle est rapide et évite la phase d'instruction qui permet au Ministère public, de décider de l'avenir des procès-verbaux établis par l'inspecteur du travail. Mais, encore faut-il que le gouvernement apporte des solutions au problème des ressources qui restent limitées.

35 J. Djuikouo, « La protection du salarié victime d'un accident du travail en droit camerounais », *Penant,* n° 873, octobre-décembre 2010 ; J. Kom, « La protection de l'emploi des salariés victimes de maladies ou d'inaptitude ; une approche jurisprudentielle et comparée des droits camerounais et français », *Juridis* périodique, n° 73, janvier-février-mars 2008, pp. 80-89.

36 C. trav. français. art. L. 4721-8 et R. 4721-10.

37 V. Tiano, « La réforme contestée de l'inspection du travail », *Droit social*, 2006, p, 662.

38 C. trav. français. art. L. 8114-4 à L. 8114-8 et R. 8114-3 à R. 8114-6.

## II – LA LIMITATION DES RESSOURCES

L'inspecteur du travail, comme les autres fonctionnaires, ne peut pas être efficace quand il est confronté au quotidien à un problème criant d'infrastructures (A) et d'insuffisance des ressources humaines et financières (B).

### A – Le problème des infrastructures

La société attend de l'inspecteur du travail qu'il s'acquitte pleinement de ses tâches, ce qui est loin d'être évident lorsqu'il est sous-équipé (1) et dépourvu de moyens de locomotion (2) pour les descentes sur le terrain.

#### 1 - Le sous-équipement

Attendre d'un agent qu'il fasse un travail de bonne facture, suppose qu'il puisse l'exercer dans les meilleures conditions. Dans les Conventions n° 81, 129 et 150, l'OIT invite les États à prendre des mesures nécessaires pour fournir aux inspecteurs du travail, « des bureaux et des locaux aménagés de façon appropriée aux besoins du service et accessibles à tout intéressé, ainsi que des facilités de transport nécessaires à l'exercice des fonctions lorsqu'il n'existe pas de transport public appropriés »[39]. Le Cameroun fait partie des États ayant ratifié les conventions susmentionnées. Mais, en fait-il une bonne application?

Selon l'article 107 al. 2 du Code du travail, l'inspecteur du travail dispose des moyens matériels nécessaires à l'exercice de ses fonctions. Curieusement, la réalité est de loin contraire. Comme l'écrit Philippe Auvergnon, ce problème « est à la fois central et récurrent partout dans le monde »[40]. La situation est encore plus grave au Cameroun où on note depuis décennies, un manque d'équipements appropriés à disposition de l'inspecteur du travail, la vétusté et le délabrement des locaux faisant office de bureaux, l'exiguïté des lieux, le manque d'installations sanitaires, électriques et téléphoniques, le manque d'équipements informatiques, notamment d'ordinateurs et de fournitures de bureau.

Dans la majorité des délégations départementales et d'arrondissement, s'il en existe[41], le sous-équipement concerne le matériel de première nécessité comme la papeterie. Or, l'établissement des rapports et des procès-verbaux dépend largement de ces matériels sans lesquels l'agent de contrôle ne peut valablement rendre compte

39 Art. 11 de la Convention n° 81 sur l'inspection du travail ; art. 15 de la Convention n° 129 sur l'inspection du travail, (agriculture) de 1969 et art. 10 de la convention n° 150 sur l'administration du travail de 1978.

40 Ph. Auvergnon, « L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ? », *Actes du séminaire international de droit comparé du travail et de la sécurité sociale,* Bordeaux, Comptrasec, 2006, p. 371.

41 Comme dans la majorité des pays d'Afrique francophone, les inspections du travail au Cameroun sont quasi inexistantes au niveau des arrondissements, sauf à Douala et Yaoundé et dans les chefs-lieux de régions. Elle est généralement limitée au niveau départemental qui peine aussi à éclore du fait d'autres difficultés et contraintes auxquelles doit faire.

de sa mission. On est amené à s'interroger sur les causes de ce problème général dans l'administration camerounaise du travail ? Certains invoquent la crise qui a sinistré les économies, ouvrant la porte à l'adoption de politiques d'austérité budgétaire[42] préjudiciable aux services de l'inspection du travail. L'absence d'équipements est un problème qu'il faut régler en toute premier lieu. Toutefois, cela ne sera pas d'un grand intérêt si le gouvernement entretient le silence sur le problème du transport des agents de l'inspection.

### 2 - Le problème du transport de l'inspecteur du travail

L'inspecteur du travail est un acteur de terrain. Certains pays comme la France l'ont compris, d'autant que la plupart du temps, la majorité des agents d'inspection sont en visite dans les entreprises et ne retournent au bureau que pour la rédaction des procès-verbaux. En restant dans les bureaux, il est impossible de savoir si la législation sociale est respectée dans les entreprises. L'article 11al.1b de la Convention n° 81 stipule que les autorités nationales compétentes doivent prendre toutes les mesures en vue d'offrir aux inspecteurs du travail, les moyens de transport nécessaires à l'exercice de leurs fonctions. Nombreux sont les États à l'instar de la France[43] qui ont un parc automobile à disposition des agents de l'inspection. Les choses diffèrent dans les pays en développement, notamment au Cameroun où le personnel est confronté au problème du transport de manière diverse ; cela va du manque de véhicule, au difficile remboursement des frais de déplacement.

On peine à comprendre pourquoi dans d'autres administrations notamment douanières et fiscales, le gouvernement prend toutes les mesures pour doter les agents, des moyens de transports appropriés à leurs fonctions. Est-ce parce que ces deux services rattachés au Ministère des finances sont parmi ceux qui procurent plus de revenus à l'État ? Si tous sont dorénavant issus de l'Ecole Nationale d'Administration, pourquoi ce traitement à deux vitesses ? Il semblerait qu'à l'instar de la Côte-d'Ivoire, au Cameroun, « les pouvoirs publics privilégient plutôt l'argent que l'homme »[44] qui consacre tous ses efforts au fait que les entreprises honorent leurs obligations fiscales.

Pour les descentes sur les lieux à inspecter, les agents ont besoin des véhicules en nombre insuffisant, voire inexistant dans la majorité des délégations. La situation est encore plus préoccupante lorsque l'entreprise à contrôler est distante de plusieurs kilomètres. Le manque de véhicules crée une distance entre les partenaires sociaux et l'inspecteur du travail qui a toutes les raisons de rester dans les bureaux[45]. Cet ensemble de faits constitue une atteinte grave à la mission principale de contrôle de

42 I. Hoferlin, « L'inspection du travail à l'heure de l'austérité », in *Les grands défis mondiaux de l'inspection du travail*, Education ouvrière 2005 /3-4, ° 140-141, p. 24.

43 BIT, Inspection du travail, Conférence internationale du Travail, 95ème session, 2006, Rapport III, n° 251, p. 82.

44 C. H. Mobio, *L'inspection du travail et des lois sociales et la fraude à la législation sociale ivoirienne*, Mémoire Master, Université catholique d'Afrique de l'Ouest, 2005.

45 Ph. Auvergnon, S. Laviolette, M. Oumarou, *op.cit*, p. 62.

l'application de la législation sociale dans l'entreprise. Pour contourner le déficit en véhicule, l'article 11al. 2 de la Convention n° 81 invite les États à prendre des mesures pour rembourser les agents d'inspection, de tous les frais de déplacement et dépenses accessoires générées par la fonction.

La France a imaginé une pratique qui consiste à permettre aux agents de faire des descentes sur les lieux de travail avec leur véhicule personnel moyennant un décompte du kilométrage qui permet d'obtenir une indemnité à la fin du mois, ce qui fait de l'inspection du travail française, l'une des plus mobiles au monde. Le Cameroun pourrait en faire autant ou s'inspirer de l'expérience en l'adaptant aux réalités locales. Lorsqu'il y a des véhicules, se pose alors le problème de la maintenance ou celui de l'approvisionnement en carburant. L'agent est souvent contraint de faire cela à ses frais pour les besoins du service.

Un autre problème est celui du remboursement très long parfois sur des mois, voire des années. Certains États africains, comme le Benin, ont adopté un train des réformes pour accélérer la procédure de remboursement. L'État camerounais reste à la traine avec un empilement de problèmes au point qu'on se demande si ce n'est pas cela qui nuit tant à la fonction de l'inspecteur du travail ? C'est plutôt un problème de volonté des gouvernants peu préoccupés des mauvaises conditions dans lesquelles exercent les agents de l'inspection du travail. Cette inaction est aussi à l'origine de l'insuffisance des ressources et financières et humaines dans les rangs de l'inspection.

### B – L'insuffisance de dotation en ressources humaines et financières

Les responsabilités confiées à l'inspecteur du travail sont si importantes qu'elles ne peuvent pas être correctement accomplies par un personnel non qualifié (1) qui déplore en permanence la modicité des ressources financières (2).

#### 1 - Le déficit de personnel en nombre suffisant et qualifié

Jean Bodin écrivait qu'« il n'est de richesses que d'hommes »[46]. Quatre siècles après, ces propos restent d'actualité pour ce qui de l'inspecteur du travail au vu de ses missions qui ne cessent de s'étendre. Pour être en mesure d'accomplir efficacement leurs tâches multiformes, les inspecteurs du travail doivent être en nombre suffisant[47], comme le recommandent certaines Conventions de l'OIT[48]. Le déficit en personnel est accentué du fait de la non compensation des départs à la retraite. Si après les Indépendances, l'État camerounais avait besoin d'un personnel peu nombreux pour veiller à l'application du droit dans quelques sociétés existantes ; de nos jours, le nombre d'entreprises a explosé exigeant davantage en ressources humaines.

46 J. Bodin, *Six livres de la République,* Livre V, Chap. II.

47 F. Eyraud, G. Cascale, *Créer des systèmes d'inspection du travail modernes et efficaces*, 1ère éd, 2010.

48 Convention n° 81 sur l'inspection du travail, articles 6 à 8.

Les Conventions n° 81[49] et 129[50] invitaient déjà les gouvernements des Etats membres à faire tous les efforts possibles pour doter les inspections, d'un personnel en nombre suffisant. Bon nombre de pays ont répondu à l'appel. C'est le cas de la France qui a lancé depuis 2006, un plan de modernisation de l'inspection du travail prévoyant un renforcement des effectifs qui a augmenté entre 2006 et 2011 de 1 110 agents[51]. Certains pays africains ne sont pas en reste. La République démocratique du Congo a lancé en 2014[52], un vaste programme de recrutement de 1 000 inspecteurs du travail pour soutenir l'action des 215 en activité et dont la moitié atteint l'âge de la retraite. Au Cameroun, il a fallu attendre 2012 pour voir l'État, rouvrir la sous-section Inspection du travail de l'Ecole Nationale d'Administration et de la Magistrature fermée depuis quelques années. La réouverture a suscité tant d'espoirs qui se sont révélés être des illusions.

Le Cameroun compte dix régions et cinquante-huit départements. Comment les autorités doivent-elles procéder pour répartir les trente fonctionnaires sortis chaque année de l'école nationale d'administration ? S'il faut faire un partage équitable, trois inspecteurs du travail pourraient être envoyés par région. Ce nombre est insignifiant pour couvrir les besoins d'une seule délégation départementale dans les villes à forte croissance comme Douala ou Yaoundé. Quel que soit le mode de répartition, former seulement trente inspecteurs du travail dans un pays où le secteur informel draine une part importante de l'économie, semble peu, vu le nombre d'entreprises à contrôler. Fort heureusement, le concours n'est pas le seul mode de recrutement dans la fonction publique au Cameroun.

En 2011, le gouvernement a procédé au recrutement spécial de 25000 jeunes dans la fonction publique. Malgré les réticences de la Banque mondiale qui déplorait un manque de moyens financiers, l'opération fut un succès. Les autorités ont drainé une partie des nouveaux agents dans les services de l'inspection du travail. Rien n'empêche de rééditer l'exploit en lançant un programme spécial de recrutement pour l'administration du travail.

Dans un contexte mouvant, il ne s'agira plus seulement de recruter, mais de recourir aux services des agents qualifiés. L'accent devra être mis sur la formation qui reste un défi permanent de l'inspecteur du travail dans les pays en développement. Au XXIème siècle, disposer d'un effectif pléthorique ne suffit pas toujours à l'inspection du travail pour s'acquitter convenablement de ses tâches si elle ne dispose pas des aptitudes requises. L'article 10 de la Convention n° 150 rappelle que le personnel devra être composé de personnes convenablement qualifiées ayant accès à la formation nécessaire à cet effet. Pour autant au Cameroun, il n'existe pas de politique de formation permettant

49 Convention n° 81 sur l'inspection du travail, Art. 6 à 8.

50 Convention n° 129 sur l'inspection du travail, (agriculture), Art. 8, 10 et 14.

51 Cour des comptes d'après données du ministère du travail, de l'emploi et du dialogue social et bilan de la réforme présenté au Comité technique paritaire du 28 juin 2011.

52 Discours de M. Bahati, Ministre congolais de l'emploi et de la prévoyance sociale, prononcé le 12 mars 2014 au cours de la 38ème session du Conseil d'administration du Centre régional africain d'administration du travail (CRADAT).

d'adapter les agents de l'inspection à l'évolution de leur carrière. L'inspecteur est ainsi confronté à un nouveau défi dans un monde en mutation : celui de la formation pour se familiariser avec les transformations du droit du travail.

Les actions de formation nécessitant des moyens financiers importants, il s'agit pour les autorités gouvernementales d'ouvrir des campagnes de sensibilisation. Ensuite, peuvent suivre des programmes de formation sous la houlette du Ministère de tutelle qui prendra les mesures pour que les différentes délégations organisent périodiquement des séminaires, des formations et des stages[53] au titre d'un mécanisme permanent de formation accessible tout au long de la carrière des agents de l'administration du travail. Le projet peut être concrétisé puisqu'il existe le Centre régional africain d'administration du travail et l'école nationale d'administration et de la magistrature avec lequel le gouvernement peut négocier des accords de partenariat. La formation est d'autant plus importante que dans leur majorité, les inspecteurs du travail ne viennent pas de l'école nationale d'administration. Sont également concernés les membres du parquet qui doivent être sensibilisés sur les enjeux de la répression des infractions à la législation sociale.

### 2 - La modicité des ressources financières

Les problèmes de sous-équipement et d'insuffisance des transports sus-évoqués sont dus en grande partie à la modicité des ressources financières mises à la disposition de l'inspection du travail. Pour des visites sur les lieux de travail, les agents d'inspection ont besoin de véhicules qu'ils n'ont pas toujours, faute de liquidités suffisantes. Par rapport au volume des missions, les ressources dont dispose l'inspecteur du travail sont si faibles qu'il peine à couvrir les besoins de première nécessité. Dans ces circonstances, comment faire pour acquérir les véhicules qui constituent l'épine dorsale du bon fonctionnement ?

De tous les fonctionnaires ayant séjourné à l'Ecole nationale d'administration et de la magistrature, les agents de l'inspection du travail sont l'un des rares corps à être soumis à des conditions de travail aussi peu enviables malgré les risques qu'ils courent quotidiennement dans l'exercice de leurs missions. Ces mauvaises conditions de travail peuvent changer si le gouvernement décide de revoir à la hausse, l'enveloppe mise à leur disposition. C'est dire qu'en réalité, les difficultés qui entravent l'action de l'inspection du travail ne sont pas une fatalité. L'État a intérêt à faire en sorte que le traitement financier des agents d'inspection soit valorisant, accompagné de primes et d'avantages particuliers. La mise à disposition de ressources financières conséquentes contribuera à la réalisation d'un travail de qualité tout en rehaussant l'image de l'inspecteur du travail.

53 Ph. Auvergnon, S. Laviolette, M. Oumarou, *Les fonctions assurées par les inspecteurs et contrôleurs du travail dans le système d'administration du travail en Afrique francophone subsaharienne*, Rapport/Document n° 15, Genève, Bureau International du Travail, 2007, p. 64.

En définitive, on retiendra que la mission de l'inspecteur du travail au Cameroun est un véritable « chemin de croix » vus les obstacles : ampleur des missions, absence de formation requise, faiblesse des moyens d'actions. Il va sans dire que l'inspecteur du travail au Cameroun est confronté à de « nouveaux défis engendrés par les évolutions du marché du travail et l'internationalisation de l'économie »[54]. La redéfinition des missions, de leur ampleur, de leur nombre et du mode de fonctionnement seraient nécessaires pour que les inspecteurs du travail restent les gardiens de l'application de la législation sociale dans l'entreprise.

54 Cour des comptes, *Rapport public annuel*, 2016, p. 367, disponible sur www.ccomptes.fr (consulté le 23 déc. 2017).

**DIDIER TAKAFO-KENFACK**
**Chargé de cours à l'Université de Bamenda (Cameroun)**

**Thèmes de recherche :** **Sécurité juridique, droit des travailleurs et des associés, intérêt social**

**Publications:**
**~ D. Takafo-Kenfack, « La réforme des conventions réglementées dans la société anonyme OHADA: un bilan en demi-teinte ! », *Revue de la recherche juridique*, 2017-1, XLII-16, sept. 2017, pp. 353-369.**
**~ D. Takafo-Kenfack, « La rationalisation des procédures collectives de l'OHADA », *Uniform Law review*, Vol. 22, 2017, pp. 594-613.**

Anna Aleksandrova

# Le droit social dans une société post-industrielle


## RÉSUMÉ

Cette contribution cherche à analyser les principales caractéristiques du droit social dans les conditions d'une société post-industrielle et à relever les tendances générales du droit social moderne, telles que l'individualisation, l'internationalisation, l'expansion de la contractualisation, l'accent mis sur le ciblage, la structuration selon les différentes phases du parcours de vie, etc.


*MOTS CLÉS : Post-industrialisme, Droit social, personne, État, individualisation.*


## ABSTRACT

The paper deals with the concept and main features of social law, which is formed in the conditions of a postindustrial society. The main tendencies of development of modern social law, such as individualization, internationalization, expansion of contractual regulation, emphasis on targeting, adequacy, structuring at various stages of life, etc. are considered.


*KEY WORDS : Post-Industrialism, Social Law, Person, State, Individualization.*

Plusieurs chercheurs considèrent que la société contemporaine connait"une révolution" – post-industrielle, informatique, numérique, etc. –[1], et mettent en exergue l'importance et le caractère fondamental des changements sociétaux ces dernières décennies. Ces changements sont conditionnés par la transformation du système économique : la prédominance du secteur des services sur le secteur de la production industrielle, l'automatisation et l'informatisation des processus de production, l'évolution de la nature du travail (la prédominance du travail intellectuel et créatif sur le travail manuel). De plus, au cours des dernières décennies, « la croissance de la richesse est une grandeur variable, indépendante de la croissance de la production industrielle »[2]. Le facteur clé du développement économique est le capital humain, le potentiel créatif de la personne.

À cet égard, on peut constater l'accroissement du rôle du droit qui assure « l'investissement » public dans le capital humain, règle les relations de travail, la santé publique, la sécurité sociale, etc. Les normes juridiques applicables sur ces sujets relèvent du domaine du droit social .

Le but général de notre contribution est de révéler et analyser les principales tendances de l'évolution du droit social durant la transition de la société vers le post-industrialisme. Pour ce qui nous concerne, le début de la transition vers une société post-industrielle se situe dans les années 1970. Il n'existe pas de consensus sur ce point dans la doctrine ; nous prenons comme référence le point de vue de l'un des fondateurs du concept de société post-industrielle, le sociologue américain Daniel Bell[3].

Notre étude est basée sur les principes méthodologiques formulés par de grands théoriciens du droit russe, tels que S.S. Alekseev, A.B. Vengerov, M.N. Marchenko, etc. En particulier, nous utilisons la notion de tendances du développement du droit, proposée par le professeur M.N. Marchenko selon lequel « ce sont des directions émergentes du développement du droit, témoignant d'une évolution de la matière juridique en général (au niveau mondial ou autre), de ses branches ou de ses institutions »[4]. Parmi les tendances du développement du droit, M.N. Marchenko distingue les tendances locales, régionales et mondiales ; des tendances qui se forment et celles déjà formées ; tendances système-formant et tendances système-destructeur etc.[5]

---

1 Voir: Галгано Ф. "Объявленная революция" in *Известия вузов. Правоведение*. 2013, n° 3, p. 12.

2 *Ibidem*.

3 D. Bell, *The Coming of Post-Industrial Society: A venture of social forecasting*, New York Basic Books, 1973, 507p.

4 Марченко М.Н. *Тенденции развития права в современно мире: учебное пособие*. М.: Проспект, 2015, p. 93.

5 *Ibid.*, p.5.

## I – QU'EST-CE QU'UNE « SOCIÉTÉ POST-INDUSTRIELLE »?

A la charnière des XXème et XXIème siècles, des changements fondamentaux, caractérisés par le terme « révolution » se sont produits dans nos sociétés. Il s'agit, en particulier, de la révolution post-industrielle, numérique, multimédia, managériale, globale, etc.[6] Compte tenu de l'utilisation universelle d'Internet et de la transmission numérique de l'information, des chercheurs parlent de quatrième révolution industrielle (la transition vers une économie numérique)[7].

La révolution numérique affecte « non seulement le mode de production mais aussi le mode de commerce et de consommation, ou, en termes simples, de communication - et pousse les relations humaines « en dehors du temps et de l'espace, dans un espace non physique, le cyberespace »[8]. A cet égard, on utilise aussi les termes de « révolution spatiale »[9] ou de « révolution multimédia »[10]. Les produits de l'information et des communications jouent un rôle important dans l'économie moderne. F. Galgano a fait remarquer que « le mot « produit » est dématérialisé, il est utilisé pour signifier des « produits financiers ». Il faut aussi souligner que la richesse doit être dématérialisée afin de pouvoir être internationalisée »[11] (virements de compte à compte, cartes bancaires, argent numérique, etc.).

On peut considérer la révolution numérique comme une transition vers une société électronique, une société d'informatique dans laquelle une machine contrôlée par un ordinateur remplace le travail humain. L'automatisation de la production entraîne évidemment une réduction du nombre de travailleurs dans l'industrie. Des chercheurs parlent de révolution managériale ou néo-managériale[12], et attirent l'attention sur l'évolution de la structure sociale de la société (augmentation du nombre de « cols blancs » par rapport aux travailleurs).

Le terme « révolution post-industrielle » a été utilisé pour la première fois par le sociologue Daniel Bell[13] pour décrire le processus de transition vers un nouveau type de société fondée sur la connaissance (science). En 1959, lors d'un séminaire international à Salzbourg, D. Bell a inventé la notion de « société post-industrielle » dans le sens qui est maintenant largement reconnu - pour désigner une société où le secteur industriel est en train de perdre son rôle dominant (en raison d'une « technologisation » croissante),

6 Галгано Ф. "Объявленная революция" in *Известия вузов. Правоведение*. 2013, n° 3, p. 12.

7 Чесалина О.В. "Работа на основе интернет-платформ (crowdwork и work on demand via apps) как вызов трудовому и социальному праву" in *Трудовое право в России и за рубежом*. 2017, n° 1, p. 52-55.

8 Галгано Ф. *Op.cit.*, p. 13.

9 S. Ortino, *Il nuovo Nomos della Terra,* Bologna, 2000.

10 A.Baldassar. *Globalizzatione contro democrazia*. Roma, Bari, 2002.

11 Галгано Ф. *Op.cit.*, p.12.

12 A.D. Chandler, *Dimensione e diversificazione. Le dinamiche del capitalismo industriale*, Bologna, 1994.

13 D. Bell. *The Coming of Post-Industrial Society: A venture of social forecasting*. New York: Basic Books, 1973. 507 p.

la science devenant une force principale productive. Le potentiel de développement de cette société est de plus en plus déterminé par le niveau d'information et des connaissances[14].

D. Bell opposait le concept de « post-industriel » aux concepts de « pré-industriel » et « industriel ». A son avis, le secteur pré-industriel est principalement basé sur l'agriculture, l'exploitation minière, la pêche, le stockage du bois et d'autres ressources (y compris le gaz naturel ou le pétrole). Le secteur industriel est toujours producteur, il utilise l'énergie et la technologie des machines pour la fabrication des biens. Le secteur post-industriel est de transformation, « ici l'échange d'informations et de connaissances se produit principalement au moyen des télécommunications et des ordinateurs »[15].

Les caractéristiques essentielles de la société postindustrielle, selon le concept de D. Bell, sont : la prédominance de la sphère des services sur la production (« une société basée sur les services »), l'émergence de nouveaux services (« services humanitaires - éducation, santé, et services professionnels - analyse et planification, design, programmation, etc. « ), le rôle croissant des connaissances théoriques dans la production de biens et de services et, par conséquent, l'importance de l'éducation[16].

En outre, ce nouveau type de société se caractérise par un changement dans la composition de la main-d'œuvre (diminution du nombre de travailleurs et augmentation du nombre de « cols blancs »[17]) et une modification de la structure sociale de la société (« dans une société post-industrielle, le statut d'une personne dépend de son niveau d'éducation »[18]).

On a tendance à penser que la formation d'une société post-industrielle aurait eu lieu du début des années 1970 jusqu'à la fin des années 1980, alors que certaines tendances (comme la domination de la sphère des services sur la production matérielle) sont apparues juste après la seconde guerre mondiale.

L'idée de considérer la société émergente comme une société post-industrielle a été reprise par des représentants de diverses écoles scientifiques. Les études de K. Tominaga, R. Dahrendorf, H. Kahn confirment le caractère fondamental et radical des modifications de la société contemporaine. La plupart des chercheurs considère que l'accroissement du rôle des sciences et des changements technologiques est une des bases de ces changements. Aujourd'hui, les chercheurs soulignent que « la personne clé dans la société post-industrielle est la personne créative »[19], en d'autres termes, c'est le capital humain qui devient le facteur déterminant du développement de l'économie.

---

14 Иноземцев В.Л. *Современное постиндустриальное общество: природа, противоречия, перспективы*. М.: Логос, 2000. http://filosof.historic.ru/books/item/f00/s00/z0000946/st003.shtml

15 Белл Д. *Грядущее постиндустриальное общество. Опыт социального прогнозирования*. Пер. с англ. В.Л. Иноземцева. М. : Academia, 1999, p. 158.

16 Белл Д. *Грядущее постиндустриальное общество: опыт социального прогнозирования*. Изд. 2-ое, испр. и доп. Пер. с англ. В.Л. Иноземцева. М.: Academia, 2004, p. 73.

17 Галгано Ф. *Op.cit*., p. 14.

18 Белл Д. *Грядущее постиндустриальное общество: опыт социального прогнозирования*. Изд. 2-ое, испр. и доп., p. 63.

19 Ерохин С.Г. *Человеческий капитал в постиндустриальном обществе*. М.: Издательско-торговая корпорация « Дашков и К », 2012, p. 4.

Il est évident que dans la société de " high tech", c'est le potentiel créateur de la personne humaine qui acquiert la plus grande valeur, il est un « instrument du travail » grâce auquel les biens publics sont créés[20]. Le rôle principal sur le marché mondial appartient aux États qui peuvent utiliser non seulement des ressources naturelles mais aussi le capital humain, les inventions et les idées scientifiques. À cet égard, la question des moyens juridiques pour la formation et l'amélioration du capital humain est d'une importance particulière.

Dans les travaux de recherche en sciences économiques, on souligne que « la société doit avoir un potentiel mental et physique, qui est la base du capital humain, lequel à son tour, peut être formé en raison du développement effectif de la sphère sociale »[21]. Par conséquent, en société post-industrielle, les priorités en termes d'activité économique dans la sphère sociale seront : la santé, l'éducation et la culture, ainsi que le logement et les services collectifs[22].

Dans la société post-industrielle, comme indiqué ci-dessus, la créativité humaine est de plus en plus importante, si bien qu'aujourd'hui, les capacités intellectuelles et sociales de la personne deviennent « la base de la formation et de l'amélioration des capacités économiques »[23]. Cependant, la position du gouvernement russe en ce qui concerne la formation du capital humain est principalement technocratique. On doit constater une attention insuffisante des pouvoirs publics aux problèmes d'éducation, de science fondamentale, de sécurité sociale ainsi qu'un fonctionnement inefficace du système de fabrication des produits de haute technologie[24].

Les experts dans le domaine du droit du travail expriment des opinions similaires. En 2005, le Professeur. A.M.Kurennoy écrivait : « Il faut rappeler, non pour la première fois, une vérité presque banale, que toute économie (particulièrement, l'économie de marché) est impossible sans utilisation de la main-d'œuvre humaine ce qu'oublient les hommes politiques russes, les économistes, les employeurs, et parfois les juristes. Ils mettent au premier plan les questions de propriété, de statut juridique des entreprises, d'investissement, de bénéfices, d'impôts. (...) Ce manque de compréhension ouvre la voie à des conflits sociaux ».[25]

## II – LA NOTION DE « DROIT SOCIAL POST-INDUSTRIEL »

Au cours des dernières décennies, de nombreux ouvrages scientifiques ont été consacrés à la société post-industrielle. Cependant, le droit post-industriel est devenu un objet de recherche il n'y a pas longtemps. On peut trouver des éléments du concept de

20 *Ibid*. p. 10.

21 Яковлев А.С. *Роль социальной сферы в формировании постиндустриального общества в России*. Орел: ОрелГАУ, 2012, p. 10.

22 *Ibid*., p. 12.

23 Ерохин С.Г. *Op. cit*., p. 10.

24 *Ibid*, p.5.

25 Куренной А.М. "Новое законодательство о труде: итог или этап?" in *Ученые-юристы МГУ о современном праве*. Под ред. М.К. Треушникова. М.: ОАО « Издательский дом « Городец », 2005, p. 96.

droit post-industriel dans les travaux de F. Galgano[26], I.L. Chestnov[27], M.N. Marchenko[28], G. Valleé[29], M.-A. Moreau[30] entre autres.Il n'est pas ici possible d'analyser en détail tous les concepts scientifiques concernant le droit post-industriel. Nous nous bornerons donc à esquisser notre point de vue sur la notion et les caractéristiques principales du droit post-industriel.

Le droit post-industriel est un droit qui se forme à un nouveau stade du développement social (à l'époque post-industrielle, depuis 1970), qui exprime les tendances générales de l'évolution de la société post-fordiste et qui est un moyen de la politique publique, un instrument d'intervention de l'Etat sur les rapports sociaux afin de surmonter les conséquences négatives de la mondialisation et de l'informatisation.

Les caractéristiques principales du droit post-industriel sont:

- la nature multi-dimentionnelle - pluralité des sujets créateurs de règles de droit (l'Etat et d'autres sujets) ; on parle aussi de « privatisation » du droit ;
- la nature globale (exterritorialité) ;
- l'internationalisation (augmentation du rôle de la réglementation juridique internationale) ;
- la dimension anthropologique (individualisation, redoublement de l'attention sur l'homme comme personnalité) ;
- la contractualisation (expansion des principes contractuels), notamment dans le domaine du droit public ;
- l'augmentation du rôle du juge dans le processus de création et de mise en œuvre des règles de droit.

Quant au droit social post-industriel, il faut mentionner qu'il s'agit d'un élément inaliénable et, à notre avis, de l'élément le plus important du système de droit post-industriel (il présente par voie de conséquence les caractéristiques fondamentales du droit post-industriel dans son ensemble).

Chaque étude en droit social actuel acquiert le caractère interdisciplinaire parce que les questions de protection sociale sont indissolublement liées à la sphère économique (ressources de l'Etat, niveau de vie de la population, etc.) et sociologique (concept et caractéristiques de la société post-industrielle, particularités du développement social, processus de formation de la personne humaine, etc.). En même temps, en étudiant le droit social on ne peut pas se passer de catégories purement juridiques. En particulier, il est nécessaire de déterminer ce qu'est le droit social.

---

26 Галгано Ф. *Op.cit.*, p. 11-33.

27 Честнов И.Л. "Постклассическое правопонимание" in *Общественные науки и современность.* 2010, n° 5, p. 157-162 ; Честнов И.Л. "Что есть право?" in *Известия вузов. Правоведение*. 2013, n° 3, p. 229-237.

28 Марченко М.Н. *op.cit*.

29 G. Vallée, "Diversité des modes d'action de l'État dans le domaine social et le système de relations industrielles" in *L'État à l'épreuve du social.* Paris, 1998.

30 M.A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006.

Ces dernières années, les chercheurs russes utilisent largement la notion de « droit social », bien qu'il n'y ait pas de consensus sur son contenu. En particulier, N.V. Putilo considère le droit social comme un ensemble de normes qui règlent des rapports pour garantir à tous un accès aux biens élémentaires (éducation, santé, logement, sécurité sociale, etc.) – c'est-à-dire, une sphère plus large que l'objet du droit du travail et du droit de la sécurité sociale.[31]

V.A. Uvachev estime que « le droit social comprend les droits de l'homme socio-économiques et culturels, qu'il a son objet, sa méthode et ses principes unifiés de régulation »[32]. La plupart des chercheurs russes (P.G. Glushchenko, G.A. Korobov, A.I. Mazilov, E.N. Milyukova, S.D. Solovyov) considèrent que la protection sociale fait partie du droit social. Ainsi, le droit social post-industriel comprend les normes qui régissent les relations dans le domaine du travail et de la sécurité sociale. Une approche similaire est retenue dans les travaux des chercheurs européens[33].

## III – TENDANCES DU DROIT SOCIAL POST-INDUSTRIEL

Quelles sont les tendances de l'évolution du droit du travail et de la sécurité sociale à l'époque post-industrielle? Tout d'abord, il faut relever les traits inhérents au droit post-industriel dans son ensemble. Premièrement, c'est une individualisation. Elle s'exprime par une attention accrue du législateur vis-à-vis du travailleur comme personne, comme individualité porteur de certaines qualités, de croyances et de caractéristiques. Ainsi, ont été consacrées par la loi les libertés d'opinion, d'expression, d'idéologie et de religion sur le lieu de travail ; les droits des minorités ; la protection des données personnelles du salarié ; la prohibition des discriminations (genre, âge, religion, convictions, etc.) On peut donner en exemple, la loi sur l'égalité de traitement dans les relations de travail (Allemagne)[34], la loi contre les discriminations (France)[35], la loi sur l'équité en matière d'emploi (Grande-Bretagne)[36], etc. Le Code du travail de la Russie, adopté en 2001[37], contient un chapitre 14, consacré à la protection des données personnelles du salarié. Les articles 2 et 3 du Code proclament l'interdiction des discriminations au travail, principe par ailleurs concrétisé dans de nombreuses dispositions du Code (parties 2-6).

---

31 Путило Н.В. *Социальные права граждан: история и современность*. М.: ИД « Юриспруденция », 2007, p.7.

32 Увачев В.А. *Социально-правовое государство и гражданское общество постиндустриальной эпохи: правовые основы функционирования и взаимодействия (на примере стран Западной Европы и США)*. Автореф. дисс. к.ю.н. М.: Российский государственный социальный университет, 2006, p. 14.

33 A. Supiot (dir.), "Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe (Extraits du rapport)", *Le Droit Ouvrier*. 2015, n° 807, p. 568.

34 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz.14 August 2006, Bundesgesetzblatt. I 2006. S. 1897.

35 Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *Journal Officiel*, 28 mai 2008.

36 The Employment Equality (Age) Regulations. 3 avril 2006, http://www.opsi.gov.uk/si/si2006/20061031.htm

37 Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. N 197-ФЗ (ред. от 31 декабря 2017), http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34683/

Dans une société post-industrielle, la nature du travail change : le travail physique est de plus en plus remplacé par le travailintellectuel. À cet égard, le taux de risques psychosociaux auxquels une personne est exposée sur le lieu de travail augmente. Le droit social devient donc de plus en plus préventif, c'est-à-dire qu'il vise moins à restaurer (santé, statut financier, statut social d'un travailleur) qu'à prévenir les risques sociaux.

Une autre tendance est l'internationalisation du droit social, qui se traduit par l'expansion de pratiques d'emprunt de normes en vigueur dans d'autres pays et par l'accroissement du rôle de la réglementation internationale. Parmi les textes qui ont influencé le développement du droit social national, on peut mentionner le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, la Charte sociale européenne (rédactions de 1961 et 1996), ou le Code européen de la sécurité sociale de 1964.

L'élaboration de standards internationaux dans le domaine de la protection sociale acquiert une importance particulière. Le rôle principal dans ce processus revient à l'Organisation internationale du travail (OIT ci-après). L'OIT a adopté un grand nombre de conventions dont la Convention n° 102 concernant la sécurité sociale (norme minimum), la Convention n° 118 sur l'égalité de traitement (sécurité sociale), la Convention n° 128 concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants, la Convention n° 157 sur la conservation des droits en matière de sécurité sociale. Les garanties les plus importantes pour la protection de l'enfance et de la maternité sont établies respectivement par la Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants et par la Convention n° 183 sur la protection de la maternité. Malheureusement, de nombreux pays n'ont pas ratifié les Conventions n° 128 et n° 157 de l'OIT. La Russie travaille actuellement à aligner sa législation sur les exigences de la Convention n° 102 de l'OIT qui, avec les deux conventions susmentionnées, n'a pas encore été ratifiée par notre pays.

Une autre tendance du droit social moderne réside dans l'unification progressive de ses normes. Actuellement, les frontières entre les différents modèles d'Etat social s'écroulent[38]. La législation sociale s'unifie successivement. On peut trouver des exemples dans la législation sur les retraites avec l'introduction universelle d'éléments de capitalisation dans les régimes de retraite, l'accroissement de la participation des fonds privés au système de l'épargne-retraite, ou encore l'élévation de l'âge de la retraite, etc. Bien sûr, l'unification est le résultat de l'introduction de standards internationaux dans le domaine de la protection sociale, ce qui est sans doute positif.

Au début des années 2000, les chercheurs en droit social soulignaient déjà de telles tendances telles que l'expansion des principes contractuels[39] ou le rôle croissant du juge dans le processus de mise en œuvre des normes juridiques[40]. En particulier, dans le domaine social, le contrat peut prendre diverses formes: le contrat comme moyen de régulation des

---

38 Voir Сидорина Т.Ю. "Институты самоорганизации граждан и развитие теории государства всеобщего благосостояния" in *Общественные науки и современность*. 2010, № 5, p. 93.

39 Ph. Auvergnon (dir.), *La contractualisation du droit social. Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale,* Bordeaux, Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2003.

40 Ph. Auvergnon (dir.), *Les juges et le droit social : contributions à une approche comparative. Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité social*, Bordeaux, Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2002.

relations entre les différents acteurs de la protection sociale (organismes publics et privés, services médicaux et sociaux, représentants de certaines professions -médecins, avocats) ; le contrat comme un moyen d'influencer les personnes bénéficiant de l'aide sociale (conclu entre les bénéficiaires d'une part et les services sociaux et médicaux de l'Etat d'autre part)[41].

En Russie, le concept de « contrat social » est actuellement développé par A.M. Luchnikov et M.V. Luchnikova[42]. Ils en relèvent les caractéristiques suivantes :

- la sphère de régulation : le contrat est conclu pour établir, changer ou protéger les droits sociaux) ;
- la nature personnelle : les droits et obligations découlant d'un « contrat social » ne peuvent, en règle générale, pas être transférés à une autre personne) ;
- les contrats sociaux ne sont régis que par les normes de la législation sociale ;
- la volonté des parties au contrat social est très limitée ;
- les contrats sociaux sont basés sur l'unité des principes privés et publics ;

la procédure de conclusion, de modification et de résiliation des contrats sociaux est réglementée en détail par la législation (il est permis de conclure uniquement les contrats directement prévus par la législation sociale).

La tendance à la « privatisation » du droit social a trouvé son expression sous la forme de la responsabilité sociale des entreprises (RSE). La Commission des Communautés européennes définissait la RSE comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »[43] car elles sont de plus en plus conscientes qu'un comportement responsable se traduit par une réussite commerciale durable. La RSE a une nature volontaire, mais les autorités européennes et nationales sont intervenues pour promouvoir sa pratique et stimuler son développement. Ces dernières années, la RSE a fait l'objet de propositions d'institutionnalisation et de légalisation.[44].

Plus généralement, on voudrait mettre en exergue une incohérence paradoxale du droit social post-industriel. D'une part, il se caractérise par la tendance à l'humanisation: élargissement des garanties aux catégories de travailleurs socialement faibles (personnes ayant des responsabilités familiales, handicapés, jeunes, etc.), inclusion dans le droit du travail de nouvelles formes de travail (domestiques, télétravailleurs, etc.), création de possibilités d'épanouissement personnel sur le lieu de travail (concept de travail décent), conditions pour restaurer la santé et le bien-être du travailleur. Les exemples ne manquent pas. En Europe, ces dernières années, un certain nombre de lois ont été adoptées en vue d'assurer la combinaison optimale entre vie professionnelle et vie familiale : la loi sur le travail

---

41 R. Lafore R., « Le contrat dans la protection sociale, une approche française » in *La contractualisation du droit social : actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale*. Bordeaux, 2003, p. 203

42 Тарусина Н.Н., Лушников А.М., Лушникова М.В. *Социальные договоры в праве*. М.: Проспект, 2016.

43 *Commission des Communautés européennes. Communication de la Commission concernant la Responsabilité sociale de l'entreprise : Une contribution des entreprises au developpement durable*. Bruxelles, 2002, p. 3.

44 Чубарова Т. "Социальная ответственность работодателей в контексте мировой экономики" in *Человек и труд*. 2013, № 8, p. 56–57.

et les soins (Pays-Bas)[45], la loi sur les soins (Allemagne)[46], la loi sur les congés parentaux (Royaume-Uni)[47], le décret-loi sur la conciliation entre soin, vie et travail (Italie)[48]. La Russie avait déjà une législation développée dans ce domaine (héritée de l'Union Soviétique). En particulier, à la fin du XXe siècle, le congé maternité en Russie (rémunéré à 100 % du salaire moyen) était de 140 jours. La mère ou le père de l'enfant (ou une autre personne pouvait prendre soin d'un enfant jusqu'à 1,5 ans), pouvait avoir un congé parental payé à 40 % du salaire moyen et travailler à temps partiel, si elle/il le voulait. Ces garanties sont toujours en vigueur en droit russe.

D'autre part, la tendance à la déshumanisation du droit social est tout aussi évidente : bon nombre des obligations financières dans le domaine de la protection sociale (retraite, assurance maladie, etc) ont été transférées de l'Etat aux institutions privées, à l'employeur, voire au travailleur lui-même ; le cercle des retraités est réduit (grâce à l'élévation de l'âge de la retraite, à la réduction des possibilités de retraite anticipée, etc.) ; la « flexibilité » a été renforcée. Actuellement, l'âge normal de la retraite est de 65 ans ; les réformes législatives récentes (en Allemagne, Grèce, aux Etats-Unis, etc.) prévoient de le porter à 67 ans et plus. En Russie, l'âge de la retraite est aujourd'hui l'un des plus bas au monde (55 ans pour les femmes et 60 ans pour les hommes) - cela peut être considéré comme une survivance de l'ère socialiste. Cependant, en 2016 on a adopté la loi[49] prévoyant l'augmentation progressive de l'âge de la retraite pour les fonctionnaires jusqu'à 65 ans pour les hommes et 63 ans pour les femmes. En ce qui concerne le reste de la population, l'augmentation de l'âge de la retraite n'est possible que lorsqu'il y a allongement de la durée de vie, surtout pour les hommes (en 2016, la durée de vie en Russie était de 66,5 ans pour les hommes et 77 ans pour les femmes[50]).

L'Association internationale de la sécurité sociale (AISS ci-après) dans son rapport de 2016 a déterminé les tendances du développement des systèmes de sécurité sociale en Europe[51], par les éléments suivants :

- la volonté d'élever l'adéquation des prestations au rang de priorité ;
- le recours, dans le cadre d'un système universel, à un ciblage intelligent pour répondre aux besoins spécifiques des populations vulnérables ;
- une intervention de la protection sociale structurée selon les différentes phases du parcours de vie ;

---

45 Wet Arbeid en Zorg, Stb 2001/567 // https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2001-567.html

46 *Pflege-Weiterentwicklungsgesetz. 28.05.2008. URL:* http://www.buzer.de/gesetz/8223/index.htm

47 The Shared Parental Leave Regulations 2014. URL: https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2014/9780111118856/regulation/6

48 Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 80. URL: http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/06/24/15G00094/sg

49 Федеральный закон от 23 мая 2016 г. N 143-ФЗ « О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части увеличения пенсионного возраста отдельным категориям граждан » // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_198199/

50 https://ruxpert.ru/Статистика:Продолжительность_жизни_в_России

51 *Europe: approches stratégiques pour renforcer la sécurité sociale. Développements et tendances 2016.* Geneve: Association internationale de la sécurité sociale (AISS), 2016, p. IV-VI.

- l'introduction d'une certaine flexibilité dans la fourniture des prestations, tenant compte des différences qui existent au sein de la population en matière de revenu, de besoin de soins de santé, de situation familiale et de situation professionnelle.

Le rapport de l'AISS constate que « les besoins restent élevés, mais aussi que les ressources financières sont de plus en plus limitées »[52]. Ainsi, l'orientation de la sécurité sociale sur les besoins individuels et sa structuration selon les différentes phases du parcours de vie sont conditionnées non seulement par la volonté d'une humanisation accrue des systèmes de protection sociale, mais aussi par la nécessité d'optimiser les dépenses dans un contexte de crise économique.

Le législateur russe a également décidé de renforcer le ciblage des prestations dans le contexte de la crise économique. En particulier, l'allocation mensuelle pour un enfant (jusqu'à l'âge de 16 ans) n'est versée qu'aux citoyens nécessiteux (à faible revenu) ; la même condition est prévue pour le versement de la compensation des frais parentaux pour la garde de l'enfant ( « jardin d'enfants », crèche, centre aéré ou structure d'accueil pour enfant). La nouvelle allocation familiale introduite depuis le 1er janvier 2018 (par le Président de la Russie) est également ciblée et versée aux familles à faible revenu pour le premier ou le deuxième enfant jusqu'à l'âge de 1an et demi[53].

Si autrefois les principes d'universalité et d'uniformité des allocations, proclamés dans le rapport de Lord W. Beveridge au Parlement britannique en 1942 semblaient la panacée pour affronter tous les maux sociaux, il y a aujourd'hui un changement de repères : on « s'arme » des idées d'adéquation et de ciblage. Plus globalement, il faut souligner le changement de paradigme des activités de l'État dans son ensemble : au tournant des XXe et XXIe siècles il y a un rejet de l'idée de « l'État-providence » (*Welfare State)* et le passage à un modèle d'État social basé sur le travail (*Workfare State*)[54].

Ainsi, nous pouvons parler d'un nouveau cycle d'individualisation et de libéralisation dans les relations entre l'État et l'individu. Dans le domaine social, une part importante de la responsabilité en matière de protection sociale a été transférée à la personne elle-même. Les exemples incluent l'expansion de la capitalisation dans les régimes de retraite, la limitation des garanties dans le domaine de l'assurance maladie et de l'assurance retraite, etc. En même temps, l'État conserve, bien sûr, la charge de la protection des personnes qui, en principe, ne peuvent subvenir à leurs besoins (orphelins, invalides depuis l'enfance, etc.).

L'affaiblissement des principes de collectivité et de solidarité dans le domaine social est principalement dû à des raisons socio-économiques objectives (crises économique et démographique, instabilité financière des systèmes de protection sociale, passage à une société postindustrielle). L'idéologie du consumérisme, cultivée dans le monde de l'économie globale, ne contribue pas au renforcement de la solidarité. L'orientation en faveur des intérêts individuels s'observe partout : dans le domaine de l'éducation (formation

52 *Ibid*., p. V.

53 Федеральный закон от 28.12.2017 N 418-ФЗ »О ежемесячных выплатах семьям, имеющим детей »// http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_286470/

54 Voir: Чиркин В.Е. "Общечеловеческие ценности и современное государство" in *Государство и право*. 2002, № 2 ; Чиркин В.Е. "Россия, Конституция, достойная жизнь: анализ взаимосвязей" in *Государство и право*. 2006, № 5.

continue), du développement des carrières, des rapports personnels (familiaux) etc.

L'économie numérique, malgré le flou apparent des frontières (libre circulation de l'information, du capital, du travail), ne fait que renforcer l'isolement de l'individu et la segmentation de la société. La vidéosurveillance et les méthodes numériques d'identification de la personne peuvent conduire à un contrôle total sur le processus de travail et sur le travailleur lui-même.

Cependant, la pratique montre qu'un rejet total des idées de solidarité dans le domaine de la protection sociale est impossible. La crise financière peut dévaloriser le capital individuel de retraite. La spécialisation (individualisation, ciblage) des allocations ne peut être illimitée, sinon elle réduit à néant les principes fondamentaux de la politique sociale (faut-il soutenir la maternité et l'enfance en général ou seulement les pauvres mères et enfants) ?

Le principe de répartition dans les systèmes de retraite reste prioritaire (le principe cumulatif est complémentaire). Depuis plusieurs années, on constate un chômage croissant et une réduction du coût de la main-d'œuvre, des difficultés de financement de l'assurance sociale, etc. C'est pourquoi, dans certains pays (Japon, États-Unis, Finlande), il est proposé de passer au modèle du « revenu individuel inconditionnel » qui suppose le versement régulier d'une somme à chaque membre de la société. Le revenu individuel inconditionnel doit être versé à chaque citoyen, quel que soit son niveau de revenu et sans condition de travail.

Les spécialistes en droit social prêtent attention à l'expérience des pays africains en matière d'assistance mutuelle. Aux instruments financiers et aux principes d'accumulation peuvent être opposés des liens sociaux horizontaux et des idées de la solidarité : « c'est la solidarité de ceux qui sont tour à tour créanciers et débiteurs qui constitue la garantie la plus sûre de l'égale liberté et sécurité de chacun »[55]. Ainsi, il y a des raisons de croire que l'« individualisme » actuel sera remplacé par une nouvelle solidarité sociale selon des configurations pour l'instant inconnues.

---

55 A. Supiot, « Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur? Mise en perspective des réformes depuis 2013 », *Le Droit Ouvrier*, Oct. 2015, n° 807, p. 566.

**ANNA ALEKSANDROVA**
**PhD, chargé de cours à la faculté de droit de l'Université d'Etat de Penza, Russie.**

**Thèmes de recherche : droit constitutionnel comparé et droit social comparé.**

**Publications :**
**~ A. Aleksandrova, "Социальные права в конституциях XXI в." (" Les droits sociaux dans les constitutions du XXI siècle") in *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. (*Revue de législation étrangère et de droit comparé*) 2017, n° 1, p. 47-53.**
**~ A. Aleksandrova, "Постиндустриализм и трудовое законодательство" ("Le post-industrialisme et la législation du travail") in *Трудовое право в России и за рубежом*. (*Le droit du travail en Russie et à l'étranger)* 2017, n° 3, p. 7-10.**

Catherine Barnard

# Brexit et droits sociaux


## RÉSUMÉ

Cet article examinera le rôle des droits sociaux de l'Union Européenne au cours de la campagne de référendum, ainsi que ce qu'il adviendra des droits sociaux dans le monde post-Brexit à la lumière du projet de loi (retrait) de l'UE, de l'engagement de non-régression des droits sociaux et de ce que l'UE pourrait exiger dans l'éventualité d'un futur accord commercial. Cet article démontrera que même si l'avenir peut sembler quelque peu sombre pour le maintien des droits sociaux de l'UE, la catastrophe imminente que certains craignent ne se produira pas. Au lieu de cela, il existe un risque de stagnation des droits sociaux existants et une érosion graduelle de la protection dont bénéficient actuellement les salariés, surtout si le Royaume-Uni n'est plus contraint de continuer à respecter les règles du Droit social européen.


*MOTS CLÉS : Brexit, droits sociaux, accords commerciaux.*


## ABSTRACT

This article will consider the role of EU social rights in the referendum campaign, what will become of social rights in the post Brexit world in the light of the EU (Withdrawal) Bill and the commitment to no-regression of social rights and what the EU might require in the event of a future trade deal. It will argue that while the future may look somewhat bleak for the maintenance of EU social rights, the imminent catastrophe that some fear will not happen. Instead there is a risk of stagnation of existing employment rights and a gradual erosion of the protection employees currently enjoy, especially if there is no robust requirement on the UK to continue to respect EU employment law rules.


*KEY WORDS : Brexit, Social Rights, Trade Deals.*

On aurait pu penser qu'à l'occasion du référendum britannique sur le brexit les préoccupations relatives à la perte des droits sociaux, en cas de vote favorable à la sortie de l'UE, auraient occupé le devant de la scène chez les partisans du « Remain » souhaitant rester européens. Cela n'a pas été le cas. Les droits sociaux n'ont joué qu'un rôle de figuration. Cet article étudiera d'abord pourquoi la question des droits sociaux n'a pas été plus présente dans la campagne référendaire (I). Ensuite, nous examinerons le sort des droits sociaux dans le monde du post-Brexit à la lumière du projet de loi sur le retrait de l'UE (Retrait) et de l'engagement de non-régression des droits sociaux (II). Enfin, nous verrons ce que l'UE pourrait exiger dans le cas d'un futur accord commercial (III). Il faut souligner que même si l'avenir peut sembler relativement sombre, l'imminence d'une catastrophe redoutée par certains ne se produira pas. Le risque est plutôt celui d'une stagnation des droits existants et d'érosion graduelle de la protection dont bénéficient actuellement les salariés, en l'absence d'une obligation pour le Royaume-Uni de continuer à respecter les règles du droit du travail de l'UE.

## I – POURQUOI LES DROITS SOCIAUX N'ONT-ILS PAS OCCUPÉ UNE PLACE PLUS IMPORTANTE DANS LA CAMPAGNE RÉFÉRENDAIRE ?

Les partisans que l'on pouvait s'attendre à trouver dans le camp du Remain comme les syndicats se sont en réalité montrés prudents vis-à-vis des arguments invoqués en faveur des droits sociaux de l'UE, sans parler de lutter pour rester dans l'Union. Cela est dû en partie au fait que de nombreux activistes et militants syndicaux soutenaient la campagne pour le « Leave », favorable au retrait. De nombreux défenseurs de cette ligne s'inquiétaient des implications du maintien de l'adhésion à l'Union. Ils craignaient la migration « illimitée » en provenance de l'Union qui, selon eux, a des répercussions négatives sur les salaires. Comme l›a déclaré un responsable syndical après le référendum : « les conditions salariales ont toujours été meilleures pour les travailleurs lorsque la main-d'œuvre est contrôlée et que les communautés sont stables[1] ».

Les syndicalistes s'inquiétaient également des effets négatifs de la mondialisation ainsi que de l'européanisation, et de leur répercussion à l'échelle locale sur le secteur manufacturier. Ils constataient la délocalisation des emplois à l'étranger. Plus généralement, ils s'inquiètent d'une précarisation croissante de l'emploi[2]. La réduction des emplois manufacturiers a coïncidé avec une hausse de l'immigration. L'année du référendum le Royaume-Uni a connu le plus haut niveau d'immigration. Souvent, ces immigrants (plus instruits) ont pourvu des emplois peu qualifiés qui auraient pu être offert aux travailleurs

1 *The Guardian*, 16 décembre 2016, cité par K. Ewing, « Implications of the Post - Brexit Architecture for Labour Law », *Kings Law Journal*, 2018, à paraître.

2 Voir M. Taylor, *Good Work: The Taylor Review of Modern Working Practices*, 2017.

britanniques récemment contraints au chômage. Cela a renforcé le sentiment de rancœur. Les syndicats ont reconnu que tout convergeait pour rendre les conditions du maintien dans l'UE particulièrement difficiles[3].

Les syndicats eux-mêmes n'étaient pas unanimement favorables à l'appartenance à l'Union. S'il est vrai que l'UE a accordé de nouveaux droits significatifs aux travailleurs, les droits d'information et de consultation des travailleurs présentent un risque de marginalisation du rôle des syndicats. En outre, les décisions de la Cour de justice dans la lignée de la jurisprudence des affaires (tristement) célèbres *Viking* et *Laval*[4] ont laissé un goût amer : ces décisions ont eu pour effet de rendre les actions de grève au Royaume-Uni ayant une composante transnationale encore plus difficiles qu'elles ne l'étaient en vertu d'un droit national déjà strict. Les syndicats ont également vu comment l'Union s'est comportée envers la Grèce pendant la crise financière : les terribles effets des politiques d'austérité et l'abaissement forcé des protections sociales nationales, y compris en matière de négociation collective[5] ont incité des partis à plaider en faveur d'un départ de l'Union, le « brexit ».

Il y a eu aussi un élément tactique. Les syndicats ont reconnu que le fait de faire valoir à plusieurs reprises l'argument selon lequel l'Union était à l'origine de droits sociaux importants faisait en réalité le jeu des partisans du Leave. Les défenseurs de ce camp ont fait valoir que le droit du travail de l'Union était un symbole de la mesure de la perte de contrôle du Royaume-Uni sur « ses propres lois ». Les partisans du Leave pouvaient associer ces préoccupations à des craintes plus générales concernant une réglementation excessive : non seulement ces règles étaient « étrangères », mais elles imposaient également des fardeaux –inutiles- aux entreprises britanniques. Un éminent membre du Parlement, Priti Patel, a résumé cela de la manière suivante : « Si nous pouvions réduire de moitié le fardeau de la législation sociale et de l'emploi de l'Union, nous pourrions injecter un bonus de 4,3 milliards de livres sterling dans notre économie et créer 60 000 nouveaux emplois. » Frances O'Grady, secrétaire générale du TUC et l'une des principales personnalités soutenant le Remain a réagi à ce propos avec agressivité: « Quittez l'UE et vous perdez vos droits du travail - c'est le message que même les militants du Leave comme Priti Patel transmettent en ce moment. Quels droits disparaîtraient : le droit aux congés payés, le droit au congé parental, voire les protections pour les travailleuses enceintes ? L'UE garantit tous ces droits et bien davantage ; c'est la raison pour laquelle le Brexit représente un si grand

3 http://blog.policy.manchester.ac.uk/posts/2017/08/trade-unions-eu-workers-and-brexit-more-complexity-less-certainty/

4 Aff. C-438/05, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union* v *Viking Line ABP* [2007] ECR I-10779 et Aff. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet* [2007] I-11767. Pour une discussion sur les effets corrosifs de la décision sur le droit du travail britannique, voir C. Barnard, "British Jobs for British Workers': The Lindsey Oil Refinery Dispute and the Future of Local Labour Clauses in an Integrated EU Market', *ILJ,* 2009, n°38, p. 245.

5 https://www.theguardian.com/politics/2016/jun/21/the-labour-case-for-a-leave-vote-in-the-eu-referendum

risque pour les travailleurs ». Dix secrétaires généraux des plus grands syndicats ont soutenu les propos de la secrétaire générale du TUC et ont appelé à voter en faveur du Remain[6]. Nonobstant, cette intervention s'est avérée insuffisante et surtout trop tardive.

## II – LE SORT DES DROITS SOCIAUX APRÈS LE BREXIT

Après le vote en faveur du départ de l'Union, on s'attendait à ce que la règlementation nationale sur le temps de travail de transposition de la directive sur le temps de travail, une des lois de l'UE les plus contestées par les employeurs[7], soient rapidement abrogée après le Brexit, et que dans la foulée, il en aille de même des lois sur le travail intérimaire et le travail à durée déterminée[8]. Ce fut donc une surprise lorsque la Première ministre a annoncé que les droits sociaux seraient maintenus dans le monde de l'après-Brexit. Dans son discours de la conférence du parti en octobre 2016, elle a déclaré : « En abrogeant la loi sur les Communautés européennes, nous transformerons les acquis... dans le cadre du droit britannique. Lorsque le projet de loi sur l'abrogation [ou EU(W)B] recevra l'approbation royale, le Parlement sera libre - sous réserve des accords internationaux et des traités avec d'autres pays et l'UE en matière de commerce notamment - de modifier, abroger et améliorer toutes les lois. Mais en transférant les acquis dans le droit britannique, nous donnerons aux entreprises et aux travailleurs un maximum de garanties au moment où nous quitterons l'Union européenne.… *Et je tiens à être parfaitement claire : les droits légaux existants des travailleurs continueront d'être garantis par la loi - ils le seront tant que je serai Premier ministre »*[9].

Cet engagement politique a été réitéré dans le livre blanc sur le Brexit :[10] « A mesure que nous transposerons le droit communautaire dans notre législation nationale, nous assurerons la continuité de la protection des droits des travailleurs. Cela apportera des garanties et assurera une certaine continuité aux salariés et aux employeurs qui engendrera une stabilité qui permettra au Royaume-Uni de poursuivre sa croissance et sa prospérité ».

Plus récemment, dans son discours de Mansion House, la Premier ministre a déclaré :[11]

« Et dans d'autres domaines tels que les droits des travailleurs ou l'environnement, l'UE doit être convaincue que nous ne nous engagerons pas dans un nivellement par le bas en

6 Les syndicats britanniques incitent à voter contre le Brexit. https://www.politico.eu/article/eu-referendum-leave-remain-uk-trade-unions-brexit-news-uk-politics/. Leurs lettres ont été publiées dans le *Guardian* https://www.theguardian.com/politics/2016/jun/05/trade-union-members-should-vote-to-stay-in-the-eu

7 *Sunday Times*, 17 décembre 2017; *Sun on Sunday*, 17 décembre 2017. Pour une analyse plus approfondie, voir *Huffington Post*, 19 décembre 2017, cités par K. Ewing, ci-dessus note 1.

8 Voir généralement M Ford, "The Effect of Brexit on Workers' Rights", *King's Law Journal,* 2016, n°27, p. 398.

9 Extrait du discours souligné par nous

10 Gouvernement britannique, The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union (Cm 9417, February 2017)

11 https://www.gov.uk/government/speeches/pm-speech-on-our-future-economic-partnership-with-the-european-union

ce qui concerne les normes et les protections que nous établirons. Aucun groupe politique sérieux au Royaume-Uni ne soutiendrait cela - bien au contraire ».

En réalité, au sein même du Cabinet, des personnalités s'opposent aux droits du travail. Par exemple, Liam Fox, le secrétaire d'État au Commerce international, a déclaré : « Pour rétablir la compétitivité de la Grande-Bretagne, nous devons commencer par déréglementer le marché du travail. Les oppositions politiques doivent être surmontées[12] ». *Cependant, tant que Theresa May demeurera Premier ministre, les droits du travail semblent relativement assurés ; le langage de la non-régression commence, y compris, à être repris. Mais les droits sociaux sont-ils réellement assurés ? Pour le moment, la garantie la plus importante de la protection des droits du travail réside dans le projet de loi (de retrait) de l'UE (EU (W) B).*

### A – Le maintien des lois de l'UE

Le projet de loi (de retrait) de l'UE, actuellement examiné par le Parlement, vise à sortir le Royaume-Uni de l'UE au niveau national tout en garantissant la sécurité et la continuité juridiques au lendemain du Brexit, y compris dans le cas où il n'y aurait aucun accord avec l'Union. Plus précisément, l'objectif est de prendre un instantané du droit de l'UE tel qu'il se présente au moment du Brexit et de le transposer dans la législation nationale. Ainsi, l'article 2 (1) prévoit que « la législation nationale dérivée de l'Union, ayant un effet sur le droit national juste avant la sortie de l'UE, continuera d'avoir un effet sur le le droit national à la date de sortie et après ». La législation nationale dérivée de l'UE comprend la législation adoptée en vertu des pouvoirs énoncés au paragraphe 2 de l›article 2 de la loi de 1972 sur les Communautés européennes (ECA), la loi qui, à l'origine, a entériné l'entrée du Royaume-Uni dans l'UE. L'article 2 (2) est une « clause Henry VIII » (du nom du célèbre roi britannique) qui permet à l'exécutif de mettre en œuvre la législation européenne comme législation secondaire sans passer par le processus intégral d'adoption d'une loi par le Parlement. Ainsi, la règlementation sur le temps de travail, qui met en œuvre la directive y relative, a été mise en œuvre en vertu des pouvoirs conférés par le paragraphe 2 (2) et restera inscrite dans la législation britannique en vertu de l'article 2 de l'UE (W)B). L'article 2 de l'UE (W) B sauvegardera également d'autres textes de loi adoptés en vertu d'autres pouvoirs, tels que les lois sur le travail à durée déterminée prise en vertu de la loi de 2002 sur l'emploi. La législation primaire donnant effet à la législation de l'UE à l'instar de la loi de 2010 sur l'égalité restera également en vigueur. Ce droit est dénommé « droit de l'UE maintenu » (article 6, paragraphe 7, UE (W) B) et pourra faire l'objet de modifications ultérieures par le Parlement (sauf accord contraire futur).

Ainsi, l'article 2 de l'UE (W) B prévoit le mécanisme juridique garantissant que les droits sociaux de l'UE resteront en vigueur après le départ du Royaume-Uni, que ce soit le 29 mars 2019 s'il n'y a pas d'accord, ou le 31 décembre 2020 à la fin de la période de transition (en vertu de la partie IV de l'accord de retrait, la législation de l'UE continuera à s›appliquer au Royaume-Uni comme s'il était un Etat membre pendant la période de transition). Jusque-là, tout est simple. Cependant, toutes les lois de l'Union ne peuvent pas être conservées dans leur format actuel. Prenons, par exemple, le Règlement de 1999 relatif à l'information et la

12 https://www.ft.com/content/2ee5b8de-5c8d-11e1-8f1f-00144feabdc0#axzz1mtrhfavw

consultation des travailleurs (TICE)[13] et modifié en 2010[14]. Les règlements ont été adoptés en vertu des pouvoirs énoncés au paragraphe 2 (2) de la loi de 1972 sur les Communautés européennes, exigeant qu'une société multinationale ou, selon le jargon européen, une « *entreprise de dimension communautaire* », crée un comité d'entreprise européen ou un équivalent aux fins de donner des informations aux représentants des travailleurs et de les consulter. Cependant, la définition d'une *entreprise de dimension communautaire* selon la législation du Royaume-Uni désigne une entreprise ayant « au moins 1000 salariés dans les *Etats membres* et au moins 150 dans chacun d'au moins deux *Etats membres* ». Lorsque le Royaume-Uni ne sera plus un Etat membre, se posera un problème.

### B – Remédier aux lacunes du droit britannique

L'article 7 du projet de loi confère au gouvernement le pouvoir de faire face aux soi-disant « lacunes » de la loi actuelle lorsque le pouvoir exécutif estime qu'il est « approprié » de le faire. Cependant, ces soi-disant « pouvoirs Henry VIII » sont controversés parce qu'ils sont exceptionnellement étendus[15] et permettent au gouvernement de modifier les deux instruments statutaires (SI) (loi secondaire) et les lois du Parlement (loi primaire), donnant ainsi « aux ministres une bien plus grande latitude que ce qui est constitutionnellement acceptable[16] ». Au cours des débats au sein de la Chambre des communes, le gouvernement a cependant admis qu'il faudrait une nouvelle commission parlementaire chargée d'examiner les instruments statutaires introduits pour modifier le droit de l'UE retenu. Le comité décidera si ces IS doivent faire l'objet d'une procédure négative ou positive (cette dernière devant être approuvée par les deux chambres du Parlement). La Chambre des lords, pour sa part, ne considère pas ces garanties suffisantes et en exige davantage.

Néanmoins, l'article 7 sera maintenu sous une forme ou une autre et le Royaume-Uni pourrait décider d'utiliser les pouvoirs de l'article 7 pour supprimer le règlement 4 (1) du TICE sur les entreprises de dimension communautaire dont le siège social se trouve au Royaume-Uni et il pourrait supprimer le règlement 5 sur le siège social ou l'instance de représentation représentatif située au Royaume-Uni. Les syndicats espèrent que, conformément au principe de non-régression, les dispositions du règlement TICE relatives à la protection de l'emploi ne seront pas abrogées. Cependant, tout cela fera l'objet d'un accord entre le Royaume-Uni et l'UE comme nous le verrons.

Bien que l'article 7 habilite le ministre de la Couronne à empêcher, réparer ou atténuer : (a) tout empêchement au bon fonctionnement du droit européen maintenu, ou (b) toute autre déficience du droit de l'UE résultant du retrait du Royaume-Uni de l'UE, il est à craindre qu'un ministre utilise ces pouvoirs pour apporter des changements plus substantiels sous prétexte de remédier à une lacune. Des craintes particulières portent sur les dispositions de la loi de 2010 sur l'égalité qui risquent d'être menacées. Il existe donc une pression pour ajouter la Loi sur l'égalité à la liste établie par la clause 7 (7) selon laquelle les pouvoirs du

13 http://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/3323/introduction/made
14 http://www.legislation.gov.uk/uksi/2010/1088/contents/made
15 https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldconst/19/1906.htm
16 https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldconst/69/6903.htm#_idTextAnchor003

paragraphe 7 (1) ne peuvent pas être utilisés dans certains domaines, notamment pour modifier, abroger ou révoquer la Loi sur les droits de la personne de 1998 qui intègre la Convention européenne des droits de l'homme dans la législation britannique.

### C – La charte des droits fondamentaux

Bien que l'idée clé qui sous-tend l'UE (W) B soit celle de la poursuite, et non de la rupture, au moins au départ, l'exception notable porte sur la Charte des droits fondamentaux. L'article 5 (4) stipule que : « La Charte des droits fondamentaux ne fait pas partie du droit interne au moment de la sortie de l'UE ou après. » Toutefois, cela n'affecte pas le maintien dans le droit interne, des droits ou principes fondamentaux qui existent indépendamment de la Charte. En outre, le texte précise que les références à la Charte dans la jurisprudence sont autant que nécessaire, interprétées comme s›il s›agissait de références à des droits ou principes fondamentaux correspondant ayant été conservés. Par conséquent, alors que la Charte ne sera pas conservée après le Brexit, les principes généraux qu'elle consacre le seront. L'annexe I, article 2 fournit des détails supplémentaires. Elle prévoit qu'aucun principe général de droit européen ne fait partie du droit interne à la date de sortie ou après, s'il n'a pas été reconnu comme principe général de droit européen par la Cour européenne dans une affaire judiciaire résolue avant la date de sortie (qu'il s'agisse ou non d'une partie essentielle de la décision dans l'affaire en cause). De plus, contrairement aux droits découlant de la Charte, où une action en dommages-intérêts peut être intentée en cas de violation, l'article 3 de l'annexe I stipule que : « Il n'y a pas de droit d'action en droit national le jour de la sortie ou par la suite sur la base d'un non-respect de l'un quelconque des principes généraux du droit de l'UE. » En outre, aucune Cour, aucun tribunal ou aucune autorité publique ne peut, le jour de la sortie de l'UE ou après 1. Réformer, abroger toute loi ou toute autre règle de droit, ou 2. Censurer une conduite quelle qu'elle soit ou décider qu'elle est illégale, parce qu'elle est incompatible avec l'un des principes généraux du droit de l'UE.

Pour faire bonne mesure, l'article 4 ajoute : « Il n'y a pas droit à des dommages-intérêts conformément à l'arrêt *Francovich* en droit national, que ce soit le jour de la sortie, ou par la suite. » Par conséquent, non seulement la Charte disparaît, mais certains des principaux recours disparaissent aussi, en particulier les arrêts apports des *Francovich* et *Mangold*.

Qu'en est-il de la perte des droits de la Charte ? Les avocats ont été quelque peu ambigus au sujet de la Charte des droits fondamentaux[17]. Alors que le titre IV sur la solidarité était très prometteur, son contenu et son application ont été en réalité décevants[18]. Dans l'affaire, peut-être la plus controversée, *Alemo-Herron*[19], une référence des tribunaux britanniques sur l'interprétation de la mise en œuvre plus généreuse au Royaume-Uni de la directive sur le transfert des entreprises, la Cour s'est appuyée sur le droit de direction une entreprise en vertu de l'article 16 pour contester et supprimer cette protection parce

17 C. Barnard, 'The Silence of the Charter' dans S De Vries, U Bernitz et S Weatherill (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing,* Hart Publishing, Oxford 2015.

18 Affaire C-426/11, *Alemo-Herron v Parkwood Leisure*, ECLI:EU:C:2013:521; Affaire C-201/15, *AGET Iraklis*, ECLI:EU:C:2016:972.

19 *Alemo-Herron and Others v Parkwood Leisure Ltd*, ci-dessus n 17, paragraphes 31-35.

qu'elle était réputée porter atteinte à la liberté de direction de l'employeur. A aucun moment, la Cour n'a considéré l'application de l'une quelconque des dispositions du titre sur la solidarité comme un contrepoids au droit de l'employeur garanti par l'article 16. Les droits conférés par le titre sur l'égalité ont toutefois été plus prometteurs et ont été utilisés au profit des travailleurs[20], bien qu'ici, au moins, le principe général d'égalité ait une origine plus ancienne et mieux établie.

### D – Le rôle des tribunaux

L'article 1 de l'UE (W) B abroge l'ECA 1972, mettant fin aux principes de suprématie et d'effet direct dans le système juridique britannique (principes qui devront être ré-établis pendant la période de transition, ce qui sera établi par une autre loi britannique sur le retrait et la mise en œuvre dite WAIB). Cependant, la situation n'est pas aussi claire qu'il y paraît. L'article 5 prévoit que si le principe de la suprématie du droit de l'Union ne s'applique pas aux textes promulgués après le Brexit, il s'applique néanmoins pour « l'interprétation, la non-invocation ou l'annulation de toute loi ou règle de droit adoptée avant la sortie ». Cela signifie donc que si les tribunaux britanniques constatent dans une affaire que la loi de 2010 sur l'égalité - adoptée avant le Brexit - contient des dispositions contraires, par exemple, à l'article 157 TFUE, alors l'article 157 TFUE prévaudra. La principale différence est qu'après le Brexit, le Royaume-Uni sera libre de légiférer pour annuler les effets d'une telle solution (sous réserve de tout accord commercial à venir)

Qu'en est-il de la pertinence de la jurisprudence de la Cour de justice ? Concernant celle antérieure au Brexit, elle continuera à s'appliquer en tant que loi britannique (comme la loi britannique, bien que, en droit britannique, elle puisse être annulée par la Cour suprême du Royaume-Uni).[21] Cependant, la position de la jurisprudence post-Brexit est plus compliquée. L'article 6 prévoit qu'une cour ou un tribunal : a) n'est lié par aucun des principes énoncés ou des décisions prises par la Cour européenne le jour de la sortie ou après, et b) ne peut saisir la Cour européenne le jour de la sortie ou après (bien entendu, il n'y aura pas non plus d'actions coercitives au titre de l'article 258 du TFUE). De plus, la clause 6 (2) stipule que : « Une cour ou un tribunal n'a aucune obligation de tenir compte de ce qui a été fait au jour de la sortie ou après par la Cour européenne de justice, une autre entité de l'UE ou l'UE ; il peut le faire si cela lui semble approprié ».

Ainsi, après le Brexit, les tribunaux britanniques ne sont pas liés par les arrêts de la Cour de justice, ils ne peuvent pas non plus faire référence à l'article 267, mais ils peuvent prendre en compte ces décisions s'ils les jugent « appropriées ». Les juges sont profondément inquiets du pouvoir que cela leur donne. Ils craignent que la décision de prendre en compte les décisions de la CJCE ne devienne politique et non juridique et considèrent qu'elles seront en première ligne des attaques médiatiques. Ils souhaiteraient que le libellé de cette disposition soit modifié.

Il est cependant possible que ces préoccupations soient exagérées, au moins dans le domaine de l'emploi[22]. Les juges britanniques n'ont jamais suivi servilement les arrêts de la

20 Affaire C176/12, *Association de médiation sociale*, ECLI:EU:C:2014:2.

21 Articles 6(4) et (5) EU(W)B.

22 C. Barnard, « Brexit and Employment law », in M. Dougan (dir.), *The UK after Brexit*, Intersentia, 2017.

Cour de justice, surtout lorsqu'ils ne les jugent pas raisonnables. Un bon exemple est celui de l'affaire *ECM*[23], dans laquelle la Cour d'appel a adopté une ligne pragmatique pour gérer les contestations de la décision très critiquée de la Cour de justice *Süzen*[24] pour déterminer si un transfert d'entreprise avait eu lieu dans le cas d'une entreprise employant beaucoup de main-d'œuvre. La décision de la Cour de justice a utilisé des critères permettant de savoir si la majorité du personnel avait été transféré pour déterminer s'il y avait eu un transfert d'entreprise qui aurait déclenché le transfert de ces mêmes salariés. En d'autres termes, le raisonnement était circulaire. La Cour d'appel a préféré l'approche *Smorgasbord* adoptée par la Cour de justice dans l'affaire *Spijkers* plus ancienne[25], qui consistait à examiner une série de facteurs, pour déterminer si un transfert d'entreprise avait eu lieu et donc si ce personnel devait être transféré.

Dans l'affaire *Govia*[26], la Cour d'appel a aussi rogné les griffes de la décision controversée de la Cour de justice dans l'affaire *Viking*[27]. *Viking* a eu des conséquences néfastes sur le droit de grève au Royaume-Uni[28]. Dans l'affaire *Govia*, la Cour d'appel a dû examiner si la grève proposée par les syndicats à propos de l'introduction de trains de voyageurs uniquement gérés par des conducteurs (DOOP) violait l'article 49 TFUE, l'argument étant qu'une société française, Keolis, détenait 35% des actions de Govia et que la grève entravait l'exercice des droits tirés de la liberté d'entreprise. La Cour d'appel a déclaré: 39. …[C'] est l'objet ou le but de l'action collective et non le dommage causé par l'action elle-même qui la soumet potentiellement aux dispositions relatives à la liberté de mouvement. … A notre avis, il est inconcevable qu'une règle qui ne fait pas de discrimination fondée sur la nationalité et qui oblige un conducteur et un gardien sur tous les trains à assurer la fermeture des portes plutôt que cela soit un conducteur seul puisse constituer un facteur entravant la liberté d'entreprise ou le rendre moins attrayant. »

La Cour d'appel a ensuite souligné que, même lorsqu'une mesure était appliquée au détriment d'une personne, cela ne permettait pas de déduire pour autant que sa liberté de circulation a été violée si l'effet est trop incertain, indirect ou insignifiant pour avoir l'effet dissuasif requis. La Cour a conclu en ces termes « Nous n›avons aucun doute sur le fait qu'en l'espèce c'était trop insignifiant ».

Il se peut donc que les tribunaux britanniques, après le Brexit, se sentent plus libérés et capables d'en faire plus dans ce sens, et qu'ils façonnent la jurisprudence post-Brexit pour mieux s'adapter aux circonstances du marché du travail britannique, y compris en ce qui concerne les questions controversées telles que le paiement des périodes de congés payés[29] ( par exemple, les contrats à court terme incluant le paiement des congés payés,

23 *ECM v Cox* [1999] IRLR 559.

24 Aff. C-13/95, *Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH*, ECLI:EU:C:1997:141.

25 Aff. 24/85, *Spijkers v Benedik*, ECLI,EU,C,1986,127.

26 *Govia v The Associated Society of Locomotive Engineers* [2016] EWCA (Civ) 1309.

27 Aff. C-438/05, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti*, ECLI, EU, C:2007,772.

28 Voir C. Barnard, "The Calm after the Storm. Time to Reflect on EU Scholarship after Viking and Laval" in A Bogg, C Costello and A Davies (dir.), *Research Handbook on EU Labour Law*, Elgar, Cheltenham, 2016.

29 https://www.gov.uk/holiday-entitlement-rights/holiday-pay-the-basics

une solution pragmatique jugée illégale par la Cour de justice[30]). A cet égard, l'expérience suisse est pleine d'enseignement. Officiellement, les arrêts de la Cour de justice n'ont qu'un caractère persuasif. Pendant des années, cela signifiait qu'un jugement suisse équivalant était nécessaire pour expliquer l'effet de l'arrêt de la Cour de justice en Suisse. Comme cela devenait ingérable, la Cour suprême suisse a décidé en 2009 que les arrêts de la Cour de justice s'appliqueraient à moins qu'il n'y ait une bonne raison pour qu'ils ne le soient pas[31]. En réalité, les juridictions suisses appliquent assez fidèlement les arrêts de la Cour de justice. Si elles ne le font pas, reconnaissent-elles, le droit suisse ne sera pas à jour par rapport au droit de l'UE. Chose importante, à la lumière d'un futur accord commercial entre l'UE et le Royaume-Uni, les Suisses reconnaissent que le non-respect peut également mettre en péril les relations commerciales de la Suisse avec l›UE.

Enfin, qu'en est-il en cas d'une véritable incertitude sur la signification du droit de l'UE en l'absence de la procédure de renvoi prévue à l'article 267 TFUE ? Le recours à un comité mixte UE-Royaume-Uni pourrait être une solution ; mais ce comité pourrait ne pas avoir de juges dans son panel. Compte tenu de la réticence générale des tribunaux britanniques à saisir la CJUE, il se peut que les juges britanniques en tirent le meilleur parti et décident eux-mêmes du sort des affaires. Des décisions comme *Govia* et *ECM* montrent que les résultats ne sont pas nécessairement mauvais pour les salariés.

## III – L'AVENIR

Dans son discours de Lancaster House[32], Theresa May a déclaré que le gouvernement britannique s'appuierait sur les droits consacrés par la législation européenne[33]. Le livre blanc sur le Brexit développe cette idée et précise que ces dernières années, le gouvernement a pris des mesures indépendantes pour protéger les travailleurs britanniques et assurer leur traitement équitable. Dans de nombreux domaines, le gouvernement britannique a déjà étendu les droits des travailleurs au-delà de ceux énoncés dans le droit de l'UE. Elle cite, à titre d'exemple, le fait que :

• La loi nationale –britannique- prévoit déjà 5,6 semaines de congé payé annuel, alors que le droit de l'UE n'en prévoir que 4.

• Au Royaume-Uni, les femmes qui ont eu un enfant peuvent bénéficier de 52 semaines de congé légal de maternité, dont 39 semaines avec maintien du salaire, et pas seulement 14 semaines comme dans le droit de l'UE,

30 Aff. C-131/04, *C D Robinson-Steele v R D Retail Services Ltd*, ECLI,EU, C, 2006,177.

31 Jugement du tribunal fédéral suisse (136 II 5), discuté dans T. Burri, « Do Lawyers Knead the Dough? How Law, Chaos and Uncertainty Interact" *European Journal of Risk Regulation, 2010,n°4, p.* 371. Voir également T. Burri, "Brexit addendum: Why the "Great Repeal Bill" will not be so great", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2966683.

32 https://www.gov.uk/government/speeches/the-governments-negotiating-objectives-for-exiting-the-eu-pm-speech

33 Voir également les engagements dans le manifeste conservateur Conservative Party, *Forward Together: The Conservative Manifesto*, 2017, par exemple à la page 7.

• Le Royaume-Uni offre une plus grande flexibilité en ce qui concerne le congé parental partagé ; dans certaines conditions, le père peut partager le congé parental, ce qui donne aux familles le choix d'équilibrer leurs responsabilités domestiques et professionnelles,

• Le Royaume-Uni offre un congé parental de 18 semaines ; cela est plus favorable que la Directive de l'UE sur le sujet car le travailleur peut en jouir jusqu'au 18ème anniversaire de l'enfant[34].

Selon le livre blanc le gouvernement s'est engagé également à « renforcer les droits quand il s›agira d'un bon choix pour les travailleurs britanniques et continuera à rechercher des opportunités pour renforcer les protections[35] ». On souligné le fait qu'en avril 2016, le gouvernement a introduit le salaire national de subsistance ainsi que des sanctions plus sévères pour les employeurs délibérément rétifs à se mettre en conformité[36].

Tout cela est vrai. Aucun de ces développements n'a été exigé par la législation de l'UE ni contraint par elle. La législation européenne sur l'emploi fixe des normes minimales, et non maximales, et constitue, en tout cas, un régime juridique incomplet. Il existe des pans entiers de la politique sociale qui ne sont pas concernés par le droit de l'UE[37]. Les Etats membres ont une liberté considérable de faire ce qu'ils veulent dans le domaine social, comme l'a d'ailleurs montré le Royaume-Uni tout en étant membre de l'UE. Le Brexit en soi ne crée pas d'opportunités pour développer une politique sociale indisponible avant le référendum.

Plus remarquable est la déclaration du Livre blanc selon laquelle, « nous nous sommes engagés à maintenir notre statut de leader mondial des droits des travailleurs et nous veillerons à ce que la protection juridique des travailleurs suive l'évolution du marché du travail[38] ». Selon de l'OCDE, le Royaume-Uni occupe la troisième place pour ce qui est de la législation du travail (score de 1,10 en 2013) dans le sens où elle a *le moins* de prescriptions en matière de licenciements individuels et collectifs (après les Etats-Unis (0,26 en 2013) et le Canada (0,92 en 2013)[39]), un point que le Royaume-Uni a noté avec fierté dans sa Consultation *Ending the Employment Relationship*[40]. En outre, le Royaume-Uni continue à flexibiliser sa législation du travail, notamment en allongeant l'ancienneté nécessaire pour pouvoir contester en justice un licenciement abusif, en ajoutant les cas d'exclusion du droit porter plainte pour licenciement abusif et, surtout, en imposant des frais d'accès

34 *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*..

35 Ibid, paragraphe 7.3.

36 Ibid, paragraphes 7.4–7.5.

37 Voir généralement J. Kenner, *EU Employment Law. From Rome to Amsterdam and Beyond*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

38 *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*, op.cit.

39 http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=EPL_OV>. Le chiffre moyen de l'OCDE était de 2,04.

40 BIS, *Ending the Employment Relationship Consultation*, 2012 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32700/12-1037-ending-the-employment-relationship-consultation.pdf, p 13

aux tribunaux du travail. Les plaintes ont chuté de 70%[41] jusqu'à ce que la Cour suprême déclare la règle illégale[42]. C'est certes une forme de leadership ; mais la plupart des juristes en droit travail ne considèrent pas que cela fasse du pays un leader mondial en matière de *protection* des travailleurs.

De plus, il est frappant de constater que ces développements se sont produits dans des domaines dans lesquels (licenciement abusif et accès aux tribunaux), le Royaume-Uni n'est pas contraint par un plancher de protection prévu par la législation européenne. Cela soulève la question de savoir ce qui se passera quand Theresa May ne sera plus Premier ministre (ou si les négociations se passent mal). Le droit du travail, dans les mains d'un gouvernement conservateur, s'orientera-t-il en fait vers la déréglementation comme Liam Fox et Priti Patel le préconisent, ou du moins vers un processus continu de sape des droits (par exemple réduire le champ d'application personnel de la protection sociale ou augmenter l'ancienneté requise pour qu'un salarié puisse profiter de ce droit) ?

Dans son discours de Lancaster House, le Premier ministre a également évoqué la protection juridique des travailleurs qui suivent le rythme de l'évolution du marché du travail. Elle a ensuite abordé la représentation des travailleurs dans les conseils d'administration des entreprises. Cela traduit une approche plus progressiste du droit du travail (bien que cette proposition se soit déjà heurtée à des difficultés)[43], tout comme la référence ultérieure à l'amélioration des droits des travailleurs. Mais que se passera-t-il si l'économie connaît une récession après le Brexit ? De tels changements sur le marché du travail représentent-ils en fait une déréglementation des droits des travailleurs ? Ce risque est exacerbé si aucun accord commercial n'est conclu avec l'UE. Concernant un accord commercial avec l'UE, les orientations politiques publiées le 23 mars 2018 indiquent que[44] : Compte tenu de la proximité géographique et de l'interdépendance économique du Royaume-Uni avec l'Union des 27, la relationfuture ne sera satisfaisante que si elle comporte de solides garanties solides de maintien de conditions de concurrence équitables. L'objectif devrait être de prévenir les avantages concurrentiels injustes dont le Royaume-Uni pourrait pâtir en réduisant les niveaux de protection en ce qui concerne notamment la concurrence et les aides publiques, ainsi que l'environnement et les mesures règlementaires en matière fiscale et sociales. Cela nécessitera une combinaison de règles substantielles alignées sur les normes européennes et internationales, des mécanismes adéquats pour assurer une mise en œuvre efficace au niveau national, des mécanismes d'exécution et de règlement des différends dans l'accord ainsi que des recours autonomes de l'Union en rapport avec la

41 Voir par exemple "Unions blame 70% fall in employment tribunal cases on fees'", *The Guardian*, 31 janvier 2017 https://www.theguardian.com/money/2017/jan/31/employment-tribunal-cases-down-70-since-fees-introduced. See further A. Adams and J. Prassl, "Vexatious Claims? Challenging the Case for Employment Tribunal Fees", *Modern Law Review, 2017, n°80, p.* 412.

42 *R (on the application of UNISON) (Appellant) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51.

43 'Plans to put workers on company boards falters', *Financial Times*, 31 octobre 2016 https://www.ft.com/content/22128636-9ece-11e6-891e-abe238dee8e2; bien que Sports Direct ait décidé d'inclure des travailleurs dans le conseil, *Financial Times*, https://www.ft.com/content/d4d713ca-04ab-11e7-ace0-1ce02ef0def9
Cependant, l'engagement est réitéré dans le manifeste conservateur de 2017 https://s3.eu-west-2.amazonaws.com/manifesto2017/Manifesto2017.pdf.

44 http://www.consilium.europa.eu/media/33458/23-euco-art50-guidelines.pdf, paragraphe 12.

profondeur et l'étendue des liens existant entre l'UE et le Royaume-Uni.

Cela soulève autant de questions que de réponses. Il est clair que l'UE souhaite que le Royaume-Uni reste proche de son droit social, mais sans préciser si cela implique de continuer à respecter l'acquis existant et l'acquis social futur ou si cela consiste à respecter les normes fondamentales de l'OIT. Et, en l'absence d'accord commercial avec l'UE exigeant des normes sociales élevées, les conséquences pourraient être graves. Comme le dit Ewing[45], l''ordre du jour de la droite [au Royaume-Uni] est que des accords bilatéraux de libre-échange remplacent l'adhésion du Royaume-Uni à ce qui est le plus grand accord de libre-échange au monde. Ce faisant, ils font la promotion du libre-échange, pas du commerce équitable, des marchés libres et non des marchés sociaux. Il en résultera un nouvel ordre juridique, qui inclura différents types de contestations constitutionnelles et de normes du travail, mais qui n'imposera aucune restriction à l'érosion du droit du travail.

## Conclusion

Les travailleurs britanniques ont beaucoup bénéficié de la protection apportée par le droit social européen et de l›application de ces droits par la Commission et la Cour de justice. En l'absence d'un accord futur qui imposerait un alignement sur les droits sociaux de l'UE, les travailleurs britanniques restent vulnérables face aux changements d'attitude possibles du Parlement de Westminster en matière de protection des travailleurs. Le droit social international est faible : la Charte sociale européenne et l'OIT offrent une protection nettement plus faible que le droit de l'UE et les recours disponibles pour les travailleurs sont extrêmement faibles. Malgré l'ambivalence des membres des syndicats vis-à-vis de l'UE, en l'absence d'un gouvernement politiquement favorable, ils continueront à dépendre directement ou indirectement de l'UE pour améliorer les normes du travail.

45 K. Ewing, ci-dessus note 1.

**CATHERINE BARNARD**
**Professeure de Droit de l'Union Européenne et de Droit Social, Trinity College, Université de Cambridge.**

**Thèmes de recherche :** Droit de l'Union Européenne, droit social, droit des discriminations.

**Publications :**
~ C. Barnard, *EU Employment Law*, Oxford, OUP, 2012.
~ C. Barnard et A. Ludlow, « The Enforcement of Rights by EU-8 migrants before Employment Tribunals », *Industrial Law Journal*, Vol. 45, n° 1, 2016.

# ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

## Algérie

CHAKIB BOUKLI-HACENE
Université de Saïda

# L'APPORT DE LA LOI DE FINANCES 2018 AU DROIT SOCIAL ALGÉRIEN

L'actualité juridique en droit social algérien de ce premier semestre 2018, réside dans la nouvelle loi de finances promulguée à la fin du mois de décembre 2017[1]. Il est vrai qu'une loi de finances consiste en temps normal, à prévoir et autoriser pour chaque année civile, l'ensemble des ressources et des charges de l'Etat, ainsi que les autres moyens financiers destinés au fonctionnement des services publics[2]. Elle devrait donc se limiter à ses missions fixées par la loi.

Cependant, le législateur algérien semble avoir pris, depuis un certain temps, l'habitude de règlementer au sein même des lois de finances des sujets totalement étrangers à la budgétisation de l'Etat. A cet égard, les lois de finances, en Algérie, sont devenues un « recueil de lois de fin d'année» comportant en plus des textes sur la gestion des fonds publics, d'autres textes sans relation avec ces derniers, que les gouvernements successifs, sans raison apparente et de manière inattendue, n'ont pas souhaité proposer dans des textes de lois distincts. Cette pratique curieuse ne parait pas vraiment justifiée.

La loi de finances de cette année ne fait pas exception. Elle contient en effet, des textes de différentes disciplines juridiques sans aucune relation avec le budget de l'Etat, comme le droit immobilier, le droit commercial, le droit bancaire et aussi le droit social. En effet, cette nouvelle loi de finances modifie et complète des textes de loi relatifs à la fois au droit de la sécurité sociale (I) et au droit du travail (II).

## I – L'APPORT DE LA LOI DE FINANCES 2018 AU DROIT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

En droit algérien, conformément à la loi 83-14[3], il est fait obligation aux bénéficiaires des prestations de sécurité sociale d'adresser à l'organisme compétent une déclaration d'activité dans les dix (10) jours qui suivent le début d'exercice de la dite activité. Outre les employeurs et autres bénéficiaires de la sécurité sociale, sont également soumis à l'obligation de déclaration d'activité, suivant l'article 5 de la même loi, les personnes exerçant pour leur propre compte une activité professionnelle, industrielle, commerciale, agricole, artisanale, libérale, même si elles n'occupent pas de personnel salarié. Pour ces derniers, la déclaration d'activité vaut demande d'affiliation aux différents organismes de la sécurité sociale.

1 Voir loi n° 17-11 du 27/12/2017, relative à la loi de finances de 2018, JORA n°76/2017.

2 Voir art. 3 de la loi n° 84-17 du 07/07/1984, relative à la loi de finances, modifié et complété par la loi n° 88-05 du 12/01/1988.

3 Voir loi n° 83-14 du 02/07/1983, relative aux obligations des assujettis en matière de sécurité sociale, JORA n° 28/1983.

Cependant, l'article 97 de la loi de finances 2018 apporte un léger aménagement à la loi de 1983 précitée, concernant les personnes exerçant une activité commerciale. Il dispose que : « l'immatriculation au registre du commerce des personnes exerçant une activité commerciale pour leur propre compte, vaut déclaration au régime de sécurité sociale des non-salarié … ». En effet, uniquement pour cette catégorie professionnelle, l'affiliation à l'organisme de la sécurité sociale des non-salariés, ne résulte plus d'une déclaration d'activité dans les 10 jours qui suivent le début de l'exercice, comme prévu pour les autres personnes suscitées, elle devient automatique du fait simplement de l'immatriculation au registre du commerce.

Il semblerait que cet amendement ait été introduit pour alléger les procédures d'affiliation des commerçants à la sécurité sociale, et aussi pour réduire le champ des activités informelles[4]. Il aurait cependant été plus judicieux d'étendre cette nouvelle procédure à toutes les autres catégories professionnelles. Reste à savoir, si ce modeste aménagement ne constitue qu'un cas isolé, ou s'agirait-il de la première étape d'un grand plan de modernisation des services d'affiliation à la sécurité sociale ?

## II – L'APPORT DE LA LOI DE FINANCES AU DROIT DU TRAVAIL

C'est un apport à caractère purement pénal, qui consiste en une révision à la hausse des différentes peines prévues pour toute violation de certaines règles d'hygiène, de sécurité et de médecine du travail ainsi que pour toute infraction aux dispositions de la loi sur les relations du travail.

En effet, suite à la dépréciation de la monnaie nationale (le Dinar algérien) de manière continue ces trois dernières décennies[5], les amendes délictuelles et contraventionnelles prévues par le Code pénal sont devenues désuètes et dépourvues de tout pouvoir coercitif. C'est pourquoi, le législateur algérien a modifié en 2006[6] l'article 5 du Code pénal, en augmentant le montant des peines d'amende des délits et des contraventions. L'amende délictuelle a été fixée à plus de vingt mille (20.000) dinars contre deux mille (2.000) dinars auparavant ; quant à l'amende contraventionnelle, elle a été déterminée dans une fourchette qui oscille entre deux mille (2.000) et vingt mille (20.000) dinars, contre vingt (20) et deux mille (2.000) dinars précédemment.

Cet aménagement devait engendrer obligatoirement la révision de tous les textes de loi qui comportent des peines d'amende délictuelle ou contraventionnelle, afin de les aligner avec les nouvelles dispositions du Code pénal. Mais, au lieu de procéder à une vaste opération de mise à niveau de tous ces textes de loi, en prenant en compte chaque législation, le législateur algérien a choisi d'effectuer des aménagements avec parcimonie.

---

4 Voir sur ce sujet, M. N.-E. Koriche, « La part du droit dans la formalisation du droit en Algérie : une diversité de mesures sans stratégie claire », *Revue de droit comparé du travail et de sécurité sociale*, n° 3/2017, pp. 87-88.

5 En 1990, 1 dollars américain valait 12,02 dinars, alors qu'en 2018, il vaut 113,756 dinars (sources Banque d'Algérie).

6 Voir loi n° 06-23 du 20/12/2006, modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-156 du 08/06/1966 portant Code pénal, JORA n° 84/2006.

C'est ce qui explique que la plus grande partie des peines d'amende prévues dans la législation du travail algérien, sont restées sans changement depuis leur promulgation en 1990 ; elles ont de ce fait perdu leur effet dissuasif.

Dans un premier élan, suivant la loi de finances complémentaire de 2015[7], les articles 140 et 149 de la loi du 21 avril 1990, concernant respectivement les infractions à l'âge légal du travail et au salaire minimum garanti fixé légalement ou conventionnellement, ont été modifiés, de manière à ce qu'ils soient en harmonie avec les dispositions du Code pénal. Ensuite, par le biais de la nouvelle loi de finances de 2018, le législateur a complété la révision des autres articles de cette même loi ainsi que de celle du 26 janvier 1988 relative à l'hygiène, la sécurité et la médecine du travail. Pour cette loi[8], l'aménagement a porté sur les articles 37, 38 et 39 puisqu'ils comportent tous des peines d'amendes pour des manquements aux règles de sécurité et d'hygiène sur les lieux du travail et de médecine du travail. Néanmoins, la modification de l'article 38, n'a pas consisté à réviser les montants des amendes, elle a aussi remanié partiellement son contenu. En effet, tandis que dans son ancienne rédaction le texte prévoyait que : « tout contrevenant aux dispositions des articles 3, 5, 6, 7, 11, 13, 14, 17, 23, 24, 25, 26 et 28 ci-dessus est passible d'une amende…. », le nouveau texte ne reprend pas l'article 3 qui fait obligation à l'employeur d'assurer l'hygiène et la sécurité aux travailleurs, dans le cadre d'une pénalisation par renvoi, le privant ainsi de toute protection pénale.

Cette omission du législateur algérien (à dessein ou non) risque d'entraver sérieusement la mission des inspecteurs du travail. Elle les empêche, assurément, de constater les manquements aux règles d'hygiène et de salubrité au sein des entreprises, tel que prévu dans les articles 3[9] et 4[10] de la loi n° 88-07. Par conséquent, cette nouvelle mouture réduit considérablement le pouvoir pénal des inspecteurs du travail, en le limitant aux infractions touchant seulement à la sécurité des travailleurs, conformément à l'article 5[11] de la même loi (étant donné qu'il a été maintenu dans l'article 38 révisé) ; en revanche, elle leur ôte le droit de constater et de relever les infractions pénales ayant trait aux conditions d'hygiène et de salubrité, suite au non renvoi de l'article 38 à l'article 3.

C'est pourquoi, il aurait mieux fallu, maintenir parmi les textes mentionnés dans l'article 38 de la loi 88-07, l'article 3 et y ajouter aussi l'article 4 qui définit les conditions d'hygiène et de salubrité sur les lieux de travail, ou alors, pour plus de clarté et de précision, il eût mieux valu éviter l'incrimination par renvoi, en énonçant directement dans le texte de loi le fait incriminé et la sanction pénale y relative.

---

7 Voir loi n° 15-01 du 23/07/2015, portant loi de finances complémentaire de 2015, JORA n° 40/2015.

8 Voir loi n° 88-07 du 26/01/1988, relative à l'hygiène, à la sécurité et à la médecine du travail.

9 Voir art. 3 de la loi n° 88-07 : « L'organisme employeur est tenu d'assurer l'hygiène et la sécurité aux travailleurs ».

10 Voir art. 4 de la loi n° 88-07 : « Les locaux affectés au travail, les emplacements de travail et leurs environnements, leurs dépendances et leurs annexes, y compris les installations de toute nature mises à la disposition des travailleurs doivent être tenus dans un état constant de propreté et présenter les conditions d'hygiène et de salubrité nécessaires à la santé des travailleurs … ».

11 Voir art. 5 de la loi n° 88-07 : « Les établissements, les locaux affectés aux travailleurs dépendances et leurs annexes visés à l'article 4 ci-dessus doivent être conçus, aménagés et entretenus de manière à garantir la sécurité des travailleurs … ».

Par ailleurs, et comme signalé précédemment, la nouvelle loi de finances modifie et complète, dans sa partie pénale, la loi 90-11 relative aux relations de travail, en concordance avec les dispositions de l'article 5 du Code pénal. Il faut remarquer, que le législateur algérien a fixé des amendes et des peines de prison d'une grande sévérité, pour toute infraction aux dispositions de la législation sur les relations du travail individuelles et collectives.

Dans certains cas, l'amende a atteint cinq cent mille (500.000) dinars, sachant que le salaire national minimum garanti est actuellement de dix-huit mille (18.000) dinars, pour tout récidiviste signataire d'une négociation collective comportant une discrimination à l'encontre des travailleurs en matière d'emploi, de rémunération ou de conditions de travail[12]. Quant à la peine de prison, le contrevenant risque jusqu'à six (6) mois d'emprisonnement en cas de récidive aux infractions à l'obligation de versement à terme échu de la rémunération[13] ainsi qu'en cas de récidive à l'entrave à la constitution et au fonctionnement du comité de participation (équivalant du comité d'entreprise en France)[14].

Néanmoins, il est aisé de constater que cet aménagement du droit social algérien nous laisse le sentiment d'un travail inachevé et mal fait. D'abord, du fait de l'utilisation inappropriée de la loi de finances comme support juridique pour modifier et compléter des dispositions du droit du travail et de la sécurité sociale. Ensuite, cet aménagement ne peut être que lacunaire, car il ne contient pas toutes les dispositions du droit du travail et de la sécurité sociale qui ont un grand besoin d'être révisées. Il reste entre autres lois, celles qui concernent le droit syndical[15] et le droit de grève[16], qui comportent des dispositions pénales totalement désuètes, et qui gagneraient à être amendées.

Par conséquent, on ne peut qu'appeler de nos vœux, la promulgation de l'avant-projet du Code du travail, qui sommeille depuis des années au ministère du travail, et qui a l'avantage de rassembler l'ensemble des législations du travail en Algérie. Ainsi, toutes les dispositions pénales du droit du travail seraient amendées d'un seul coup et avec harmonie. C'est sans nul doute la solution idoine pour mettre fin à toute cette anarchie juridique.

12 Voir art. 142 de la loi n° 90-11 du 21/04/1990, relative aux relations de travail, JORA n° 17/1990.

13 Voir art. 150 de la loi n° 90-11.

14 Voir art. 151 de la loi n° 90-11.

15 Voir loi n° 90-14 du 02/06/1990, relative aux modalités d'exercice du droit syndical, JORA n° 23/1990

16 Voir loi n° 90-02 du 06/02/1990, relative à la prévention et au règlement des conflits collectifs de travail et à l'exercice du droit de grève, JORA n° 06/1990.

# République du Congo

STANI ONDZE
Université Marien Ngouabi

## LÉGALITÉ ET LÉGITIMITÉ DU DROIT DE GRÈVE AU CONGO-BRAZZAVILLE

Le syndicalisme congolais en particulier et africain en général après un mouvement dynamique lors de l'accession des États africains colonisés à l'indépendance et de l'avènement de la démocratie[1] a connu un essoufflement qui s'observe en vérité dans toute la société civile. L'affaiblissement du droit de grève vient des pratiques déployées par les politiques comme la trêve sociale[2] qui ne valorisent ni la liberté syndicale[3] ni la démocratie sociale[4]. Cependant, la crise économique et financière que traverse la Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale (CEMAC)[5] donne une nouvelle dynamique au syndicalisme car les mouvements de grève se multiplient[6]. Dans cette optique, la grève des travailleurs de l'Université Marien Ngouabi qui a été suspendue à la fin du mois de décembre 2017, après quatre mois de cessation de travail[7], est caractéristique de ce dynamisme. Néanmoins, l'action syndicale au Congo suscite souvent des interrogations fortes sur la légalité et la légitimité des grèves en raison de leur impact sur l'économie et la société. Le droit de grève constitue donc une actualité qui mérite d'être analysée.

La légalité du droit de grève n'est pas contestable en République du Congo, mais c'est un droit qui n'est pas absolu. En effet, le droit de grève a été constitutionnalisé avec les libertés syndicales[8], auquel il s'attache car la grève est souvent déclenchée à l'initiative des

1 *Cf. Réflexion de la confédération syndicale congolaise sur le projet de loi portant abaissement de l'âge de la retraite à 50 ans et mesures alternatives,* Brazzaville, CSC, 1990 ; J.-P. Thystère-Tchicaya, *Itinéraire d'un Africain vers la démocratie*, Ed. du Tricome, Genève, 1992, pp. 29, 87 et 120 ; R. Bazenguissa-Ganga, *Les voies du politique au Congo, Essai de sociologie historique*, Karthala, 1997, p. 37-39, 91, 353 et s.

2 *Cf.* R. Ngoma Tsasa, « Congo-Brazzaville : Trêve Sociale illimitée et Misère Accélérée vers le Chemin d'Avenir », *AGORA VOX, Le média citoyen*, 27 janvier 2010, consulté le 13 février 2018.

3 *Cf.* Déclaration de Philadelphie du 10 mai 1944, I, b) ; Convention de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (n° 87) adoptée le 9 juillet 1948, entrée en vigueur le 4 juillet 1950, art. 2 et suivants.

4 *Cf.* Démocratie sociale : démocratisation des relations sociales et nouveaux droits des salariés, *Mouvements* 2001/5, n° 18, pp. 87-92 ; R. Castel, « Démocratie sociale », in I. Casillo, R. Barbier, L. Blondiaux, R. Lefebvre, C. Neveu et D. Salles (dir.), *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, Paris, GIS Démocratie et participation, 2013.

5 S. Ondze, « La protection sociale complémentaire congolaise – Actualité juridique internationale de la République du Congo », *RDCTSS*, 2017/1, pp. 126-129.

6 Au Congo, les travailleurs du Centre Hospitalier universitaire de Brazzaville (CHU-B), de la Société nationale d'électricité (SNE), de la société nationale de distribution d'eau (SNDE), de la société des transports publics urbains (STPU), de la société de nettoyage de rues Averda, de la Mairie de Brazzaville ont déclenché des grèves au cours de l'année 2017.

7 Du 1er septembre au 31 décembre 2017.

8 Const., 25 oct. 2015, art. 32 ; S. Ondze, « La constitutionnalisation du droit du travail congolais – Actualité juridique internationale de la République du Congo », *RDCTSS* 2016/2, p. 163.

syndicats. Le Code du travail prescrit également le droit syndical[9] et le droit de grève[10]. La grève est constituée par « tout arrêt concerté et collectif de travail en vue de faire aboutir des revendications professionnelles déjà déterminées dans un cahier de revendications et non satisfaites par l'employeur soit par échec de procédures de négociation, de conciliation, d'arbitrage et de recommandation, soit par refus de négocier opposé par l'employeur »[11]. L'arrêt total du travail permet ainsi de priver de la qualification de grève les mouvements appelés grève perlée[12], grève du zèle et grève à rebours qui ne sont que des ralentissements volontaires du travail[13]. La qualification de grève n'étant également réservée qu'aux cessations du travail concertées parce que la grève est un droit individuel qui s'exerce collectivement, un salarié ne peut l'exercer seul, même s'il a le droit de participer à un mouvement de grève seul dans son entreprise[14]. La grève ayant également pour objectif la défense des intérêts collectifs et professionnels des salariés, elle est illicite et abusive lorsqu'elle sert les intérêts politiques[15], religieux ou culturels.

Toutefois, la légalité d'une grève n'exclut pas qu'un salarié soit licencié sur le fondement d'une faute lourde[16]. Le droit de grève s'inscrivant en effet dans le cadre des revendications indiquées dans le cahier de charges[17], les comportements collectifs délictueux sont sanctionnés[18]. La responsabilité du syndicat qui déclenche la grève peut également être engagée en cas de faute[19]. L'employeur peut ainsi dans certaines conditions décider de la fermeture totale ou partielle de l'entreprise[20] afin de répondre à la grève ou à sa menace[21].

La grève a pour effet de suspendre le contrat de travail du gréviste[22] qui peut être remplacé[23] par l'employeur qui n'est plus en principe tenu de lui verser un salaire, même si les conventions collectives accordent parfois le bénéfice du salaire ou une partie du salaire aux salariés grévistes. Les travailleurs non-grévistes sont en principe tenus de travailler car leur liberté de travail doit être garantie[24]. En réalité, les travailleurs grévistes ne doivent pas

---

9 « Les personnes exerçant la même profession, les métiers similaires ou des professions connexes concourant à l'établissement de produits déterminés, ou la même profession libérale, peuvent constituer librement un syndicat professionnel. Tout travailleur ou employeur peut adhérer librement à un syndicat de son choix dans le cadre de la profession » (C. trav., art. 185 ; art. 186 et suivants).

10 C. trav., art. 248-2.

11 C. trav., art. 248-2 ; S. Ondze, « L'étude abrégée de l'histoire du droit du travail congolais », *Revue Congolaise de droit et des affaires*, n° 27, 2017, pp. 30-31.

12 C. trav., art. 248-6 et 248-11.

13 S. Ondze, *préc.,* pp. 30-31.

14 S. Ondze, *préc.*, pp. 30-31.

15 C. trav., art. 248-4 ; Cass. ch. Mixte, 10 avril 1998, *Front national de la police, Bull*, n° 2, *Dalloz*, 1998, p. 398, note A. Jeammaud.

16 C. trav., art. 248-5 et 248-11 ; 41 et 176.

17 C. trav., art. 248-2 et 242

18 C. trav., art. 248-11 ; Trib. Trav. Brazzaville, 20 août 1992, *TPOM* 845, p. 179.

19 Pierre Ngaka, *Le droit du travail au Congo-Brazzaville*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 299.

20 C'est le lock-out (C. trav., art. 249).

21 C. trav., art. 249-3 et 4.

22 C. trav., art. 248-4.

23 C. trav., art. 32-2 et 257.

24 Const. cong., article 30 ; C. trav., article 47-13.

violer cette liberté de travailler des non-grévistes. Mais le droit de grève et la liberté du travail étant concurrentiels, ils rentrent souvent en conflit. C'est pourquoi surgissent une tendance à la limitation du champ d'application du droit de grève et des questions sur sa légitimité.

Le droit de grève n'est cependant pas absolu en République du Congo parce qu'en vertu de la Constitution, les « magistrats » et les « agents de la force publique » en sont privés[25]. Mais, à l'opposé du Bénin où le retrait du droit de grève[26] qui a été constitutionalisé[27] est en train de créer des tensions sociales[28], l'exclusion au Congo des magistrats et des agents de la force publique du droit de grève est passée inaperçue. Au Bénin, la Cour constitutionnelle a toutefois tranché en faveur d'un droit de grève absolu[29]. En vérité, le silence observé au Congo est certainement dû au dynamisme limité de la société civile et à la place réservée à la démocratie sociale. Le refus d'accorder le droit de grève à certains travailleurs est souvent jugé conforme aux principes fondamentaux de l'Organisation internationale du travail (OIT) dont la Convention n° 87 relative à la liberté syndicale et à la protection du droit syndical[30] qui ne se réfère pas explicitement au droit de grève. Celui-ci ne serait donc pas lié à la liberté syndicale. Or cet argumentaire est contestable car le droit de grève n'est en réalité qu'une composante du droit syndical[31]. De plus, la Convention n° 87 de l'OIT en se référant clairement à la Déclaration de Philadelphie[32] qui proclame que « la liberté d'expression et d'association est une condition indispensable d'un progrès soutenu »[33], reconnaît la possibilité pour les travailleurs regroupés en syndicat de s'exprimer à travers la grève qui n'est rien d'autre qu'une manifestation extériorisée de l'action syndicale.

Quant à la légitimité de la grève critiquée pour les perturbations qu'elle crée dans le fonctionnement des entreprises ou de la société, l'obligation d'assurer un service minimum invite à minimiser ces critiques. Le droit congolais n'imposant pas clairement un service minimum dans toutes les entreprises ou établissements et en toutes circonstances, le déclenchement d'une grève est l'occasion de toutes les spéculations sur ce sujet.

---

25 Const. cong., article 32.

26 Loi du 28 décembre 2017 portant retrait du droit de grève aux magistrats, aux agents de santé et de sécurité ; Loi du 3 janvier 2018 portant statut de la magistrature.

27 Constitution béninoise du 11 décembre 1990, art. 31 ; Cour constitutionnelle du Bénin, déc. DCC 06-034, avril 2006 ; déc. DCC 11-065, 30 septembre 201 (le droit de grève bien que fondamental n'est pas absolu).

28 R. Patinvoh, « Retrait du droit de grève au Bénin : Djogbénou évoque une jurisprudence de la Cour constitutionnelle », 4 janv. 2018, consulté le 8 févr. 2018.

29 Cour const., DCC 11-065, 2017 ; M. Vallerey, « Droit de grève au Bénin : la Cour constitutionnelle a tranché », *TV5 Monde Info*, 18 janv. 2018, consulté le 8 févr. 2018).

30 Adoptée le 9 juillet 1948 et entrée en vigueur le 4 juillet 1950.

31 N. Mzid, « L'insertion des droits fondamentaux dans la nouvelle Constitution Tunisienne : une effectivité à l'épreuve », *RDCTSS*, 2015/1, p. 81.

32 Du 10 mai 1944, I, b) ; A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, p. 9 et s.

33 Convention n° 87, OIT, Préambule, 2e considérant.

En effet, le Code du travail ne prévoit de service minimum que dans le service public « pour la sauvegarde de l'intérêt général »[34]. L'obligation d'exécuter un service minimum incombe ainsi aux établissements publics administratifs[35] qui sont soumis au régime de droit public tels que le CHU-B. En revanche, les établissements publics industriels et commerciaux[36], comme le Chemin de fer Congo Océan (CFCO), la SNE et la SNDE qui relèvent du droit privé, ne devraient pas se soumettre à l'obligation du service minimum. En réalité, l'obligation de respecter le service minimum devrait se limiter aux institutions administratives pour lesquelles le statut général de la fonction publique s'applique, car l'article 2 de ce statut exclut de son application les établissements publics qui n'ont pas une nature administrative[37]. Cette exclusion a pour effet d'induire que les services accomplis par les établissements publics industriels et commerciaux ne sont pas des services publics essentiels nécessitant l'assurance de la continuité d'un service public minimum. Une telle exclusion de l'application du statut général de la fonction publique aux établissements publics industriels et commerciaux suppose également qu'une délégation de service public notamment à la STPU n'entraîne pas forcément l'obligation d'accomplir un service minimum. La complexité de cette question s'est exprimée au Congo, à l'occasion de la grève des personnels de l'Université Marien Ngouabi38, qui a la nature d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et pédagogique, au motif que les enseignants refusaient d'assumer l'obligation d'apporter les savoirs aux étudiants. Or l'Université Marien Ngouabi n'étant pas une administration publique, le service minimum n'y est pas obligatoire. Il ne doit pas non plus être présumé exister, alors qu'aucun texte ne le prévoit. Y compris dans la situation où il s'appliquerait, le service minimum est une mesure provisoire qui doit être limité dans le temps.

Le droit de grève dispose de sources légales et est en partie constitutionnalisé. Pourtant, la légitimité de la grève est souvent remise en cause par les populations et les politiques qui ne sont pas toujours enclins à élever le dialogue social à un niveau démocratique acceptable. Elle est remise en question également parce que les motifs de grève sont souvent ignorés faute d'être médiatisés.

34 C. trav., art. 248-15.

35 P.-L. Frier, *Précis de droit administratif,* Paris, 3e édition, Montchrestien, 2004, pp. 180 et s.

36 T. confl., 22 janv. 1921, *Bac d'Eloka, R*. 91 ; *D*. 1921, 3, 1, concl. Matter.

37 Loi n° 021/89 du 14 décembre 1989 (voir la nouvelle loi).

38 Ordonnance n° 29/71 du 4 décembre 1971.

## Argentine

DIEGO MARCELO LEDESMA ITURBIDE
Université de Buenos Aires

# LÉGALITÉ ET LÉGITIMITÉ DU DROIT DE GRÈVE AU CONGO-BRAZZAVILLE

Le triomphe du parti au pouvoir lors des élections législatives d'octobre dernier a donné un nouvel élan à l'idéologie réformiste qui s'inscrit dans un cadre néolibéral. Il est question d'une vaste réforme dépassant le cadre des relations de travail et de la sécurité sociale, qui englobe des questions politiques et économiques générales. Ce programme de réformes multi-facettes, en pleine élaboration, divise la société et, bien qu'il soit soutenu par certains, il se heurte à la résistance soutenue et générale d'une grande partie de la population. Il a également provoqué la réaction et la mobilisation des organisations politiques, syndicales et sociales, opposées au gouvernement et à son programme politique et économique. Au sein des syndicats, en particulier, il n'y a pas de consensus vis-à-vis des diverses et multiples réformes défendues par le gouvernement, et la situation sociale qui en résulte est hétérogène, opaque, confuse, instable et tendue.

## I - UNE RÉFORME PROVISOIRE : LA LOI N° 27426[1]

La fin de l'année 2017 a été marquée par la difficulté à adopter le texte de loi. Les médias se sont emparés du sujet qui attire toutes les attentions à savoir, l'établissement d'un nouveau calcul des pensions de retraite, à l'origine de conflits, de nombreuses manifestations rassemblant plusieurs secteurs de la société et connaissant, malheureusement, un degré de violence grave et déconcertant.

### A – La modification de l'indice de calcul des pensions de retraite (art.1)

Il s'agit du pilier du texte qui a été le plus controversé. La nouvelle loi modifie l'article 32 de la loi n° 24.24[1] en prévoyant une nouvelle méthode de calcul des revalorisations régulières du montant des pensions accordées au titre du régime de retraite, tout en révisant à la baisse la fréquence de ces revalorisations de six à trois mois. Le précédent indice applicable, créé par la loi n° 26.417, combinait l'indice de variation semestrielle des ressources fiscales du système de retraite avec l'indice général des salaires, publié par l'Institut national de la statistique et des recensements, ou avec celui du RIPTE[2], publié par le secrétariat d'État à la sécurité sociale du ministère du travail, de l'emploi et de la sécurité sociale, le plus élevé des deux étant retenu et, dans les deux cas, les semestres consécutifs étant comparés. Le nouvel indice est établi à 70 % du niveau général de l'indice des prix à la consommation calculé par l'INDEC et à 30 % du coefficient RIPTE. En pratique et selon les experts, la réforme impliquera une augmentation plus faible du montant des prestations et les augmentations seront limitées aux mouvements de l'inflation. Le gouvernement prévoit

1 Loi n° 27426 publiée au *Bulletin officiel* du 28 décembre 2017.
2 Rémunération imposable moyenne des salariés stables.

que les pensions de retraite ne diminueront pas le pouvoir d'achat des retraités mais ne l'augmenteront pas non plus.

### B – Création d'une pension de retraite minimum garantie (art. 5)

Le texte incorpore le bénéfice de la pension de retraite minimum garantie à l'art. 125 bis de la loi n° 24.241. La nouveauté consiste à assurer aux bénéficiaires des pensions de retraite justifiant de 30 ans de cotisation effective, une retraite équivalente à 82 % du salaire minimum vital. L'assurance économique se justifie par le fait qu'en Argentine, un grand nombre de bénéficiaires percevaient leur pension de retraite en faisant simplement une déclaration de travail sous serment. Il convient toutefois de noter que la mesure n'aura que peu de poids, puisque la grande majorité des personnes visées par le dispositif reçoivent une pension supérieure au salaire minimum. La mesure est critiquée dans le sens où elle entraîne une différence de traitement entre les bénéficiaires d'une prestation de même nature.

### C – Modification du régime des cotisations patronales (art. 8)

La loi prévoit que lorsqu'un actif réunit les conditions requises pour bénéficier d'une pension de retraite, l'obligation de l'employeur de payer les cotisations cesse, à l'exception de celles destinées au système de sécurité sociale et aux risques du travail. Il convient de souligner qu'en Argentine, tous les contrats de travail sont soumis à des cotisations versées aux organismes de sécurité sociale. Les cotisations sociales salariales sont à la charge du salarié, et les cotisations sociales patronales à la charge de l'employeur. La loi innove en établissant un motif de cessation partielle de l'obligation de l'employeur. La mesure est justifiée par une volonté affichée de réduire la pression fiscale qui pèse sur les employeurs, jugée excessive, et de favoriser la compétitivité des entreprises et leur capacité à créer des emplois. Cette modification est critiquée car elle contribue à affaiblir le financement du système des retraites.

### D – L'hypothèse d'un salarié retraité en situation de travail (art. 9)

Le dernier alinéa de l'article 253 de la loi n°20744 LCT[3] envisage la situation où un salarié continue à travailler, sans interruption et pour le même employeur, après avoir obtenu sa retraite. Le cas visé à l'art. 253 LCT est celui du retraité qui reprend un emploi salarié. La nouvelle réforme établit que, dans de telles circonstances, l'employeur peut licencier le salarié, avec l'obligation de lui donner un préavis et de verser l'indemnité prévue pour le licenciement sans juste cause (art. 245 LCT). Cet instrument se révèle être d'une importance pratique dans le cas où le salarié retraité retravaille pour le même employeur, étant donné que le système juridique général argentin prévoit le calcul de l'ancienneté en tenant compte de toutes les périodes travaillées sans tenir compte des interruptions ; la réforme introduit l'exception du cas du salarié retraité, pour lequel seule l'ancienneté accumulée depuis l'obtention de la pension de retraite devrait être calculée. La question de savoir si les personnes qui ont pris leur retraite et sont restées sur le marché du travail devraient ou

3 Loi du Contrat de Travail.

non être inclues dans la catégorie des « réintégrés », dont il est question dans la norme, a déclenché une controverse. La jurisprudence est divisée sur cette question et le texte vise à résoudre la question.

## II – LA RÉFORME FISCALE : LA LOI N° 27430[4]

### A – Modification du régime des cotisations patronales (art. 165 à 173)

Le sixième titre de la loi, consacré à la sécurité sociale, prévoit le remplacement de plusieurs dispositions du décret 814/2001 sur les cotisations patronales, norme applicable aux entités publiques et privées dès lors qu'elles opèrent dans le secteur privé de l'économie. Un taux de cotisation unique et égal à 19,5 % est établi et est calculé sur la masse salariale. Cela permet de ne plus faire la distinction entre les cotisations des patrons des PME et celles des grandes entreprises qui contribuaient jusqu'à présent à hauteur de 17 % et 21 %, respectivement. La loi crée également un « minimum non imposable » égal à la somme de 12 000 pesos, chiffre qui devrait être mis à jour en janvier 2019, ce qui est significatif au vu des données officielles établissant que 59,5 % de la population urbaine a perçu en moyenne 12 503 pesos par mois en 2017. Enfin, la loi prévoit une mise en œuvre progressive de ces mesures, à partir de février 2018 jusqu'en 2022, date à laquelle elles seront toutes pleinement opérationnelles. D'autre part, le système de réduction des cotisations prévu pour les « micro-employeurs » et créé par la loi n° 26.940 sur la promotion du travail déclaré et la prévention de la fraude est abrogé.

## III - LE DÉCRET NATIONAL 27/18[5]

La disposition, intitulée « Débureaucratisation et simplification », est une réglementation étendue et complexe, présentée comme un décret « autonome », c'est-à-dire comme l'exercice de pouvoirs attribués exclusivement au pouvoir exécutif par la Constitution[6] et, en même temps, comme un décret « de nécessité et d'urgence », c'est-à-dire comme une utilisation exceptionnelle de la fonction normalement dévolue au pouvoir législatif[7]. En effet, les dispositions contenues dans les deux types de décrets entrent en vigueur après leur publication au *Journal officiel* ; seuls les décrets de « nécessité et d'urgence » jouissent d'une procédure spéciale qui inclut leur renvoi ultérieur devant le Congrès national pour évaluation et discussion. Le « méga-décret », comme on l'appelle, introduit les changements suivants :

4 Publiée au *Bulletin Officiel* du 28 décembre2017.

5 Publié au *Bulletin Officiel* du 11 janvier 2018.

6 Art. 99 inc. 1 CN.

7 Art. 99 inc. 3 CN.

### A – Modification du système de saisie - salaire et du compte salaire (art. 168)

Mesure visant initialement à encourager l'accès du salarié au crédit, l'article 147 de la loi n° 20.744 LCT est modifié et la saisie du compte salaire est autorisée. Ne peuvent être saisis que les comptes salaire qui dépassent l'équivalent de trois fois le montant des rémunérations et/ou avantages accumulés par les travailleurs et/ou bénéficiaires chaque mois, sur la moyenne des six derniers mois. Il faut souligner que, avant que le décret ne soit approuvé, le compte salaire ne pouvait pas être saisi[8] et il était possible d'y déposer et transférer des sommes provenant de différentes sources, salariales ou non.

### B – Modification du régime des sanctions (art. 144 à 147)

Un assouplissement drastique du régime des sanctions imposées en cas d'omission ou de défaut de déclaration est prévu, afin de permettre à l'employeur fautif d'accéder au crédit. La durée de l'inscription du contrevenant au Registre public des employeurs faisant l'objet de sanctions de travail (REPSAL) est réduite et passe de 1 an à 30 jours.

### C – Élargissement des possibilités d'investissement du Fonds de garantie de soutenabilité (FGS) (art. 154 et 155)

Le FGS a été créé par le décret 897/2007 pour préserver et garantir le financement du système de retraite dans le temps, afin de garantir que les bénéficiaires reçoivent la totalité des prestations auxquelles ils ont droit, en tenant compte notamment des situations économiques éventuellement défavorables. Il est envisagé de ne pas geler les ressources, mais de les investir. Une attention particulière a été portée pour que l'investissement soit réalisé dans le respect des critères de sécurité et de rentabilité. C'est la raison pour laquelle, des interdictions spécifiques ont été introduites. Depuis la promulgation de la loi n° 27.260, cette réglementation a progressivement été assouplie par l'élimination de certaines restrictions d'investissement du fonds. En autorisant l'Administration nationale de la sécurité sociale (ANSES), qui gère le FGS, à créer et/ou structurer des *fidéicommis*, financiers ou non, à louer ou prêter des titres et des actions et, en général, effectuer toute autre opération sur des marchés financiers et boursiers permise par les autorités de régulation, le décret en question s'inscrit dans cette tendance de libéralisation.

8 Loi n° 27.320.

# Brésil

JULIANO BARRA
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

## LA RÉFORME DE LA LOI DU TRAVAIL AU BRÉSIL

La « Consolidation des lois du travail » (ci-après CLT) est le texte le plus fondamental du droit du travail brésilien. Publiée le 1er mai 1943 et comptant plus de 900 articles, la CLT est semblable dans sa forme aux codes du travail des pays de l'Europe continentale. Ce texte régule la part la plus importante des relations de travail au Brésil et a été, pendant plusieurs années, une réponse juridique apportée aux questions des relations de travail, et ce, à la lumière des textes internationaux. Cela a été, et est encore, le texte de référence par excellence du droit du travail brésilien. 70 ans après sa promulgation, le texte a connu des vicissitudes et est, en grande partie, devenu obsolète. Avec la volonté de dynamiser et moderniser les relations de travail, le législateur vient d'adopter la plus importante réforme du droit du travail brésilien avec la loi n° 13467 du 13 juillet 2017, modifiant une centaine d'articles de la CLT. Entrées en vigueur depuis novembre 2017, les modifications portent sur les relations individuelles (I) et collectives de travail (II).

### I – LA RÉFORME DE LA CLT ET LES RELATIONS INDIVIDUELLES DU TRAVAIL

La réforme de la CLT concerne une multitude de dispositions. On abordera dans le cadre de ce commentaire la mise en place d'un barème des indemnités octroyées en cas de dommages extrapatrimoniaux subis par les salariés (A) et la régulation des « *zero-hour contracts* » à la brésilienne (B).

#### A. Un barème d'indemnités des dommages extrapatrimoniaux

La loi du 13 juillet 2017 a introduit la barémisation des indemnités en cas de condamnation par le juge du travail brésilien pour dommages extrapatrimoniaux. Le nouvel article 223-B de la CLT qualifie de dommage extrapatrimonial un acte ou une omission qui porte atteinte à la sphère morale ou existentielle du salarié. Il s'agit aussi de dommages commis contre son honneur, son image, sa vie privée, sa liberté d'action, sa sexualité, sa santé, sa nationalité, son ethnie ou son intégrité physique.

Pour calculer l'indemnisation due au salarié, les juges devront vérifier tout d'abord l'intensité du dommage ou la douleur subie, ensuite les conséquences personnelles et sociales du dommage, son extension et sa durée, l'existence ou non d'une faute et, enfin, la situation sociale et économique des parties au litige. Une fois vérifié tout cela, s'appliquera l'article 223-G §1 de la CLT qui prévoit les plafonds des indemnités : en cas d'une infraction de nature légère, l'indemnité pourra atteindre jusqu'à trois fois la valeur du plafond des prestations versées par le régime général de sécurité sociale ; pour une infraction de nature moyenne, jusqu'à cinq fois le montant et pour une infraction grave, jusqu'à vingt fois la valeur du même plafond ; pour une infraction lourde, l'indemnité pourra aller jusqu'à cinquante fois la valeur du plafond. Par exemple, actuellement la valeur du plafond des prestations de sécurité sociale est de 5 645 80 Reais, (environ 1 411 euros). En cas d'un

dommage de nature légère, le juge pourra imposer une indemnité maximale à l'employer de 16 935 Reais (environ 4 200 euros) ; dans le cas de dommage lourd, la valeur pourra aller jusqu'à 282 290 Reais (environ 70 000 euros).

En revanche, ce barème n'est pas applicable en cas de dommages résultant de décès ; tel est le cas d'une indemnité versée en raison des dommages moraux causés aux ayants droit d'un salarié décédé d'un accident de travail. Cette barémisation a pour but de donner plus de prévisibilité à l'employeur et d'éviter des indemnisations très disparates dans ce pays de taille continentale. La réforme comporte aussi une importante innovation en matière de contrats de travail intermittents.

### B – La mise en œuvre de contrats intermittents

Le nouveau §3 de l'article 443 de la CLT prévoit la mise en place d'une sorte de « *zero-hour contracts* » à la brésilienne, nouvelle forme de travail intermittent. Ainsi, est qualifié intermittent le contrat de travail dont la prestation de services n'est pas continue, réalisé par alternance en heures, jours ou mois, indépendamment du type d'activité du salarié ou de l'employeur, à l'exception des aéronautes, régis par leur propre loi. L'élément de subordination est toujours présent afin d'accorder, malgré la précarité, le caractère d'une relation de travail salarié. En peu de mots, il s'agit d'un contrat à durée indéterminée destiné à pourvoir un emploi permanent comportant par nature une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées. Il n'est pas nécessaire que ce type de contrat ait comme source un accord ou convention collective de travail ; mais la loi permet que les partenaires sociaux négocient sur ce sujet.

Ce contrat doit être conclu par écrit et contenir l'identification des parties, le taux de l'heure ou d'une journée de travail, le lieu de travail et la périodicité du versement de la rémunération. L'employeur enverra au salarié, avec un préavis d'au moins trois jours, une convocation l'informant du jour et des heures de la prestation de travail. Le salarié aura vingt-quatre heures pour y répondre, son silence valant refus de la mission. Le refus du salarié n'a pas pour effet d'exclure le caractère subordonné de la relation. Une fois acceptée l'offre de travail, la partie qui l'enfreint sans raison valable paiera à l'autre partie, dans les trente jours, une amende de 50 % de la valeur de la rémunération due. Le §5 du nouvel article 452-A de la CLT dispose que la période d'inactivité ne doit pas être considérée comme du temps à disposition de l'employeur, le salarié pouvant se mettre au service d'autres employeurs. Pour chaque période de douze mois le salarié acquiert le droit de jouir, durant les douze mois suivants, d'un mois de congé payé, au cours duquel il ne pourra pas être sollicité pour travailler chez le même employeur.

Reste à noter qu'après une période de 12 mois sans sollicitation du salarié par l'employeur, le contrat de travail intermittent sera considéré comme résilié, l'article 452-E de la CLT prévoyant les indemnités légales applicables à cette situation. Afin d'éviter des fraudes, jusqu'au 31 décembre 2020, des salariés licenciés liés par des contrats de travail à durée indéterminée ne pourront pas être employés en vertu d'un contrat de travail intermittent par le même employeur qu'après le délai de dix-huit mois, à compter de la date du licenciement.

La doctrine brésilienne est très critique à l'égard de cette nouvelle forme d'emploi en raison de l'insécurité juridique pesant non seulement sur le salarié, mais aussi sur les employeurs qui prendront des risques avec des contrats intermittents. La Cour suprême a été saisie (*Supremo Tribunal Federal - STF*) par une fédération de syndicat de salariés

d'une action en inconstitutionnalité (ADI 5829) mettant en avant que ce contrat intermittent précarise les relations de travail en autorisant des rémunérations en dessous du salaire minimum, et qu'il existerait ainsi une violation du principe d'égalité et une régression des droits sociaux (théorie de l'effet cliquet). À l'heure actuelle, le futur du « *zero-hour contract* » à la brésilienne n'est pas assuré. La réforme de la CLT a également impacté les relations collectives du travail.

## II – LA RÉFORME DE LA CLT ET LES RELATIONS COLLECTIVES DU TRAVAIL

Le droit des relations collectives du travail au Brésil a été fortement bouleversé. On peut même se demander si la Constitution et les Conventions internationales de l'OIT portant sur la négociation collective ne sont pas violées par cette réforme. Il est possible de retenir l'existence d'une forme de « flexsécurisation » des effets de la négociation collective (A), tandis que les accords collectifs d'entreprise sont en passe de prévaloir sur les conventions collectives de branche (B).

### A – DE LA « FLEXSÉCURISATION » DES EFFETS DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

Il est un élément qui bouleversera considérablement la routine des syndicats et des entreprises au Brésil, c'est le fait qu'en cas de conflit entre une accord/convention collective de travail et la loi, ce sont les premiers qui devront prévaloir, que leur contenu soit plus favorable ou non. Désormais, les accords et conventions collectives de travail prévalent sur les dispositions légales, même si ces dernières comportent des prévisions plus favorables aux salariés. Cette touche de « flexsécurisation » prévu dans l'article 611-A de la CLT donne des garanties pour que les entreprises et les partenaires sociaux puissent négocier avec plus de sécurité juridique, évitant que certaines modalités préalablement négociées soient annulées par la justice quelques années après.

Néanmoins, cette prévalence de l'accord collectif sur la loi n'est pas absolue. Premièrement, rappelons que la Constitution du Brésil est très analytique et qu'elle comprend spécialement l'article 7 doté de 34 paragraphes qui représentent un seuil de protection constitutionnel de divers droits, comme par exemple la protection contre le licenciement arbitraire ou sans motif légitime[1]. Deuxièmement, le législateur a établi dans le nouvel article 611-B de la CLT un ensemble de droits qui ne pourront pas être minorés

1 Les principaux droits protégés par l'article 7 de la Constitution sont : la protection contre le licenciement arbitraire ou sans motif légitime ; la garantie de l'assurance-chômage en cas de chômage involontaire ; l'institution d'un « fonds de garantie » ; l'intangibilité du salaire, sauf convention ou accord collectif contraire ; droit au treizième mois ; le droit à une sur rémunération du travail de nuit ; le droit à la participation aux bénéfices de l'entreprise, et à la participation à la gestion de l'entreprise, selon des modalités définies par la loi ; le droit à une durée de travail n'excédant pas 8 heures par jour et 44 heures par semaine, sauf exceptions ; le droit à un repos hebdomadaire rémunéré, de préférence le dimanche ; le droit à la rémunération des heures supplémentaires à un taux majoré d'au moins 50 % ; le droit à un congé payé annuel assorti d'une majoration d'au moins un tiers de la rémunération ; le droit des femmes à la promotion sur le marché du travail conformément à la loi ; le droit à un préavis proportionnel à l'ancienneté, et d'au moins 30 jours ; la reconnaissance des conventions et accords collectifs du travail ; le droit à l'assurance contre les accidents du travail à la charge de l'employeur ; l'interdiction de toute discrimination, en matière de salaire ou d'embauche, à l'égard des travailleurs handicapés.

ou supprimés par un accord collectif de travail, comme le salaire minimum, le paiement majoré de 50 % des heures supplémentaires ou encore les dispositions sur le droit de grève. Nonobstant la réforme, un ordre public social est encore applicable et reste un instrument essentiel de protection des salariés. La réforme a également mis en œuvre des limites au « principe de faveur » avec la prévalence des accords d'entreprise.

### B – La primauté des accords d'entreprise

Il importe d'observer qu'aux termes de la CLT les partenaires sociaux ont compétence pour établir des accords ou conventions collectifs. L'article 611 CLT prévoit par ailleurs que la convention collective est un accord à caractère normatif, conclu entre organisations professionnelles, c'est-à-dire entre une organisation patronale et une organisation syndicale au moins, représentant les catégories concernées par la convention, et réglementant les relations individuelles de travail. Le §1 de cet article habilite également les syndicats représentant les catégories professionnelles concernées à conclure des accords collectifs, qui se caractérisent par le fait qu'ils sont négociés directement avec l'entreprise réglementant les conditions de travail applicables dans le cadre de l'entreprise.

En matière de négociation collective, la rédaction originale de l'article 620 de la CLT énonçait une sorte de « principe de faveur » prévoyant que les stipulations d'une convention collective de branche, lorsqu'elles sont plus favorables, l'emportent sur celles prévues dans un accord collectif d'entreprise ou dans le contrat de travail. Toutefois, cette hiérarchie a été totalement bouleversée. Depuis novembre 2017, l'article 620 prévoit que les conditions établies dans les accords collectifs d'entreprise prévaudront sur celles prévues dans les conventions collectives de branche y compris en cas de dispositions plus favorables. Le droit des relations collectives du travail au Brésil place au centre de la négociation collective les conditions de travail dans l'entreprise par rapport à la branche. La loi est claire sur ce point : l'accord d'entreprise doit toujours prévaloir sur l'accord de branche.

Enfin, la CLT a su, moyennant une adaptation de son contenu, traverser le temps et faire face aux évolutions considérables de la société brésilienne. La toute récente et plus importante réforme du droit du travail démontre que sa centralité est encore d'actualité, mais non sans critiques et sans contentieux (la Cour Suprême ayant été saisie de plusieurs actions en inconstitutionnalité mettant en cause la loi du 13 juillet 2017).

# Brésil

ANA VIRGINIA MOREIRA GOMES
Université de Fortaleza

## LA RÉGLEMENTATION DU TRAVAIL DOMESTIQUE

Le 31 janvier 2018, le Brésil a ratifié la Convention 189 de l'OIT sur le travail décent pour les travailleurs domestiques devenant ainsi le 25e État membre de l'OIT et le 14e État d'Amérique membre de l'OIT à ratifier la Convention 189.

La ratification de cette convention représente au Brésil une étape importante s'inscrivant dans un processus réglementaire qui tend vers l'égalité des droits entre les travailleurs domestiques et les autres travailleurs, processus qui a commencé avec la promulgation de la Constitution fédérale de 1988.

La réglementation du travail domestique par le droit du travail au Brésil a commencé en 1972 avec la promulgation de la loi nationale du travail n° 5.859[1]. Cette loi garantissait aux travailleurs domestiques une partie des droits du travail déjà accordés aux autres travailleurs : carte professionnelle annotée, congés payés annuels de 20 jours ouvrables et rattachement au régime de sécurité sociale. Bien que cela ait été considéré comme un progrès, cette loi ne donnait pas aux travailleurs domestiques un statut égal à celui des autres travailleurs.

En 1988, en vertu de la loi, la Constitution fédérale a commencé à protéger les droits des travailleurs domestiques, garantissant aux travailleurs domestiques certains des droits fondamentaux du travail accordés à tous les autres travailleurs[2]. Cette inclusion, ainsi que la première loi de 1972, étaient le résultat d'une lutte constante du mouvement des travailleurs domestiques. En effet, bien qu'ils aient été longtemps exclus du système syndical officiel et ignorés par le syndicalisme traditionnel et en dépit de difficultés énormes, ces syndicats, soutenus par les mouvements féministes et afro-brésiliens, ont réussi à faire en sorte que les travailleurs domestiques acquièrent certains droits fondamentaux accordés à tous les

1 Avant la promulgation de la loi n ° 5.859 / 1972, il existait des lois diverses visant soit à contrôler le travail domestique, soit à accorder des droits individuels, souvent en fonction de la volonté de l'employeur. Parmi celles-ci, nous pouvons citer le décret n° 3 087/60, qui garantissait aux travailleurs domestiques le droit d'adhérer au système de sécurité sociale, initialement en tant que membres volontaires, et en 1973, en tant que membres obligatoires, et la loi n° 5.316 / 67, qui étendait aux travailleurs domestiques le droit à l'assurance contre les accidents du travail.

2 Les droits fondamentaux du travail garantis à l'origine par la Constitution fédérale aux travailleurs domestiques étaient : le salaire minimum et l'irréductibilité des salaires, sauf disposition contraire d'un accord ou d'une convention collective, le repos hebdomadaire payé, de préférence le dimanche, le treizième mois de salaire, la jouissance d'un congé annuel payé d'au moins un tiers de plus que le salaire normal, le congé maternité, sans préjudice de l'emploi et avec salaire pendant 120 jours, le congé paternité, le préavis préalable au licenciement proportionnel à la durée de l'emploi avec un minimum de 30 jours, conformément à la loi, la retraite et l'intégration au système de sécurité sociale.

autres travailleurs[3]. Le texte original de la Constitution de 1988 comportait d'importantes lacunes concernant la protection du travail domestique. Par exemple, il garantissait certains droits en matière d'emploi, mais pas de droit à des heures de travail limitées, il garantissait la liberté d'association, mais pas le droit à la négociation collective.

Le processus d'inclusion juridique entamé par la Constitution fédérale de 1988 a cependant été un processus lent mais irréversible jusqu'ici. En 2006, une nouvelle percée réglementaire importante a été réalisée avec la loi n° 11.324/2006, qui a étendu la protection accordée par la loi n° 5.859 de 1972. La loi n° 11.324/2006 garantissait le droit à 30 jours de congés payés, la protection de l'emploi pour les femmes enceintes, les congés payés légaux, et l'interdiction d'une réduction de salaire en cas de fourniture de repas, de logement et de produits hygiéniques par l'employeur. Une autre évolution importante est survenue avec le décret fédéral n° 6481 en 2008 qui incluait le travail domestique des enfants parmi les pires formes de travail des enfants et le travail domestique interdit aux travailleurs de moins de 18 ans[4].

En 2013, un amendement constitutionnel, n° 72/2013, a été approuvé, reconnaissant aux travailleurs domestiques tous les droits fondamentaux du travail garantis à un salarié type, tels que l'indemnisation en cas de licenciement sans motif valable, l'assurance chômage, le salaire supplémentaire pour le travail de nuit, la prime familiale, la rémunération des heures supplémentaires, la durée limitée du travail, le système de fonds d'indemnités de licenciement (FGTS) et l'assurance accidents du travail. En 2015, la loi n° 150 a été promulguée pour réglementer l'exercice des nouveaux droits reconnus, réglementant le contrat de travail domestique ainsi que le paiement des cotisations sociales et fiscales. Parmi les nouveaux droits garantis, nous soulignons les limites sur les heures de travail et la protection contre le licenciement sans cause. Ces deux droits ont le potentiel de corriger deux situations extrêmement injustes historiquement vécues par les travailleurs domestiques : de très longues journées de travail, notamment dans le cas de ceux vivant sur le lieu de travail, et l'absence de protection juridique en cas de licenciement, souvent après avoir passé pratiquement une vie entière à travailler pour une même famille.

Un aspect essentiel de la nouvelle réglementation concerne l'impact possible des nouveaux droits sur le marché du travail. Nous savons que le contexte social et économique du travail domestique dans les années 1990 et 2000 a changé de manière positive[5]. Cette évolution s'est produite, malgré le nombre encore extrêmement important de travailleurs domestiques - 6,2 millions de travailleurs domestiques qui représentent

3 L'article 7 de la Constitution de 1988 garantit aux travailleurs domestiques 10 des 29 droits fondamentaux du travail garantis à tous les travailleurs : salaire minimum, irréductibilité du salaire, prime annuelle égale à un mois de salaire, congé hebdomadaire payé, de préférence le dimanche, une rémunération supérieure d'au moins un tiers au salaire normal, un congé de maternité rémunéré de 120 jours, un congé paternité payé de 5 jours, un préavis de licenciement, ainsi que l'intégration dans le système de sécurité sociale.

4 Ce décret établit la liste brésilienne des pires formes de travail des enfants conformément à la Convention 182 de l'OIT ratifiée par le Brésil.

5 D'un côté, il est vrai qu'au moins pendant une partie des années 2000, l'économie était florissante. D'un autre côté, on peut cependant soutenir que la réglementation a traversé des périodes de crise économique dans les années 1990 et de prospérité économique dans les années 2000 dans un scénario d'amélioration lente et régulière des conditions de travail des travailleurs domestiques.

10 % de la population active du pays[6]- et de conditions de travail inférieures à celles des autres travailleurs, notamment en matière de salaires et de temps de travail. Il est difficile de déterminer de façon claire quels sont les changements qui résultent précisément de la nouvelle réglementation. Par exemple, la probabilité que les employés domestiques (et non les travailleurs domestiques indépendants) aient un contrat formel et une réduction des heures de travail a augmenté[7]. Costa *et al* suggèrent que la modification constitutionnelle n° 72 aurait pu avoir un effet significatif sur ces résultats, bien que l'analyse pour prouver la causalité n'ait pas encore été rapportée. Deux autres évolutions positives du marché du travail sont la croissance des emplois formels et celle des revenus, au moins jusqu'au début de la crise économique actuelle en 2014. Contrairement au bon sens prévalant dans les discussions politiques sur la réglementation du travail domestique, l'informalité a diminué sur la plus grande partie de la période qui a débuté au moment où la réglementation a commencé à prendre forme (entre 1988 et aujourd'hui)[8]. L'augmentation de la formalisation, conjuguée à l'augmentation du salaire minimum, a été liée à la croissance d'environ 64 % du revenu moyen des travailleurs domestiques au cours des 20 dernières années[9]. En plus des effets concrets des modifications de la loi, le processus vers l'égalisation des droits et les changements intervenant dans les conditions sociales et économiques des travailleurs domestiques au Brésil ont le potentiel de converger. Ce serait un développement significatif dans la lutte contre le problème de l'inégalité dans le pays, qui est centré sur la discrimination raciste et sexiste.

Ces deux types de discrimination sont intrinsèquement liés au travail domestique au Brésil pour des raisons historiques. La majorité des travailleurs domestiques sont des femmes (5,9 sur 6,2 millions), soit environ 14 % de la main-d'œuvre féminine au Brésil[10]. Le travail domestique reste le deuxième emploi le plus courant pour les femmes (92 % des travailleurs domestiques sont des femmes) et l'un des principaux emplois pour les Afro-Brésiliens (62 % des travailleurs domestiques sont des Afro-Brésiliens)[11].

La garantie des droits du travail, au même titre que les autres travailleurs, est le premier pas vers la reconnaissance de la valeur sociale et économique du travail domestique. Cependant, si les politiques publiques ne reconnaissent pas le lien entre le travail domestique, la discrimination raciale et la répartition des responsabilités familiales, ces

---

6 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísitca, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio - PNAD, 2017, ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Fasciculos_Indicadores_IBGE/pnadc_201702_trimestre_caderno.pdf (consulté le 1er mars 2018).

7 Costa, Joana Simões de Melo *et al*. Efeitos da Ampliação dos Direitos Trabalhistas sobre as Condições de Trabalho das Empregadas Domésticas. IPEA, mercado de trabalho | 60 | abr. 2016, 59-62, http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28822 (consulté le 29 septembre. 2017).

8 Entre 1995 et 2015, la formalisation du travail a augmenté de 12,6 %, ce qui porte la proportion des travailleurs domestiques formels de 17,8 % à 30,4 %. Pinheiro, *supra*, 17, IPEA. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça, 2017. Disponible sur : http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306_retrato_das_desigualdades_de_genero_raca.pdf (consulté le 9 mars 2018).

9 Malgré la croissance, le revenu moyen en 2015 est inférieur au salaire minimum (739 R$ contre 788 R$). IPEA, 2017, *supra*.

10 Departamento Intersindical de Estatística e Estudo Socioeconômico – DIEESE. *O emprego doméstico no Brasil*, n° 68, ago./2013, http://www.dieese.org.br/estudosetorial/2013/estPesq68empregoDomestico.pdf (consulté le 9 Mars 2017).

11 IBGE, 2017, *supra*.

nouveaux droits du travail continueront de rencontrer de sérieux obstacles entravant leur efficacité.

De très nombreuses femmes ayant un faible niveau de revenu et d'éducation prennent en charge le travail des soins à domicile afin que les femmes de la classe moyenne puissent aller travailler. Étant donné que la prestation de services domestiques, rémunérés ou non, incombe principalement aux femmes, la prise en charge de la famille est un problème qui est résolu uniquement par les femmes. L'offre abondante de travailleurs malgré des conditions d'emploi très difficiles suggère un manque important d'opportunités pour les femmes, en particulier les femmes noires. C'est un élément de plus qui contribue à l'informalité et à la dévaluation du travail domestique. Celui-ci reste le type principal d'emploi pour les femmes noires (17,7 % des femmes noires sont des travailleuses domestiques)[12].

Le nombre de travailleurs domestiques dans le pays a lentement diminué : de 1995 à 2015, la main-d'œuvre domestique est passée de 17, 3 % à 14,3 % de l'ensemble de la population active féminine[13]. Un indicateur important de l'augmentation des opportunités éducatives et économiques pour les jeunes femmes est le vieillissement de la main-d'œuvre nationale[14]. En plus de la protection accordée par le droit du travail, les politiques publiques qui autorisent la migration professionnelle et permettent aux femmes de quitter le travail domestique ou d'entrer sur le marché du travail, sont essentielles pour faire du travail domestique une activité qui ne soit pas marquée par la précarité et la vulnérabilité. Dans ce scénario, l'approbation de la Convention 189 de l'OIT, consolide, dans le cas du Brésil, le processus d'inclusion légale du travail domestique initié à la fin des années 1980. Cependant, la ratification de cette Convention a le pouvoir de conférer une légitimité encore plus grande à ce processus, en clôturant les discussions politiques sur l'opportunité de conférer à ce groupe de travailleurs des droits au travail.

D'un point de vue formel, la loi brésilienne est conforme aux termes de la Convention 189, puisque la Constitution fédérale garantit aux travailleurs domestiques les droits fondamentaux et la loi complémentaire 150/2015 leur garantit les droits du travail. Les syndicats de travailleurs domestiques sont officiellement reconnus et, en juin 2013, la première convention collective sur le travail domestique a été signée à São Paulo entre le Syndicat des Employeurs et des Travailleurs Domestiques du Grand São Paulo (*SINDOMESTICA*) et l'Union des Employeurs Domestiques de l'État de São Paulo (*SEDESP*).

D'un point de vue matériel, les lois ne sont toujours pas assez efficaces. Le revenu moyen du travail domestique est toujours inférieur au salaire minimum et les taux d'informalité sont plus élevés que dans les autres activités[15]. Le défi pour l'OIT et le Brésil est donc de se concentrer sur la création de mécanismes visant à améliorer les conditions socio-économiques des groupes les plus vulnérables à l'emploi domestique informel et précaire. C'est la seule manière de faire en sorte qu'une législation qui protège la dignité des travailleurs domestiques puisse efficacement jouer son rôle.

---

12 IPEA, 2017, *supra*.

13 IPEA, 2017, *supra*.

14 Cependant, pour les femmes de couleur, le passage du travail domestique à d'autres activités a eu lieu à un rythme plus lent. IPEA, 2017, *supra*, 3 et 16.

15 30 % seulement des travailleurs sont des travailleurs formels. N. Fontoura, J. Lima, A. Teixeira, Cherfem, C.Orquiza. PNAD 2014 - Alterações recentes no mundo do trabalho, segundo marcadores de gênero e raça. In : Calixtre, André, VAZ, Fábio (Org.). *PNAD 2014* - Breves Análises. Brasília : 2015, http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=26999 (consulté le 29 septembre. 2017), IPEA, 2017, *supra*.

# Canada

GILLES TRUDEAU
Université de Montréal

## LE DROIT DU TRAVAIL CONFRONTÉ À LA LÉGALISATION DU CANNABIS

C'est le 13 avril 2017 qu'un projet de loi visant à légaliser le cannabis a été déposé devant le Parlement fédéral canadien[1]. Au moment d'écrire ces lignes, le projet de loi présentait toutes les chances d'être adopté et d'entrer en vigueur à l'été 2018[2]. Il permet à tout adulte de 18 ans et plus de posséder du cannabis et d'y avoir accès en toute légalité. Le projet de loi fédéral confie aux provinces le soin de déterminer les règles applicables à la vente, la distribution et la consommation de cannabis sur leur territoire. Ainsi, au Québec, c'est à une agence gouvernementale, la Société québécoise du cannabis, que sera attribué le monopole de la vente du cannabis[3]. Le consommateur québécois pourra donc s'en procurer auprès de l'une des 200 succursales que la Société entend ouvrir d'ici deux ans, ou encore l'acheter en ligne directement à la Société.

Le projet de loi fédéral ne prévoit aucune mesure particulière relativement aux milieux de travail, ce que dénonce le mouvement patronal canadien. Les employeurs craignent que la légalisation du cannabis n'entraîne une hausse de sa consommation et que davantage de salariés ne se présentent intoxiqués au travail. On évoque un impact défavorable non seulement sur la productivité, mais surtout sur la sécurité au travail. Plusieurs réclament un cadre réglementaire établissant un seuil d'intoxication en milieu de travail, identifiant des appareils de détection certifiés et, surtout, permettant l'administration aléatoire de tests de dépistage aux salariés. Cette dernière mesure, perçue comme susceptible de décourager la consommation de cannabis, est particulièrement revendiquée par les employeurs des secteurs du transport.

Le droit canadien n'est pourtant pas insensible aux risques que présentent la consommation de drogues ou d'alcool et l'intoxication en milieu de travail. Il a, à cet égard, établi un certain équilibre entre l'exercice des prérogatives patronales et la protection des droits fondamentaux des salariés, particulièrement le droit à son intégrité physique et à la protection de sa vie privée[4]. Les employeurs canadiens prétendent que la légalisation du cannabis exige que cet équilibre soit modifié afin de leur conférer un pouvoir de contrôle accru.

---

1 Projet de loi C-45, *Loi concernant le cannabis et modifiant la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, le Code criminel et d'autres lois*, 1er session, 42e législature.

2 Le projet de loi a été adopté par la Chambre des Communes (Chambre basse) le 27 novembre 2017 puis transmis au Sénat (Chambre haute) qui l'a adopté en 2ème lecture le 22 mars 2018. Son vote en dernière lecture est fixé au 7 juin 2018.

3 Projet de loi 157, *Loi constituant la Société québécoise du cannabis, édictant la Loi encadrant le cannabis et modifiant diverses dispositions en matière de sécurité routière*, 1er session, 41e législature, déposé le 16 novembre 2017.

4 Voir sur ce point G. Trudeau, « Contrôle et prise en compte de la consommation de drogues et d'alcool par l'employeur au Québec », in Ph. Auvergnon (Dir.), *Drogues illicites et activité salariée*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2017, p. 129.

Une décision récente de la Cour suprême du Canada, rendue en juin 2017, présente un bon aperçu de l'état du droit canadien relativement à la consommation de drogues ou d'alcool au travail[5]. Elle met en lumière les principaux éléments de l'équilibre qui prévaut actuellement entre les prérogatives de l'employeur et les droits du salarié. L'employeur en cause, dont les activités dans la mine qu'il exploite sont dangereuses, adopte une politique relativement à la consommation de drogues, d'alcool et de médicaments chez ses salariés. Ces derniers sont tenus de déclarer tout problème de dépendance avant qu'un incident lié à la drogue ou à l'alcool ne survienne. Un traitement est offert à tous ceux qui se soumettent à une telle déclaration sans risque de sanction disciplinaire. Par contre, un salarié impliqué dans un incident et qui obtiendrait un résultat positif au test de dépistage auquel il serait obligatoirement soumis serait immédiatement licencié. C'est ce qui est arrivé au plaignant dans cette affaire, après qu'il eut été impliqué dans un accident au volant de son camion. Celui-ci consommait de la cocaïne lorsqu'il était en congé du travail, ce qu'il n'avait pas déclaré à l'employeur. Le test de dépistage qu'on lui administra après l'accident se révéla positif. Le plaignant fut licencié même s'il déclara à l'employeur, postérieurement à l'accident, croire souffrir d'une dépendance à la cocaïne. Il contesta son licenciement qu'il prétendait discriminatoire parce que justifié par sa dépendance, un handicap au sens de la législation applicable. La Cour suprême ne retint pas cette prétention, confirmant plutôt que le licenciement avait été imposé pour contravention à la politique patronale.

La décision de la Cour suprême met d'abord en évidence la possibilité, pour l'employeur, de réglementer la consommation d'alcool et de drogues en milieu de travail. Ses pouvoirs de direction, que le contrat de travail conclu avec chaque salarié lui reconnaît, lui permettent d'adopter une directive à cet égard, et le justifie d'imposer une sanction disciplinaire au salarié qui y contreviendrait. La jurisprudence précise que pour qu'il en soit ainsi, le contenu de la directive doit être raisonnable, exprimé clairement et porté à la connaissance de chaque salarié. Une fois en vigueur, la directive doit être appliquée avec constance et uniformité, et le salarié doit être clairement avisé qu'y désobéir est susceptible d'entraîner l'imposition d'une sanction disciplinaire. Que la consommation du cannabis devienne légale n'empêchera pas l'employeur d'en défendre la consommation au travail pour autant. Il est établi que consommer du cannabis diminue, à court terme, les capacités cognitives et la coordination motrice[6]. L'employeur a donc intérêt à prohiber l'usage de cannabis pendant les heures de travail et à empêcher que le salarié ne se présente au travail sous son influence. On peut à cet égard faire le parallèle avec l'alcool dont l'employeur peut défendre la consommation au travail, malgré la légalité d'en acheter et d'en consommer de façon générale.

Toutefois, la directive qui prohiberait toute consommation d'alcool ou de drogues à l'extérieur du travail risquerait d'être invalide, car l'employeur ne peut s'ingérer dans la vie personnelle du salarié à l'extérieur de son travail. Ce n'est que dans la mesure où la consommation d'une substance intoxicante par le salarié à l'extérieur du travail soit susceptible d'affecter sa prestation de travail que la directive patronale peut s'y intéresser. La consommation de drogues, dont le cannabis, et celle d'alcool doivent à cet égard être distinguées. Parce qu'il est difficile de détecter l'état d'un salarié qui se présenterait au travail sous l'effet d'une drogue, l'employeur pourrait en interdire la consommation à

5 *Stewart* c. *Elk Valley Coal Corp.*, 2017 CSC 30.

6 Organisation mondiale de la santé, *The health and social effects of non medical cannabis use*, 2016, p. 40.

l'extérieur du travail pour certaines catégories de salariés dont les fonctions le justifieraient comme, par exemple, les conducteurs d'autobus ou les pilotes d'avion. On peut croire que la légalisation du cannabis incitera davantage d'employeurs à agir en ce sens. L'interdiction patronale demeurera toutefois susceptible de contestation judiciaire, à l'occasion d'un licenciement pour y avoir contrevenu par exemple, et sa validité ne sera confirmée que si l'employeur démontre l'existence d'un risque tel, qu'il justifie l'atteinte au droit à la vie privée des salariés visés.

La décision de la Cour suprême susmentionnée évoque aussi la possibilité, pour l'employeur, de vérifier si un salarié est sous l'effet de la drogue ou de l'alcool en lui administrant un test de dépistage. Dans les circonstances propres à l'espèce, que l'employeur eut imposé un tel test ne fut pas contesté, et la Cour confirma la validité du licenciement en se fondant sur le résultat positif du test. La jurisprudence a toutefois limité strictement les circonstances autorisant l'employeur à imposer un test de dépistage à un salarié, cette mesure affectant considérablement le droit à la protection de la vie privée, généralement reconnu en droit canadien. L'imposition aléatoire de tests en l'absence d'un problème avéré de consommation de drogues ou d'alcool dans un milieu de travail est ainsi prohibée. La règle vaut même lorsque le travail est intrinsèquement dangereux. Dans ce cas, l'employeur ne pourra exiger d'un salarié qu'il se soumette à un test de dépistage que dans des circonstances précises, notamment si des motifs raisonnables permettent de croire que ses capacités sont affaiblies, s'il est impliqué directement dans un accident du travail ou un incident grave ou s'il revient au travail après avoir subi un traitement pour toxicomanie[7]. Ce sont ces conditions d'accès à l'imposition d'un test de dépistage que le mouvement patronal canadien juge trop restrictives dans le contexte de la légalisation de la consommation de cannabis.

Une difficulté supplémentaire s'ajoute quant à la légalité du recours aux tests de dépistage obligatoires en cas de drogues, dont le cannabis. Les tests actuellement disponibles permettent de savoir si le salarié a récemment consommé de la drogue mais ne permettent pas de déterminer quand le salarié a réellement consommé la drogue, ni s'il est encore sous son effet au moment de commencer à travailler[8]. Or, administrer un tel test de dépistage à un salarié peut s'avérer invasif et porter atteinte à ses droits fondamentaux, alors que son utilité est relative quant au risque que l'employeur cherche à éliminer. Il en découle une légalité incertaine qui, dans plusieurs cas, doit être déterminée par le tribunal. De la même façon, les résultats du test ne sont que de peu de secours pour l'employeur qui cherche à établir que le salarié est actuellement intoxiqué et incapable d'exécuter adéquatement sa prestation de travail.

Intervient enfin, dans la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Elk Valley*, un dernier élément qui participe à l'équilibre que le droit canadien a établi entre les prérogatives patronales quant à la consommation de drogues et d'alcool dans le milieu de travail et le respect des droits des salariés. Il s'agit de la protection particulière que la législation relative aux droits de la personne érige contre toute mesure patronale imposée

---

7 La Cour suprême du Canada rappelle cette règle dans *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30* c. *Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34. Voir aussi : *Teamsters Canada Rail Conference* c. *Canadian Pacific Railway Company*, 2017 QCCA 479 (Cour d'appel du Québec).

8 Centre canadien d'hygiène et de sécurité au travail, *Stratégie en milieu de travail : Risque de facultés affaiblies attribuable au cannabis*, juin 2017, document n° DSS : CC273-2/17-3F, p.10.

à un salarié à cause de son handicap. Les faits dans l'affaire *Elk Valley* l'illustrent bien. Le salarié fut licencié après avoir omis de déclarer sa dépendance à la cocaïne comme l'exigeait la directive patronale. La Cour jugea le licenciement non discriminatoire puisqu'à son avis, la dépendance du salarié n'en avait pas constitué un facteur. Les juges ont été convaincus par les preuves apportées que la dépendance à la cocaïne du salarié n'avait pas réduit sa capacité de respecter la directive de son employeur. Une conclusion contraire aurait signifié l'illégalité du licenciement.

Comme pour plusieurs autres drogues, l'usage du cannabis peut conduire à la dépendance[9], ce que le droit canadien assimile à un handicap. Le handicap constitue un motif illégal de discrimination sur lequel l'employeur ne peut fonder, directement ou indirectement, aucune mesure de représailles. Si la dépendance du salarié affecte sa capacité d'exécuter correctement sa prestation de travail, celui-ci faisant par exemple preuve d'un comportement inadéquat au travail ou d'un absentéisme excessif, l'employeur peut intervenir car il est en droit d'exiger une prestation de travail complète et satisfaisante. Il ne pourra toutefois le faire et, le cas échéant, licencié le salarié, qu'après s'être assuré qu'il lui est impossible de composer avec les limitations dues à son handicap sans en subir une contrainte excessive. L'employeur est en cela débiteur d'une obligation d'accommodement raisonnable.

L'ampleur de cette obligation varie selon les circonstances de chaque cas. Elle exige que l'employeur fasse de réels efforts pour accommoder le salarié, c'est-à-dire pour le maintenir en emploi malgré son handicap. Dans le cas d'un toxicomane, il peut s'agir de lui donner accès au programme d'aide aux travailleurs, dans la mesure où tel programme existe chez l'employeur, ou lui permettre de bénéficier d'un congé pour qu'il suive une cure de désintoxication. Les mesures d'accommodement peuvent aussi inclure un suivi administratif, ou prévoir que le salarié se soumette à un examen médical avant d'être autorisé à reprendre le travail. L'obligation d'accommoder le salarié est toutefois limitée, et cesse lorsque son exécution représenterait une contrainte excessive pour l'employeur. Là encore, l'existence d'une contrainte excessive ne peut s'apprécier qu'en tenant compte des circonstances de chaque cas. Généralement, le licenciement sera justifié lorsque, malgré les mesures d'accommodement prises, le salarié demeure incapable d'accomplir sa prestation de travail dans un avenir raisonnablement prévisible.

Les risques que la légalisation du cannabis fait craindre aux employeurs canadiens reposent sur deux hypothèses complémentaires : la banalisation de sa consommation d'une part et son augmentation de l'autre. Ces risques appréhendés justifient-ils de revoir l'équilibre que le droit canadien a établi entre l'exercice des prérogatives patronales relatives à la consommation de drogues et d'alcool en milieu de travail et la protection des droits fondamentaux des salariés ? Les opinions sur ce sujet peuvent diverger mais, pour l'instant, il ne semble pas que les craintes patronales suscitent une réaction politique empressée.

9 Selon l'OMS, *op.cit.*, *supra* note 6, p. 40, on a observé un risque de dépendance de 10 % parmi les personnes ayant consommé du cannabis au cours de leur vie. Ce risque augmente à 16 % lorsque la consommation survient pendant l'adolescence et à 33 % parmi les consommateurs quotidiens.

# Australie

SHAE McCRYSTAL
Université de Sydney

## RESTRICTIONS DU DROIT DE GRÈVE EN AUSTRALIE

Deux décisions récentes en Australie ont restreint l'accès au droit de grève des salariés australiens. Nous examinerons ci-dessous d'abord le contexte juridique du droit de grève en Australie puis les évolutions récentes de ce même droit pour mettre en évidence les restrictions dont il fait l'objet.

### I – LES ACTIONS COLLECTIVES PROTÉGÉES

En Australie, la capacité des salariés à déclencher légalement une grève est régie par la partie 3-3 du *Fair Work Act 2009* (Cth) (*FW Act*). Au cours des négociations sur les accords d'entreprise, les salariés et leurs agents négociateurs peuvent engager une action collective ou un moyen de pression (*industrial action*) protégé à l'appui de leurs revendications relatives au projet d'accord collectif. Une fois que les salariés ont entrepris une telle action, les employeurs peuvent y répondre en recourant à leur propre action juridiquement protégée sous la forme d'un *lock-out* des salariés. Un moyen de pression protégé est une action qui remplit les critères de la « grève » telle que définie à l'article 19 du *FW Act* et qui satisfait aux conditions légales requises pour obtenir le statut d'action « protégée ». Les conditions préalables légales pour qu'une action soit protégée sont entre autres, les suivantes :

- L'agent négociateur a obtenu de la Commission du travail équitable (*Fair Work Commission - FWC*) le droit d'organiser un vote (article 443 du *FW Act*), et l'action proposée a été approuvée lors d'un vote des salariés concernés (article 409 (2) du *FW Act*)1,
- L'action est organisée et engagée pour soutenir ou faire avancer les réclamations relatives à l'accord proposé (article 409 (1) du *FW Act*),
- L'agent négociateur tente sincèrement de conclure une entente avec le chef d'entreprise concerné (article 413 (3) du *FW Act*),
- Le préavis de grève obligatoire (articles 413 (4) et 414 du *FW Act*),
- L'agent négociateur n'a « enfreint aucune ordonnance le visant à propos de l'accord collectif, ou d'une action collective liée à l'accord collectif, ou d'une question soulevée au cours de la négociation de l'accord » (article 413 (5) du *FW Act*),
- L'accord est arrivé à sa « date d'expiration » (article 413(6) du *FW Act*), et
- La *FWC* n'a pas autrement suspendu ou mis fin à une action revendicative liée aux négociations en cours (articles 423-426 du *FW Act*).

Lorsque l'action collective protégée est conforme aux conditions préalables susmentionnées et est engagée dans les 30 jours suivant le vote approuvant l'action, elle peut se poursuivre indéfiniment, sauf si une entente survient, ou si la *FWC* ordonne que l'action soit suspendue ou stoppée en raison de son impact sur les parties à la négociation ou sur des tiers.

---

1 Concernant l'obligation de vote, voir B. Creighton, C. Denvir et S. McCrystal, "Strike Ballots and the Law in Australia", *Australian Journal of Labour Law, 2016, Vol. 29, n° 2, p.* 121.

Une action qui n'est pas protégée (non conforme aux conditions légales) peut faire l'objet d'une injonction ou de dommages-intérêts en *Common law* pour toute une série de motifs, dont la rupture de contrat ou la réalisation d'une infraction économique[2]. En outre, une action qui n'est pas protégée peut faire l'objet d'une ordonnance par la juridiction du travail, la *FWC*, de cesser, de ne pas organiser ou d'éviter que soit menée un moyen de pression en vertu de l'article 418 du *FW Act*. Si une telle ordonnance est violée, une injonction ou une sanction civile peut être obtenue auprès de la Cour fédérale d'Australie.

Comme on peut le voir, mener un moyen de pression en toute légalité en vertu du *FW Act* implique pour les négociateurs de l'accord collectif de bien maîtriser la complexité des conditions préalables. Deux décisions récentes en Australie ont renforcé les difficultés en vue de s'engager dans une action légale et ont facilité les possibilités de remettre en cause la légalité de l'action collective.

## II – ACCÈS AU DROIT DE GRÈVE

L'une des conditions préalables aux actions revendicatives protégées figure à l'article 413 (5) du *FW Act*, selon lequel l'agent négociateur concerné n'a « enfreint aucune ordonnance le visant à propos de l'accord collectif, ou d'un moyen de pression lié à l'accord collectif, ou d'une question soulevée au cours de la négociation de l'accord ». Le sens de cette section a été récemment examiné par la Haute Cour (*High Court*) dans l'affaire *Esso Australia Pty Ltd v The Australian Workers Union* (*Esso*)[3].

Au cours des négociations en vue d'obtenir un accord d'entreprise, l'*Australian Workers Union* (*AWU*) a mené une action revendicative. L'employeur, *Esso Australia*, a obtenu une ordonnance en vertu de l'article 418 du *FW Act*, enjoignant à l'*AWU* de cesser l'organisation de l'action collective non protégée. Croyant à tort que l'action collective qu'elle organisait était protégée, l'*AWU* l'a poursuivie. Toutefois, le caractère non protégé de ce moyen de pression fut jugé ultérieurement, ce qui signifie que l'*AWU* mena, pendant une courte période, des actions collectives en violation de l'ordonnance de la *FWC*.

L'employeur demanda par la suite à la Cour fédérale d›Australie de déclarer que l'article 413 (5) du *FW Act* avait pour conséquence d'empêcher le syndicat d'entreprendre *tout* moyen de pression protégé dans le cadre des négociations relatives à l'accord en cause dans la mesure où l'*AWU* avait préalablement enfreint l'ordonnance de cesser le précédent moyen de pression non protégé.

Conformément à l'interprétation précédente de l'article, les tribunaux inférieurs statuaient que l'article 413 (5) n'empêchait nullement un moyen de pression protégé lorsque la violation d'une telle ordonnance avait été rectifiée ou que l'ordonnance était expirée[4]. Cela signifiait que si le syndicat remédiait à son infraction, ou n'était pas en infraction au moment où il cherchait à entreprendre une autre action collective, il pouvait entreprendre un moyen de pression protégé.

Cette approche a été rejetée en appel par la Haute Cour dans l'affaire *Esso,* avec une majorité de 4 contre 1. Considérant le contexte légal et l'historique de la disposition, il a

2 Voir A. Stewart *et al*, *Creighton and Stewart's Labour Law*, 6th ed, Federation Press, 2016, ch. 26.

3 [2017] HCA 54.

4 *Esso v AWU* (2015) 253 IR 304, *Esso v AWU* (2016) 245 FCR 39.

été conclu qu'un agent négociateur ne pouvait pas remplir les conditions préalables à un moyen de pression protégé si, à un moment quelconque des négociations de l'accord, il avait enfreint une ordonnance de la *FWC* ou d'un tribunal. Considérant le fait que le droit d'entreprendre un moyen de pression protégé constitue un « privilège », la Haute Cour estime que le but apparent de la disposition était « d'assurer que les personnes qui ont démontré qu'on ne pouvait pas leur faire confiance quant au respect d'une ordonnance concernant l'accord ou des questions relatives à la négociation dudit accord ne doivent pas pouvoir bénéficier de l'immunité accordée dans le cadre d'un moyen de pression protégé[5] ».

Ce jugement exclut effectivement tout moyen de pression protégé pour les salariés lorsque leur agent négociateur a enfreint une ordonnance de la *FWC* ou d'un tribunal pendant la négociation de cet accord, indépendamment des circonstances entourant la violation ou lorsque la violation est mineure, involontaire ou simplement technique. Tout moyen de pression légal est alors impossible jusqu'à la négociation ultérieure d'un autre accord.

Le régime du *FW Act* confère à la *FWC* le pouvoir de recourir à diverses mesures relatives à la négociation d'un accord, y compris des ordonnances de négocier de bonne foi et des ordonnances relatives à des actions collectives, afin de faciliter la conclusion équitable, efficace et flexible d'une entente. Les ordonnances font partie de l'esprit de la Loi, et les violations involontaires (ou non) sont courantes. Exiger le strict respect de toutes les décisions, sous peine de perdre l'accès à un moyen de pression protégé, a pour effet de judiciariser davantage un système qui devrait être suffisamment souple afin de s'adapter au flux et reflux naturel des conflits du travail qui sont l'essence de la négociation collective. Cela impose une restriction de l'accès au droit de grève qui constitue une « punition » pour les transgressions passées, aussi mineures soient-elles. En désaccord avec les juges majoritaires de la Haute Cour, le juge Gageler a fait observer, dans son opinion dissidente, que cette approche créait des hors-la-loi sociaux et n'était pas conforme à un régime juridique conçu pour être « équitable, souple et efficace[6] ».

## III – RESTRICTIONS DES ACTIONS DE GRÈVE

La deuxième décision ayant des implications profondes pour l'accès au droit de grève en Australie est celle relative à l'affaire *Sydney Trains*[7].*Sydney Trains* est la société gestionnaire du réseau de trains dans la banlieue de Sydney. Le Syndicat australien des chemins de fer, des tramways et des bus (*The Australian Rail, Tram & Bus Industry Union - RTBU*) représente les salariés de Sydney Trains. Au cours de négociations prolongées en vue d'un nouvel accord d'entreprise, le *RTBU* a notifié la tenue d'un moyen de pression protégé sous la forme d'un refus d'exécuter du travail en temps supplémentaire pour une période indéfinie et d'un arrêt de travail de 24 heures. Toutefois, avant que ce moyen de pression ne commence, *Sydney Trains* saisissait la *FWC* en vue d'en obtenir sa suspension.

L'article 424 du *FW Act* prévoit en effet que la *FWC* doit suspendre ou mettre fin à tout moyen de pression protégé qui menace de mettre en danger la vie, la sécurité personnelle ou le bien-être de la population ou d'une partie de celle-ci ou de causer des

5 [2017] HCA 54 [53].
6 [2017] HCA 54 [103], [104].
7 [2018] FWC 632.

dommages importants à l'économie australienne ou à une partie de celle-ci. Lorsque l'action est suspendue, elle peut reprendre après la suspension. Si elle est annulée, les parties entament alors une période de négociation post-clôture. Si elles ne parviennent pas à s'entendre sur les questions en suspens, la *FWC* peut arbitrer les questions qui restent en litige. *Sydney Trains* et le ministre ont fait valoir que l'action collective projetée mettrait en danger le bien-être des banlieusards faisant la navette pour venir à Sydney et causerait des dommages à l'économie locale.

La *FWC* a suspendu l'action collective pendant six semaines, estimant que le bien-être d'une partie de la population était menacé en raison du grand nombre de banlieusards faisant la navette et qui dépendent du système de trains pour se rendre au travail, à l'école ou pour « s'occuper de leurs affaires » et de la congestion accrue qui se produirait sur les routes[8]. Il y aurait aussi des dommages économiques pour la ville de Sydney, en raison de l'incapacité, pour les banlieusards faisant la navette, de se rendre sur leur lieu de travail[9].

Étant donné que l'action collective projetée a été suspendue et non pas annulée, le différend n'a pas été soumis à l'arbitrage. Après six semaines, le *RTBU* aurait pu, en théorie, organiser de nouveau une action syndicale. Toutefois, étant donné la similitude des circonstances, il était fort probable qu'une autre décision de suspension aurait alors été rendue ; toutefois, dans l'optique d'une décision d'annulation (et non de suspension) de la *FWC*, celle-ci aurait alors mené à l'arbitrage de toute question litigieuse restée en suspens.

L'article 424 du *FW Act* est conçu pour équilibrer, d'un côté, le droit de grève des salariés et, de l'autre, la nécessité de protéger la communauté des préjudices potentiels causés par le recours à la grève. La restriction des grèves qui sont organisées par les travailleurs des secteurs d'activités dont les services sont essentiels (comme les ambulanciers, les travailleurs hospitaliers et les pompiers) est raisonnable compte tenu de l'impact probable de ces grèves sur la santé et la sécurité publiques.

Cependant, l'interprétation de l'expression « mettre en danger le bien-être » dans l'article 424 du *FW Act* s'étend bien au-delà de ce que l'on considère habituellement comme un service essentiel. Dans une décision antérieure, concernant l'affaire *Monash University v NTEU*[10], un moyen de pression protégé mené par des universitaires a été suspendue parce qu'il a été jugé que la non-publication des résultats d'examen mettrait en danger le bien-être des étudiants de l'université. Ainsi la suspension de l'action pendant deux semaines a permis la communication de tous les résultats d'examen et a de ce fait, complètement miné l'impact de la grève. De même, la décision rendue dans l'affaire *Sydney Trains* peut effectivement exclure l'accès au droit de grève pour les travailleurs des transports publics lorsque l'action projetée a un impact important sur l'accès aux transports publics. Dans de tels cas, l'exercice du droit de grève a été contraint de céder face aux inconvénients et à l'inquiétude de ceux qui en auraient été affectés. Ce qui ne semble pas établir un équilibre adéquat. Les deux affaires examinées dans cet article illustrent l'idée que, dans le *FW Act*, le droit de grève n'est pas du tout un droit, mais plutôt un privilège. L'accès à ce privilège est anéanti lorsque les parties transgressent intentionnellement ou non les règles juridiques qui l'encadrent, ou lorsque l'action collective fait ce qu'elle est justement supposée faire, c'est-à-dire avoir un impact.

---

8 *Ibid* dans [44].

9 *Ibid* dans [46].

10 [2013] FWCFB 5982.

## Japon

YUKI SEKINE
Université de Kobé

# L'ASSURANCE DÉPENDANCE, UNE RESPONSABILITÉ ESSENTIELLEMENT LOCALE

Le 26 mai 2017 a été adoptée la loi (n° 52) « réformant la loi (de 1997) sur l'assurance dépendance, pour renforcer les programmes locaux intégrés de soins » (*Chiiki Houkatsu care-system*). Cette réforme s'inscrit dans une continuité visant à consolider les compétences des collectivités locales en matière d'aide aux personnes âgées dépendantes, ainsi qu'à en maîtriser les coûts toujours plus importants. L'on sait que le vieillissement de la population au Japon est très avancé (plus de 30 millions de japonais sont aujourd'hui âgés de plus de 65 ans, soit environ 1 japonais sur 4) et, parmi les défis importants qui en résultent, figure celui de la prise en charge de la dépendance, qui repose au Japon sur un système d'assurance publique mis en place en 2000. Au problème du financement, et donc de la soutenabilité de cette assurance, s'ajoute celui, lié au maintien du niveau de vie et de santé des générations vieillissantes et de leurs familles ; c'est à toutes ces questions que les réformes successives, y compris celle de 2017, tentent d'apporter des réponses.

Depuis sa mise en place en 2000, les dépenses liées à l'assurance dépendance n'ont cessé de croître à un rythme qui dépasse les prévisions, atteignant aujourd'hui près du triple de ce qu'elle coûtait au début (de 3 600 milliards de yen en 2000, à près de 10 000 milliards en 2017), dont résulte une hausse des cotisations à la charge des assurés, lors de chacune des 4 réformes dont elle a fait l'objet. Celles-ci sont versées par l'ensemble de la population âgée de 40 ans et plus, sur des bases différentes pour les personnes âgées de 65 ans et plus (les assurés de la première catégorie), et celles entre 40 et 64 ans (les assurés de la deuxième catégorie). Malgré ces lourdes dépenses, l'aide apportée aux parents dépendants demeure une charge importante pour les familles, notamment pour les aidants familiaux, parfois encore contraints de quitter un emploi stable pour s'occuper d'un parent, et/ou d'un époux.

Les deux lignes directrices de la dernière réforme concernent d'une part l'approfondissement et la promotion des systèmes intégrés de soins locaux (*chiiki-houkatsu care system)*, et d'autre part les mesures financières pour assurer la soutenabilité de l'assurance dépendance. Ces deux principes répondent à leur tour à une préoccupation plus générale qui consiste à promouvoir une culture de cohabitation sociale participative au niveau des municipalités, où chaque habitant prendrait une part plus active à l'action sociale au sein de sa communauté, avec pour objectif, dans ce cas, d'apporter une aide globale et intégrée à l'autonomie des personnes âgées, et lorsqu'elles sont dépendantes, de prévenir l'aggravation de leur état de dépendance.

La première ligne directrice, à savoir l'approfondissement des systèmes intégrés de soins locaux, se décompose en trois types de mesures : 1. Le renforcement des compétences des municipalités (*shichou-son*) dans la gestion de l'assurance, en élaborant un « plan » de gestion de l'assurance dépendance spécifique, comprenant des mesures destinées spécifiquement à la prévention de l'aggravation de l'état de dépendance, et la promotion de l'autonomie des personnes âgées ; 2. La promotion d'une collaboration plus étroite

entre les soins médicaux et ceux de l'aide à la dépendance, avec la création d'un nouveau type d'établissement destiné à l'hébergement des personnes dépendantes nécessitant des soins médicaux de longue durée, et la collecte de données nécessaires aux départements, pour la réalisation d'une meilleure coordination entre les soins médicaux et ceux relatifs à la dépendance ; 3. La promotion r des initiatives destinées à encourager une culture de cohabitation sociale participative (*chiiki-kyousei-shakai*) comprenant globalement toutes les politiques de l'action sociale y compris celles destinées aux personnes handicapées, aux enfants, etc., mettant en place des mesures qui permettent aux habitants de collaborer avec les municipalités dans la mise en place d'un système d'aide globale (ou intégrée) englobant tous les aspects de la vie quotidienne, ainsi que la promotion d'établissements combinant les aides aux personnes handicapées de moins de 65 ans, et celles destinées aux personnes âgées dépendantes, permettant par là même une transition plus linéaire entre les deux types d'aides.

Le seconde ligne directrice, consistant à assurer la soutenabilité de l'assurance dépendance, comprend les deux types de mesures suivantes : Augmenter le taux de reste à charge, qui est actuellement de 10 % des coûts en général, et 20 % pour les personnes disposant de revenus élevés (ou plus exactement comparables à la moyenne des personnes actives), pour atteindre 30 % des coûts pour ces derniers ; Étendre la base de calcul des cotisations des assurés de la 2ème catégorie (personnes entre 40 et 64 ans) à la rémunération globale, c'est-à-dire, comprenant les primes versées en supplément du salaire, afin d'augmenter encore les recettes, au moins pour les assurés dont les capacités contributives sont jugées suffisantes.

## I – LE RENFORCEMENT DES COMPÉTENCES DES MUNICIPALITÉS, GESTIONNAIRES DE L'ASSURANCE DÉPENDANCE

Afin d'assurer la soutenabilité de l'assurance dépendance à long terme, on considère que les municipalités sont les mieux placées pour analyser les besoins locaux, et mettre en place les mécanismes permettant aux habitants les plus âgés de vivre au sein de leur communauté, en évitant aussi longtemps que possible la perte d'autonomie. Les municipalités sont ainsi invitées, par la nouvelle loi, à analyser les données collectées par les départements, établir des indices d'évaluation, et mettre en place des mesures incitatives envers leurs populations afin de réaliser les objectifs fixés. L'État et les départements effectuent chacun pour leur part des analyses destinées à assister les municipalités dans leurs tâches.

## II – CRÉATION D'UN NOUVEAU TYPE D'ÉTABLISSEMENT DESTINÉ À L'HÉBERGEMENT DES PERSONNES DÉPENDANTES NÉCESSITANT DES SOINS MÉDICAUX DE LONGUE DURÉE

Le coût de l'hospitalisation des personnes âgées connaît une augmentation régulière du fait du vieillissement de la population ; c'est pourquoi la maîtrise des dépenses de santé, l'un des défis majeurs liés au vieillissement, repose pour une partie non négligeable sur la gestion de la dépendance, et notamment sur une coordination adéquate entre soins de santé et aide à la dépendance. Une telle coordination, outre l'effet bénéfique qu'elle peut avoir sur l'offre des services, par là mieux adaptée aux besoins des bénéficiaires, permettrait en même temps de réduire les dépenses superflues de santé en les remplaçant par des

prestations d'aide à la dépendance. C'est dans cette optique que la réforme de 2017, après de longues années de gestation, met en place un nouveau type d'établissement agréé par l'assurance dépendance, destiné à accueillir les personnes âgées dont le niveau de dépendance est élevé et qui nécessitent en même temps des soins hospitaliers de longue durée, le plus souvent du fait d'une maladie chronique. Ce nouveau type d'établissement, dénommé « établissement d'aide clinique et de dépendance » (*kaigo-iryou-inn*), répondrait à des critères d'habilitation spécifique, à cheval entre un établissement de type hospitalier et de soins à la dépendance. La réforme prévoit qu'à l'issue d'une période transitoire de six ans (fin 2023), les lits actuellement alloués aux personnes âgées dépendantes nécessitant des soins médicaux, dans les établissements hospitaliers seront supprimés et remplacés par les lits alloués aux établissements du nouveau type prévus par la nouvelle loi.

## III – PROMOTION DES INITIATIVES POUR L'ENCOURAGEMENT D'UNE CULTURE DE COHABITATION SOCIALE PARTICIPATIVE (CHIIKI-KYOUSEI-SHAKAI) ENGLOBANT L'ENSEMBLE DE L'ACTION SOCIALE

Ces mesures visent à repenser l'action sociale de manière globale, combinant tous les aspects de la vie quotidienne couverts par l'action sociale, afin d'apporter aux familles qui en ont besoin, une aide compréhensive répondant aux besoins aussi divers que composites pouvant naître au sein de leur collectivité. Pour une meilleure compréhension des besoins spécifiques à leur collectivité et leur population, les municipalités sont invitées à mettre en place des mécanismes de consultation des habitants dans le cadre de l'élaboration de leurs plans d'action sociale, en essayant de mettre en place une aide globale, intégrée, couvrant tous les aspects de la vie quotidienne. À titre d'exemple, la promotion d'établissements combinant les services d'aide aux personnes handicapées de moins de 65 ans, et ceux destinés aux personnes âgées dépendantes, est encouragée, pour permettre une transition plus linéaire et coordonnée entre les deux domaines d'action. Ce type d'établissement pouvant offrir à la fois des prestations d'aide aux personnes handicapées et aux personnes dépendantes, faisant l'objet de deux lois distinctes, feront l'objet de régulations particulières mises en œuvre dès 2018.

## IV – RÉVISION DU TAUX DE RESTE À CHARGE POUR LES PERSONNES ÂGÉES DOTÉES DE REVENUS SUFFISANTS

La première mesure visant à garantir la durabilité et la soutenabilité de l'assurance dépendance, concerne le taux de reste à charge des frais de soins de dépendance. Les aides versées couvrent en principe 90 % des frais liés aux soins de dépendance, alors que les 10 % restants demeurent à la charge de l'assuré. Ce remboursement de 90 % se fait dans la limite des montants plafonds définis par degré de dépendance et par localisation des services (plus coûteux en zone urbaine qu'en zone rurale). Les 10 % à charge de l'assuré sont eux-mêmes plafonnés en fonction des revenus de la personne, mais depuis 2015 (réforme de 2014), ce taux a été porté à 20 % des frais pour les personnes disposant d'une retraite suffisante, leur permettant d'avoir des ressources suffisantes. Ce taux sera désormais de 30 % (à partir d'août 2018) pour les assurés les plus aisés, apportant des fonds supplémentaires pour la gestion du système.

## V – LE FINANCEMENT DE L'ASSURANCE DÉPENDANCE

Afin d'augmenter les recettes de cotisations, le montant de la rémunération servant de base de calcul du montant, pour les assurés « du second alinéa » (ceux entre 40 ans et 64 ans, qui cotisent mais ne bénéficient pas encore des services, à l'exception de ceux âgés entre 60 et 64 ans atteints d'une maladie liée à la vieillesse, selon une liste exhaustive) sera désormais celui des revenus du travail dans leur entièreté, y compris les primes, saisonnières ou de fin d'année, etc. qui seront versées de manière régulière aux salariés. Les contributions de cette catégorie d'assurés assurent 28 % des fonds totaux de l'assurance dépendance, 25 % provenant du budget de l'État, 25 % des collectivités locales, et enfin 22 %, des cotisations des assurés de la première catégorie (ceux âgés de 65 ans et plus, pouvant bénéficier de l'aide si leur état de dépendance est reconnu par la commission compétente). Ces cotisations sont prélevées par les assurances maladie, et ensuite versés à l'assurance dépendance. Le fait d'effectuer ce calcul sur une assiette plus large aura pour effet d'augmenter le montant des cotisations afin de mieux maîtriser les finances de l'assurance maladie.

Pour conclure, comme l'on sait qu'il est préférable, pour ne pas aggraver l'état de santé et de dépendance d'une personne âgée en perte d'autonomie, qu'elle puisse continuer à vivre à son domicile, dans un environnement familier, et que les services d'aide soient effectués à domicile (c'est le cas des 3/4 des aides fournies dans le cadre de l'assurance dépendance, seul 1/4 étant des services en établissement), les collectivités locales, et plus spécifiquement les municipalités, ont un rôle important à jouer lorsqu'il s'agit d'identifier les besoins de leur population et d'adapter l'offre de services à ceux-ci. L'objet principal de la réforme de 2017 vise donc à renforcer cette compétence locale, et à impliquer les habitants dans ce processus, en les responsabilisant (par des mesures incitatives), d'une part, mais aussi d'autre part dans le but d'appréhender leurs besoins de manière plus juste, plus précise, et plus englobante.

# Autriche

GÜNTHER LÖSCHNIGG et ANTONIA CSUK
Université Karl-Franzens de Graz

## I – LE QUOTA DE FEMMES DANS LES CONSEILS DE SURVEILLANCE DES GRANDES ENTREPRISES

Avec la loi du 26 juillet 2017[1], le législateur autrichien s'est aligné sur l'exemple allemand[2] en instaurant de façon obligatoire un quota de représentation par sexe de 30 % dans toutes les entreprises cotées en bourse et dans toutes les entreprises de plus de 1 000 salariés. Le législateur autrichien est allé un peu plus loin que son équivalent allemand par l'inclusion notamment des entreprises non cotées dans le champ d'application de la nouvelle loi.

La mise en place d'un quota minimum légal devrait favoriser une participation la plus égale possible des hommes et des femmes dans l'économie : avec l'instauration de ce quota dans de grandes entreprises, le but est également de créer une référence pour tout le secteur privé. De nombreuses études attestent des effets positifs d'une augmentation de la proportion de femmes dans les conseils de surveillance des entreprises. La diversité ne conduit pas seulement à un élargissement des ressources par une plus grande hétérogénéité des capacités, des perspectives et des idées. Grâce aux comportements propres à chaque genre, on peut aussi obtenir un renforcement de la gouvernance d'entreprise. Si des problèmes de communication et de coopération peuvent apparaître plus facilement dans un conseil de surveillance hétérogène, les résultats des recherches montrent que la diversité des genres dans cet organe a dans l'ensemble des effets positifs sur l'entreprise à long terme[3].

### A – Les changements dans le droit des sociétés

Selon § 86 AktG[4], le conseil de surveillance des sociétés cotées et des sociétés anonymes de plus de 1 000 salariés doit être composé d'au moins 30 % de femmes et 30 % d'hommes, si :

- le conseil d'administration compte au moins six représentants des actionnaires (« *Kapitalvertreter* », membres désignés par les actionnaires) et si
- les effectifs au moins 20 % de femmes, et respectivement des hommes.

---

1 *Gleichstellungsgesetz von Frauen und Männern im Aufsichtsrat – GFMA-G* (Loi relative à l'égalité des hommes et des femmes dans le conseil de surveillance), *BGBl I 104/2017*.

2 *Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vom 30.04.2015 – GgTFMF* (Loi pour la participation égale des hommes et des femmes aux postes de cadre dans le secteur privé et dans les services publics)*, BGBl I allemand p. 642*.

3 Cité dans le programme de travail du gouvernement fédéral de janvier 2017/2018 à propos du « quota de femmes dans les conseils de surveillance », Suppléments 2226/a du Conseil National, législature XXV – *Beilagen zum NR 2226/a, XXV. GP.*

4 *Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Loi fédérale sur les sociétés anonymes), BGBl 98/1965*.

Ce quota obligatoire de femmes dans les conseils de surveillance ne s'applique pas seulement aux sociétés anonymes, mais *mutatis mutandis* aux sociétés à responsabilité limitée, aux sociétés coopératives ainsi qu'aux sociétés européennes.

### B – Les changements dans le droit du travail

Un élément central du model autrichien de participation des travailleurs aux affaires économiques réside dans la collaboration du personnel au conseil de surveillance des sociétés à capitaux. Selon § 110 ArbVG[5], un membre du conseil d'entreprise (« *Betriebsrat* ») est désigné comme délégué au conseil de surveillance, respectivement pour deux représentants des actionnaires. Par conséquent, la participation est à hauteur d'un tiers des travailleurs[6].

Le GFMA-G[7] a aussi modifié le § 110 ArbVG. Dans des entreprises où le quota de sexes s'applique aux représentants des actionnaires, il s'applique aussi à partir de 2018 aux représentants des travailleurs[8].

En principe, la loi prévoit une appréciation globale pour déterminer le quota de femmes : le pourcentage minimal de 30 % de femmes, respectivement d'hommes, doit être calculé de manière globale – en additionnant les représentants des actionnaires et ceux des travailleurs. Pourtant, si la majorité des représentants des actionnaires ou la majorité des représentants des travailleurs contredisent cette démarche, chaque groupe des représentants, c'est-à-dire les représentants des actionnaires ainsi que ceux des travailleurs doivent remplir le quota minimal chacun pour leur part.

### C – Les conséquences du non-respect des quotas

Chaque élection ou désignation des délégués au conseil de surveillance qui contrevient au règlement du quota minimal est nul et de nul effet.

En principe, les nouvelles dispositions concernant la parité entre les femmes et les hommes dans les conseils de surveillance sont entrées en vigueur le 1er janvier 2018. Mais ne sont pas concernés les conseils de surveillance en cours d'exercice. Le nouveau règlement ne s'applique qu'aux membres des conseils de surveillance élus ou délégués après le 31 décembre 2017.

---

5 *Arbeitsverfassungsgesetz (Loi sur l'organisation du travail), BGBl 22/1974.*

6 *Cf. par exemple déjà Löschnigg, Die Entsendung der Betriebsräte in den Aufsichtsrat – Organisationsrechtliche Probleme des § 110 ArbVG, Graz 1985 ; Marhold, Aufsichtsratstätigkeit und Belegschaftsvertretung, Vienne 1985.*

7 *Cf. note 1.*

8 Voir Bremm, *Geschlechterquoten im Aufsichtsrat, ecolex 2018, p. 270 ; Rauter, Gleichstellung im Aufsichtsrat, JAP 2017/2018, p. 13 ; Walch, Die Frauenquote im Aufsichtsrat, ÖBA 2018, p. 110.*

## II – L'égalité des droits entre salariés et employés

Le droit du travail autrichien différencie encore deux grands groupes de travailleurs, à savoir les ouvriers (« *Arbeiter* ») des employés (« *Angestellte* »)[9]. Les employés sont des travailleurs, occupés à des services commerciaux, des services d'encadrement non-commerciaux ou à des tâches administratives[10]. Ces critères ont été fixés légalement dans les années 1862, 1910 et 1921 et sont toujours en vigueur[11]. Ce groupe de travailleurs disposent de règles légales propres qui leur sont plus favorables que celles applicables aux autres travailleurs. Cette distinction n'est plus opportune, voire est contraire à la Constitution[12]. C'est la raison pour laquelle la loi du 13 novembre 2017, BGBl I 153/2017[13], prévoit une harmonisation du droit du travail sur le maintien de la rémunération en cas d'empêchement de travailler ainsi que sur les délais de préavis.

### A – Le maintien de la rémunération en cas de maladie ou d'accident du travail

Les travailleurs ont maintenant uniformément le même droit au maintien de la rémunération en cas de maladie ou d'un d'accident d'une durée minimale de six semaines. Ce droit au maintien de la rémunération varie en fonction de l'ancienneté du travailleur, huit semaines pour un an d'ancienneté, dix semaines jusqu'à 15 ans et 12 semaines au-delà de 25 ans. Pour les quatre semaines suivantes d'arrêt, le travailleur conserve le droit à la moitié du salaire[14].

Dans le cas où un travailleur tombe malade une année durant laquelle il a épuisé son droit au maintien de la rémunération si la maladie persiste l'année de travail suivante, il retrouve de nouveau le droit au maintien de la rémunération complète à partir de la nouvelle année de travail[15].

En cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle le droit au salaire existe pour une durée de huit semaines en dehors de toute autre considération. Après 15 ans d'ancienneté, ce droit s'élève à dix semaines. Il est, contrairement au droit en cas de

---

9 *Cf. Löschnigg, Arbeitsrecht*[13], Vienne 2017, p. 188.

10 Löschnigg dans Löschnigg (dir.), *AngG Bd 1*[10], Vienne 2016, § 1 N. 94 et suiv. ; Schrammel dans Marhold/Burgstaller/Preyer (dir.), *AngG (Losebl), § 1 N. 40 et suiv. ; Drs dans Neumayr/Reissner (dir.), Zeller Kommentar*[2], Vienne 2011, § 1 AngG N. 14 et suiv.

11 OGH 20.10.1981, 4 Ob 157/80, Arb 10.045 = DRdA 1984, 43 avec une analyse de Löschnigg = ZAS 1982, p. 183 avec une analyse de Andexlinger.

12 Drs, *Arbeiter und Angestellte, Vienne 1999 ; Resch, Unterschiedliche Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte verfassungswidrig, DRdA 1991, p. 79 ; Mazal, Kündigungsfristen und Gleichheitssatz, ecolex 1990, p. 495 ; Runggaldier, Verfassungswidrigkeit ungleicher Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte? RdW 1990, p. 380.*

13 Référence de publication au journal officiel autrichien.

14 Gleißner/Köck, *Die Neuregelung der Kündigungsfristen und -termine, ZAS 2017, p. 330 ; Glowacka, Angleichung Arbeiter - Angestellte bei der Entgeltfortzahlung, ZAS 2017, p. 339 ; Stegmüller, Angleichung der Entgeltfortzahlungssysteme: Auswirkungen auf kollektivvertragliche Entgeltfortzahlungsansprüche, ZAS 2017, p. 343.*

15 Concernant la situation juridique avant l'harmonisation des droits des employés et des ouvriers cf. notamment OGH 28. 1. 1999, 8 ObA 163/98y, ZAS 1999, p. 167 avec une analyse de Pernkopf ; Rothe, *Entgeltfortzahlung, Neues Jahr – neuer Anspruch? Alles beim Alten?, ecolex 2010, p. 518.*

maladie (ou d'accident, « *Unglücksfall* »), soumis à la condition de la survenance d'un événement concret. Il ne peut s'agir que d'un empêchement de travailler ayant un lien de causalité direct avec un accident du travail ou une maladie professionnelle (une maladie consécutive).

Si un empêchement de travail continu causé par un accident du travail ou une maladie professionnelle persiste au cours d'une nouvelle année de travail, le travailleur ne recouvre pas le droit au maintien de la rémunération – contrairement au cas de la maladie. Pour que ce droit soit à nouveau ouvert au cours de la nouvelle année de travail, il faut que le travailleur ait repris son travail entretemps.

Si un salarié travaille pour le compte de plusieurs employeurs, le droit au maintien de la rémunération de huit et dix semaines respectivement en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle existe seulement à l'égard de l'employeur dans l'entreprise duquel l'accident du travail est survenu ou la maladie professionnelle a surgi. À l'égard des autres employeurs, le travailleur n'a qu'un droit équivalant à celui en cas d'une maladie (non-professionnelle).

Par convention collective ou accord d'entreprise, il peut être stipulé que le droit au maintien de la rémunération n'est pas calculé sur l'année de travail–mais sur l'année civile.

### B – Le maintien de la rémunération en cas d'autre empêchement de travailler

Dans le cas d'autres raisons inhérentes à la personne du travailleur (mariage, examen de dépistage, rendez-vous administratif, décès d'un proche parent), le travailleur a droit au maintien de la rémunération pour « une période relativement courte ». Pour les travailleurs qui ne peuvent pas être qualifiés d'employés, la convention collective pouvait interpréter librement ce qu'il faut entendre par « période relativement courte »[16]. La convention collective pouvait prévoir aussi des durées moins favorables que la loi. À partir du 1er juillet 2018, la convention collective ne doit plus stipuler de dispositions moins favorables.

### C – La résiliation du contrat de travail

Depuis le XIXème siècle, le droit du travail autrichien fait aussi une différence entre les ouvriers et les employés concernant les modalités de résiliation du contrat de travail. La loi du 13 novembre 2017, BGBL I 153/2017, a aussi apporté des modifications à ce sujet en appliquant les dispositions sur la résiliation pour les employés à tous les travailleurs. – Ceci étant dit, une période transitoire assez longue a été prévue : le nouveau droit de résiliation ne s'appliquera qu'à partir du 1er janvier 2021 !

16 *Cf. par exemple Melzer-Azodanloo dans Löschnigg (dir.), AngG Bd 1*[10], Vienne 2016, § 8 N. 218; Windisch-Graetz, *Freistellung bei Entgeltfortzahlung aus religiösen Gründen, ZAS 2017, p. 26.*

# Bulgarie

ANNA FILCHEVA
Université de Plovdiv, "Paisii Hilendarski", Plovdiv

## LES NOUVELLES GARANTIES DES CRÉANCES SALARIALES

Le 13 décembre 2017, l'Assemblée nationale a adopté la loi pour l'amendement et le supplément au Code du travail, promulguée et publiée au Journal officiel, n°102 de 2017. La loi est entrée en vigueur le jour de sa promulgation, le 22 décembre 2017, à l'exception des dispositions octroyant un nouveau pouvoir de l'inspection du travail de déposer une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité de l'employeur entrant en vigueur le 31 mars 2018. Les dispositions finales de la loi apportent aussi des modifications à quatre autres lois parmi lesquelles le Code de procédure civile, la loi sur les créances garanties des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur et la loi sur le commerce. L'objectif de ces amendements et suppléments est d'introduire de nouvelles garanties de créances salariales à travers une augmentation des compétences de l'autorité de contrôle (I) et de la possibilité des salariés d'obtenir satisfaction de leurs créances salariales (II).

### I – L'ÉLARGISSEMENT DES COMPÉTENCES DE L'AUTORITÉ DE CONTRÔLE

Les pouvoirs de l'inspection de travail ont été étendus dans trois directions. Il s'agit en premier lieu d'un élargissement des compétences de l'autorité de contrôle quand elle exerce le contrôle sur le respect du droit du travail (A), en deuxième lieu de se pouvoirs supplémentaires dans le domaine du droit commercial – vérifier l'exactitude des faits concernant le paiement des créances salariales déclarés auprès de l'Agence d'enregistrement (B)- et en troisième lieu de déposer une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité de l'employeur (C).

#### A – Les nouveaux pouvoirs de l'Inspection du travail en matière de contrôle du droit du travail

La modification de l'article 399, al.1 du Code du travail vient de reconnaître à l'inspection du travail le pouvoir d'exercer, outre le contrôle général du respect du droit du travail, celui du paiement des salaires et des autres créances salariales qui peut être exercé de manière autonome y compris lorsque la relation de travail est déjà résiliée. À cet égard, l'article 404, al. 1.12 nouveau du Code du travail permet à l'inspection du travail de mettre en demeure l'employeur de payer des salaires et d'autres créances salariales. L'inspection du travail peut être saisie par le salarié concerné ou agir d'office. Selon la disposition ajoutée à l'article 404, al. 3 du Code du travail, la demande du salarié ne peut être formulée qu'avant la saisine du juge. En cas de contradiction entre la mise en demeure de l'inspection du travail et la décision du tribunal, c'est celle-ci qui prévaut.

Avant, l'inspection du travail pouvait imposer une mise en demeure à l'employeur pour le paiement des créances salariales impayées, dans la mesure où le non-paiement

en temps voulu de la rémunération constitue une violation de la législation du travail. La nouveauté réside dans le fait que cette mise en demeure peut être notifiée non seulement pendant la durée du contrat de travail mais aussi une fois la relation de travail résiliée. Ce changement s'inscrit en faux avec la jurisprudence constante de la Cour administrative suprême selon laquelle l'inspection du travail ne peut pas résoudre des litiges entre les salariés et les employeurs nés de relations de travail déjà résiliées[1].

Dans le cadre de la nouvelle compétence de l'inspection du travail, il est également explicitement prévu un délai de paiement de certaines compensations dues à la rupture du contrat de travail, dont la compensation pour préavis non respecté, la compensation due par l'employeur lors de la résiliation unilatérale du contrat de travail dans certains cas prévus par le Code du travail et l'indemnité compensatrice de congés payés. Selon le nouvel al. 3 de l'art. 228 du Code du travail, le délai de paiement de ces compensations est fixé jusqu'à la fin du mois suivant la rupture de la relation de travail, sauf régime plus favorable prévu par convention collective. Ce changement ne profite pas aux salariés qui jusqu'ici pouvaient réclamer lesdites compensations à partir de la résiliation du contrat de travail.

### B – Les nouvelles compétences de l'inspection du travail de vérification de l'exactitude du paiement des créances salariales

La Loi a également introduit des modifications de la loi sur le commerce. Selon l'art. 15, al. 4 et l'art. 129, al. 1 de la loi sur le commerce, les entreprises commerciales et les parts sociales ne peuvent être transférées que si les salaires, les compensations et les cotisations sociales des salariés, y compris ceux dont les contrats de travail ont été résiliés durant les trois années précédant le transfert, sont payés.

Avec les dernières modifications de la loi sur le commerce (entrée en vigueur le 16 février 2018), il a été établi que les associés/actionnaires qui vendent des entreprises commerciales et des parts sociales doivent déclarer le paiement des créances salariales auprès de l'Agence d'enregistrement qui en informe immédiatement l'inspection du travail. L'inspection du travail procède, sur la base d'une alerte ou de sa propre initiative, à une vérification des faits déclarés. Si elle constate une fausse déclaration, elle transmet les résultats de l'enquête à l'autorité de poursuite pénale, qui peut saisir le juge pénal bulgare.

### C – Les nouveaux pouvoirs de l'inspection du travail en cas de procédure d'insolvabilité de l'employeur

La nouvelle disposition de l'art. 399, al. 3 du Code du travail, vient d'introduire le pouvoir de l'inspection du travail de demander au tribunal d'ouvrir une procédure d'insolvabilité de l'employeur. Deux conditions doivent être réunies selon l'article 625 de la loi sur le commerce :

- l'employeur doit avoir au moins deux mois de retard dans le paiement des créances salariales ;

1 Décision n° 15296 du 03.12.2012 de la Cour administrative suprême, section VI ; Décision n° 8519 du 13.06.2012 de la Cour administrative suprême, division IV ; Décision n° 6583 du 15.03.2015 de la Cour administrative suprême, section IV ;

- il s'agit des créances salariales exigibles pour rémunérations impayées concernant au moins un tiers des salariés ;

Concernant la deuxième condition, l'art. 245 du Code du travail doit être pris en compte qui précise que la loi garantit le paiement de 60% du salaire brut au salarié, et au moins le salaire minimum du pays, le restant étant exigible avec les intérêts légaux. L'effet de cette règle est qu'elle permet aux employeurs en difficulté financière de ne pas payer la totalité du salaire des salariés.

Le Médiateur de la République de Bulgarie, Maya Manolova, a fait un recours devant la Cour constitutionnelle demandant à ce que soit déclarée l'inconstitutionnalité de l'art. 245 du Code du travail, en raison de sa contrariété avec nombre de principes constitutionnels, y compris celui d'une rémunération correspondant au travail effectué. En désaccord sur ce point, la Cour constitutionnelle n'a pas atteint la majorité requise pour émettre un avis et a rejeté la demande du Médiateur[2].

La question principale qui se pose ici est de savoir si l'inspection du travail peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité de l'employeur qui a, conformément à l'art. 245 du Code du travail, versé les salaires sur une période de plus de deux mois à au moins le tiers des salariés. Dans cette hypothèse, il existera également une créance salariale non satisfaite correspondant à l'écart entre le salaire versé (60% ou plus du salaire brut) et la rémunération convenue. Malheureusement, la réponse ne figure pas dans la loi. C'est pourquoi, on attend l'interprétation du juge.

## II – LA POSSIBILITÉ DES SALARIÉS D'OBTENIR SATISFACTION DE LEURS CRÉANCES SALARIALES

La satisfaction des créances salariales est possible également à travers des poursuites individuelles selon une procédure désormais simplifiée (A). En cas d'insolvabilité de l'employeur, les salariés peuvent aussi bénéficier du fonds spécial qui garantit les créances salariales dans les conditions maintenant allégées (B).

### A – Une procédure simplifiée pour des poursuites individuelles

Le nouvel alinéa 6 de l'art. 404 du Code du travail permet au salarié d'obtenir une copie de la mise en demeure délivrée par l'inspection du travail en vertu de l'art. 404, al. 1, p. 12 du Code du travail pour les créances salariales impayées par l'employeur. Il ne s'agit que des mises en demeure établies par l'inspection du travail dans le cadre de sa nouvelle compétence d'exercer un contrôle du paiement des créances salariales une fois la relation de travail résiliée.

Sur la base de la mise en demeure, le salarié peut saisir directement le tribunal civil en bénéficiant d'une procédure simplifiée pour poursuites individuelles prévue à l'art. 417 du Code de procédure civile, désormais complété avec un nouveau point 8. Contrairement à la procédure ordinaire, le juge vérifie si le document est dûment délivré et certifie une créance exécutoire contre l'employeur. L'employeur ne peut la contester qu'après la

2 Décision n° 1 du 16 janvier 2018, promulguée au *Journal officiel*, n° 10 de 2018.

délivrance du titre exécutoire. La poursuite devant le tribunal ne peut être effectuée qu'une fois la mise en demeure de l'inspection du travail devenue définitive, ce qui peut engendrer un certain retard.

### B – Élargissement des possibilités de satisfaction en cas d'insolvabilité de l'employeur

Suite à la réforme de l'art. 4, al. 1 de la Loi sur les créances garanties des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, a été élargi le cercle des salariés qui peuvent réclamer leurs créances auprès du fonds spécial crée en vertu de la Loi et financé notamment par des cotisations sociales dues par l'employeur. Dorénavant, la Loi s'applique aux salariés qui sont ou qui ont été employés par un employeur impliqué dans une procédure d'insolvabilité, indépendamment de la durée du contrat de travail et de la durée du travail. Il n'est plus nécessaire que la relation de travail soit en cours d'exécution à la date d'entrée en vigueur de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou qu'elle ait été résiliée au cours des trois derniers mois précédant cette date.

La période de référence augmente également. L'art. 22, al. 1 de la Loi modifié prévoit que les créances salariales garanties sont les 6 derniers salaires mensuels et les indemnités dues calculées mais non versées par l'employeur au cours des 36 derniers mois calendaires précédant le mois au cours duquel la procédure d'insolvabilité a été inscrite auprès de l'Agence d'enregistrement.

Le montant mensuel maximum des créances salariales garanties continue d'être fixé annuellement par la loi sur le budget des assurances sociales de l'État et ne peut pas être inférieur à deux fois et demie le salaire minimum (510 BGN (260.76 EUR environ) pour 2018) à la date d'enregistrement de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité auprès de l'Agence d'enregistrement. Le montant mensuel maximum des créances salariales garanties pour 2018 est de 1300 BGN (920.33 EUR environ). Selon le nouvel alinéa 3 de l'art. 22 de la Loi, quand il s'agit de compensations dues en vertu d'une loi ou d'une convention collective, les créances salariales garanties sont égales aux compensations impayées plafonnées à quatre fois le salaire minimum à la date de la rupture de la relation de travail.

La procédure commence à la demande du salarié qui dépose une déclaration à l'Institut national de sécurité sociale dans un délai désormais fixé à trois mois à partir de la date d'enregistrement de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou, dans le cas des entreprises multinationales, à compter de la date à laquelle des salariés de l'employeur en Bulgarie ont été informés de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un autre pays.

En conclusion, même si certaines modifications sont critiquables elles peuvent être évaluées positivement. Il ne fait aucun doute qu'elles sont nécessaires en raison du grand nombre de retards de paiement des salaires. Elles garantissent aussi le droit constitutionnel à la rémunération prévu à l'art. 48, al. 5 de la Constitution bulgare. Le temps montrera si le but de ces réformes, d'assurer le paiement des salaires et d'autre créances salariales, a été atteint.

# Fédération de Russie

ELENA SEREBRYAKOVA
Université d'Etat de technologie de Moscou N.E. Bauman

## I – LES SALAIRES

Il convient tout d'abord de noter que le projet de loi sur l'augmentation du salaire mensuel minimum a été adopté et est entré en vigueur le 1er janvier 2018[1]. Ce projet, présenté au 2ème semestre[2], a été voté sans modification des montants. Actuellement, le salaire mensuel minimum est fixé à 9 489 roubles, ce qui représente 85 % du minimum vital de la population active durant le deuxième trimestre *de 2017. Selon la loi*, à partir de 2019, le salaire minimum sera ajusté sur le minimum vital du deuxième trimestre de l'année précédente. À partir du 1er janvier 2018, ce montant est fixé par le ministère du travail et de la protection sociale en coordination avec le *ministère* du *développement économique et le ministère des finances*[3]. Par ailleurs, un autre projet, n° 374313-7, a été déposé devant la Douma d'État qui prévoit que le salaire minimum atteindra le minimum vital (11 163 roubles) le 1er mai 2018.

La loi du 5 février 2018[4] a modifié l'article 131 du Code du travail, qui déterminait la règle du paiement du salaire uniquement en roubles. Elle met un terme à l'incohérence entre cet article et les dispositions de la Loi sur la réglementation des d*evises* et le *contrôle* des changes[5]. Cette dernière autorise les entreprises russes à verser le salaire en devises étrangères au salarié étranger. Des dispositions régissent la perception par le salarié russe travaillant pour une société russe en dehors du territoire de la Russie de son salaire en devises étrangères. Par exemple, une entreprise russe a le droit de verser le salaire dans une autre devise que le rouble si le salarié russe travaille dans un bureau de représentation situé à l'étranger, qui n'est pas une filiale.

---

1 Федеральный закон от 28.12.2017 n°421-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части повышения минимального размера оплаты труда до прожиточного минимума трудоспособного населения ». http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201712290015

2 Voir A. Alexandrova. « Le salaire minimum, » *Revue de Droit Comparé du travail et de la Sécurité Sociale*, n° 2017/3, p. 196-199.

3 П. 1 Постановления Правительства РФ от 30.12.2017 n°1702 «О порядке установления величины прожиточного минимума на душу населения и по основным социально-демографическим группам населения в целом по Российской Федерации ». http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201712310055

4 Федеральный закон от 05.02.2018 n°8-ФЗ «О внесении изменения в статью 131 Трудового кодекса Российской Федерации ». http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201802050024

5 Федеральный закон от 10.12.2003 № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле »

## II – LES ALLOCATIONS FAMILIALES

La situation démographique en Russie qui s'est dégradée fortement après la chute de l'URSS, a commencé à se stabiliser légèrement en 2013 ; cependant le taux de natalité restait en dessous du niveau de l'année 1990 (1,9 enfants par femme). Actuellement, il rechute (1,6 enfants en janvier – novembre 2017)[6]. La Russie a perdu 122 000 habitants de janvier à octobre 2017, alors qu'à la même période en 2016, la population du pays a augmenté de 18 600 habitants[7]. La baisse naturelle de la population est *compensée* par l'*immigration*. La dernière mesure importante pour soutenir la démographie a été l'instauration en 2007 du « capital maternel », par la Loi sur les mesures supplémentaires de soutien de l'État aux familles avec enfants[8]. Le capital maternel est une allocation spécifique financée par le budget fédéral. Fixé pour 2007 à 250 000 roubles (environ 7 143 euros), ce montant a été réévalué chaque année jusqu'en 2015 en fonction de l'inflation. Il a été gelé à 453 026 roubles (environ 6 500 euros) en avril 2015.

Pour devenir allocataire, il n'est pas nécessaire d'être affilié au régime obligatoire de sécurité sociale. Ce sont uniquement, les citoyens russes qui ont le droit à l'aide sociale sous la forme du capital maternel qui n'est versé qu'une seule fois : les mères (ou les pères seuls), de deux enfants ou plus, y compris adoptés, dont au moins l'un est né (ou adopté) à partir 1er janvier 2007. Ces personnes disposent du capital maternel sur la base d'un certificat spécial délivré par le Fond de pension. En règle générale, jusqu'en 2018, ils ne pouvaient l'utiliser, intégralement ou partiellement, qu'à l'expiration d'un délai de trois ans à partir de la naissance (ou adoption) du deuxième, ou des enfants nés ultérieurement, et uniquement aux fins d'amélioration des conditions de vie, d'éducation des enfants, de constitution d'une épargne retraite (pour les femmes), de financement d'achats de matériel et/ou de services destinés à faciliter l'intégration sociale des enfants handicapés. Ce capital maternel ne pouvait pas être versé en espèces.

Les résultats de cette mesure ne sont pas évidents. Elle n'a pas provoqué de baby-boom en 2007, ni plus tard. Pour autant, la simple analyse de données statistiques montre que le taux de natalité, très bas sur la période 1995-2006, a augmenté significativement jusqu'à 2017, quand le gouvernement a annoncé de nouvelles mesures pour soutenir les familles avec des enfants. Initialement, le programme de capital maternel avait été lancé pour 10 ans. En 2015, son terme a été prolongé jusqu'à 31 décembre 2018.

La loi n° 432-Ф3 du 28 décembre 2017[9] a établi que le capital maternel peut être attribué aux parents si le deuxième enfant ou suivant est né avant le 31 décembre 2021. Le programme ne s'achèvera donc pas en 2018. Selon cette loi, le capital maternel peut être versé en espèces mensuellement aux allocataires russes qui résident en Russie à

6 Les informations sur la situation démographique en Russie sont disponibles sur le site de l'agence des statistiques Rosstat
http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/population/demography/#

7 Voir les informations sur la situation socio-économique en Russie en 2017 publié par l'agence des statistiques Rosstat, p. 117.
http://www.gks.ru/free_doc/doc_2017/info/oper-12-2017.pdf

8 Федеральный закон от 29.12.2006 n° 256-Ф3 «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей »

9 Федеральный закон от 28.12.2017 n°432-Ф3 «О внесении изменений в Федеральный закон «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей ».
http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201712290001

condition que le quotient familial ne dépasse pas 1,5 fois le minimum vital de la population active. Le versement mensuel correspond au minimum vital des enfants. Il est entendu que l'expression « minimum vital » désigne le montant établi au niveau régional pour le deuxième trimestre de l'année précédant l'année de la demande d'allocation. Cette nouvelle mesure est accessible aux parents ayant le deuxième enfant ou le suivant né ou adopté à partir le 1er janvier 2018. Les versements seront effectués jusqu'aux 18 mois de l'enfant.

Une autre modification importante vise les cas exceptionnels d'utilisation du capital maternel avant le troisième anniversaire de l'enfant. La liste des situations justifiant cette utilisation exceptionnelle a été élargie. Dorénavant, les allocataires peuvent utiliser le capital maternel à partir de la naissance (ou adoption) du deuxième enfant ou du suivant non seulement pour payer les frais de garantie pour l'achat d'un logement, rembourser le prêt immobilier et acheter du matériel destiné à faciliter l'intégration sociale des enfants handicapés, mais également pour couvrir les frais de garde en crèche ou en école maternelle et pour recevoir le versement mensuel mentionné ci-dessus. Dès 2013, les allocations mensuelles pour toute naissance ou adoption à partir du troisième enfant ont été mises en œuvre dans les régions aux situations démographiques les plus inquiétantes. En 2017, cette prestation existait dans 67 régions sur 85, dont 50 recevaient les dotations budgétaires fédérales. En 2018, leur nombre passera de 50 à 60.

Une nouvelle allocation mensuelle financée par le budget fédéral, en vertu de la loi n° 418-Ф3 du 28 décembre 2017[10], est entrée en vigueur en 2018. Les citoyens russes peuvent en bénéficier sans avoir cotisé. En effet, à partir du 1er janvier 2018, les familles russes qui ont leur premier enfant ont droit à cette allocation. Le montant et les conditions à remplir sont les mêmes que celles établies pour obtenir le versement mensuel du capital maternel. En cas de naissance (ou adoption) simultanée de deux enfants, la famille a la possibilité d'obtenir deux nouvelles allocations – l'une, financée directement par le budget, et l'autre, par le biais d'utilisation du capital maternel.

Par exemple, à Moscou, où le minimum vital de la population active pour le deuxième trimestre de l'année 2017 est de 18 742 roubles (environ 272 euros)[11], une famille avec trois enfants (un nouveau-né inclus) sera en mesure de percevoir un versement si son revenu total n'excède pas 84 339 roubles (environ 1 222 euros). Le montant de l'allocation mensuelle sera de 14 252 roubles (environ 207 euros), le minimum vital des enfants. La même famille, qui habite à Saint Pétersbourg, peut obtenir 10 367,90 roubles (environ 150 euros) si le revenu de la famille ne franchit pas la limite de 53 236,35 roubles (environ 772 euros), puisque le minimum vital de la population active dans cette ville est 11 830,30 roubles (environ 171 euros)[12].

---

10 Федеральный закон от 28.12.2017 n°418-Ф3 «О ежемесячных выплатах семьям, имеющим детей »
http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201712280088

11 Постановление Правительства Москвы от 12.09.2017 n° 663-ПП «Об установлении величины прожиточного минимума в городе Москве за II квартал 2017 г. ».
https://www.mos.ru/authority/documents/doc/36932220/

12 Постановление Правительства г. Санкт-Петербурга от 17.08.2017 n°693 «Об установлении величины прожиточного минимума на душу населения и для основных социально-демографических групп населения в Санкт-Петербурге за II квартал 2017 года ».
https://npa.gov.spb.ru/SpbGovSearch/Document/16789.html

Sachant qu'en janvier 2018, selon les données officielles des statistiques, le taux de chômage des jeunes de moins de 25 ans a atteint 20,1 %[13], et que le montant des indemnités de chômage n'a pas été modifié depuis 2008, son maximum étant de 4 900 roubles (environ 71 euros), il est évident que la nouvelle allocation sera un soutien financier important, surtout pour les jeunes parents.

Il convient, par ailleurs de noter, que cette aide peut être cumulée avec les allocations de la sécurité sociale, dont, l'« allocation de grossesse et d'accouchement » (« пособие по беременности и родам »), la prime de naissance, l'indemnité mensuelle de congé parental. Leur montant respectif a été légèrement augmenté (multiplié par 1,025 fois) à partir de 1er février 2018[14]. Certaines prestations ont un caractère plutôt symbolique, notamment, la prestation de 632,76 roubles (environ 9 euros) versée aux femmes qui ont déclaré leur grossesse avant la fin de la 12ème semaine de grossesse.

## III – LES PENSIONS

Le 1er janvier 2018 la loi n° 162-Ф3 du 18 juillet 2017, introduisant une nouvelle pension, est entrée en vigueur. Elle est destinée aux enfants de parents inconnus, c'est-à-dire, aux enfants abandonnés dans les hôpitaux ou trouvés dans la rue. Ces enfants, selon la législation russe, n'ont pas de parents mentionnés dans leur certificat de naissance. En ce qui concerne les enfants nés en Crimée de parents inconnus avant mars 2014, selon la législation ukrainienne, les informations mentionnant les parents sont fausses. Les auteurs du projet de loi ont pris en compte ce fait en élaborant un texte de loi donnant le droit à tous les enfants russes quel que soit leur lieu de naissance de bénéficier de la nouvelle pension.

Les enfants de parents inconnus ont droit à la « pension sociale » à partir du jour de délivrance de leur certificat de naissance jusqu'à l'âge de 18 ans ou jusqu'à la fin de leur formation professionnelle suivie à temps plein dans des établissements d'enseignement. En toute hypothèse, le versement de la pension est suspendu lors du 23ème anniversaire. S'il est adopté, l'enfant perd le bénéfice de sa pension. Le montant mensuel de la pension fixé par la loi est de 10 068,53 roubles (environ 146 euros). Elle est financée par le budget fédéral mais versée par le Fond de pension.

Cette nouvelle prestation a mis fin à l'inégalité entre les enfants nés de parents inconnus et les orphelins, qui en bénéficiaient depuis 1956. Selon les données officielles, le nombre d'enfants nés de parents inconnus en Russie est faible. En avril 2016, ils n'étaient que 880[15], ce qui fait que cette nouvelle disposition n'aura pas un impact important sur le budget de l'État russe.

---

13 Les informations sur l'emploi et le chômage en Russie en janvier 2018 sont disponibles sur le site de l'agence des statistiques Rosstat http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/wages/labour_force/

14 Постановление Правительства РФ от 26.01.2018 n°74 «Об утверждении коэффициента выплат, пособий и компенсаций в 2018 году». http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201801300027

15 La lettre explicative au projet de loi fédérale n° 22435-7. http://www.duma.khv.ru/Monitoring5/%D1%84%D0%B0%D0%B9%D0%BB/1732394/8430_5-1-4-pdf

MARYSE BADEL
UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

# INDEMNISATION DU CHÔMAGE : LA RÉFORME EST EN MARCHE

La couverture du chômage en France est doublement originale. Alors que le chômage peut être perçu comme un risque social par excellence et qu'il est l'un des neuf risques de sécurité sociale admis par la Convention n° 102 de l'OIT, sa couverture est organisée en France en marge de la Sécurité sociale. Même si elle emprunte aujourd'hui aussi bien aux techniques de sécurité sociale avec les prestations qui relèvent de l'assurance et aux techniques de l'aide sociale avec les prestations qui relèvent de l'assistance, l'indemnisation du chômage est en effet gérée par des organismes spécifiques distincts des caisses de Sécurité sociale, Pôle emploi au niveau local pour le versement des prestations et l'Union nationale pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (UNEDIC) pour la gestion nationale du Régime d'assurance chômage. Ceci s'explique par le contexte dans lequel a été créée la Sécurité sociale en 1945. Le marché du travail était alors marqué par une pénurie de main-d'œuvre, ce qui n'était guère propice à placer le chômage au cœur des questions sociales, et les libéraux, par crainte que l'indemnisation ne favorise le développement d'un chômage volontaire, étaient hostiles à l'indemnisation systématique à laquelle aurait donné lieu l'instauration d'une assurance chômage[1]. Aussi, l'indemnisation du chômage fut instaurée en 1958, soit plus de 10 ans après la création de la Sécurité sociale. Elle intervint dans un contexte marqué par le renouvellement politique, par les perspectives de mutations industrielles et d'intégration de la France dans le marché commun, et par la volonté de favoriser la mobilité de la main-d'œuvre et la fluidité du marché du travail[2]. L'instauration de l'assurance chômage trouve ainsi son origine dans la négociation collective, contrairement à la Sécurité sociale et à l'aide sociale où la création des prestations et de leur régime juridique revient au législateur.

Ainsi, et c'est là sa seconde originalité, l'organisation de l'assurance chômage résulte aujourd'hui d'une articulation étroite de la loi et de la négociation collective, ce qui confère aux partenaires sociaux une place tout à fait particulière[3]. La loi détermine les grandes lignes du régime d'assurance chômage. L'article L5421-2 du Code du travail prévoit que ce régime distribue une allocation de base calculée, dans certaines limites, en fonction du salaire perçu, selon des conditions d'âge et pour une certaine durée. Les mesures d'application des dispositions légales font l'objet d'accords négociés et conclus entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés, organisations représentatives au

1 C. Daniel, C. Tuchzirer, *L'État face aux chômeurs. L'indemnisation du chômage de 1884 à nos jours*, Flammarion, 1999 C. Willmann, *L'identité juridique du chômeur*, éd. LGDJ, coll. Thèses, t. 32, 1998.

2 B. Oudin, « La convention du 31 décembre 1958 relative à la création de l'allocation-chômage », *Droit social*. 1959. 364.

3 J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, éd. Dalloz, coll. Précis, 18e éd., 2015, n° 1609 s.

niveau national et interprofessionnel[4]. L'accord est conclu pour une durée déterminée, deux ou trois ans en général, et il est agréé, après avis de l'autorité administrative, par le ministre chargé de l'emploi si cet accord est conforme à la législation en vigueur. Cet agrément rend la convention d'assurance chômage obligatoire et applicable à tous les employeurs et les salariés compris dans le champ territorial de l'accord. En l'absence d'accord ou d'agrément de celui-ci, les mesures d'application sont déterminées par décret en Conseil d'État. Le régime de solidarité relève en revanche des seuls pouvoirs publics, les partenaires sociaux n'étant pas compétents pour les prestations destinées à garantir un revenu minimal aux chômeurs qui ont épuisé leurs droits au régime d'assurance et aux diverses catégories de demandeurs d'emploi qui n'ont pas vocation à en relever[5].

L'assurance chômage n'a pas échappé au processus réformateur du *modèle social français* engagé par le Président Macron élu au printemps 2017. Après les ordonnances visant à réformer le Code du travail, après la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2018 qui a introduit des changements majeurs pour le financement de la couverture santé, largement fiscalisée, et pour l'organisation de la Sécurité sociale, la gestion de la Sécurité sociale des travailleurs indépendants étant désormais dévolue aux organismes du Régime général, de nouvelles réformes sont attendues, en particulier pour la formation professionnelle et pour l'apprentissage. Et l'assurance chômage, pourtant modifiée il y a moins d'un an[6], vient de faire l'objet d'une nouvelle réforme, Emmanuel Macron souhaitant instaurer un nouveau régime de « chômage universel » qui indemniserait les indépendants, les artisans et les commerçants, et les salariés démissionnaires.

Dans ce contexte, les partenaires sociaux sont parvenus à un accord de principe le 22 février 2018[7]. Conformément aux souhaits présidentiels, l'accord national interprofessionnel (ANI) de 13 pages prévoit d'ouvrir un droit aux allocations aux salariés démissionnaires. Ceci est largement nouveau car, jusqu'à présent, la démission privait en principe du droit à la prestation d'assurance chômage nommée allocation de retour à l'emploi (ARE). Ce n'était que de façon exceptionnelle que le salarié démissionnaire pouvait conserver ce droit, si sa démission était considérée comme légitime par l'organisme chargé du paiement et du placement des demandeurs d'emploi (Pôle emploi). Tel était le cas quand le salarié démissionnait pour suivre la personne avec laquelle il vivait en couple, après un mariage ou un pacte civil de solidarité (PACS), ou pour suivre ses parents s'il était mineur. Tel était encore le cas si le déménagement du salarié, motivé par le placement de son enfant handicapé dans une structure éloignée ou par la nécessité de se soustraire à des violences conjugales, lui imposait de quitter son emploi. L'ANI de 2018 élargit considérablement le cercle des exceptions. Désormais, les salariés démissionnaires quittant leur emploi pour mener un nouveau projet professionnel pourront prétendre au bénéfice de l'assurance chômage dès lors que ce projet, après avoir été instruit par un conseil en évolution professionnelle (CEP), aura été validé par une instance indépendante de Pôle emploi. Ce projet devra être réel et sérieux, caractère qui sera apprécié au regard des besoins du marché du travail dans le ou les bassins d'emploi identifié(s). Il devra aussi consister dans une formation qualifiante longue ou dans une formation complémentaire identifiée à la suite d'une validation des

4 C. trav., art. L5422-20 s.

5 C. trav., art. L5423-1 s.

6 Convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage, Protocole d'accord du 28 mars 2017 relatif à l'assurance chômage.

7 Accord national interprofessionnel du 22 février 2018 relatif à la réforme de l'assurance chômage.

acquis de l'expérience. Le bénéfice de « l'allocation d'aide au retour à l'emploi projet » (AREP), équivalent de l'ARE, sera aussi soumis à une condition minimale de 7 ans dans l'emploi. Ce serait ainsi entre 14 000 et 23 000 salariés qui pourraient être concernés, et le coût du dispositif pour l'assurance chômage en année pleine serait compris entre 180 et 330 millions d'euros. L'objet de ce nouveau droit est, selon les partenaires sociaux, de sécuriser le parcours des salariés sur le marché du travail, d'accompagner la décision de démission et la préparation du projet d'évolution professionnelle pour que les risques de surestimation de retour emploi et de désinsertion professionnelle soient évités.

La question du chômage des indépendants qui avait fait l'objet d'un volumineux rapport au mois d'octobre 2017[8] est aussi envisagée mais elle ne donne lieu qu'à des propositions *a minima* : le patronat étant hostile à de nouvelles cotisations patronales, l'ANI envisage la création d'un régime public de protection financé par l'impôt, ouvert à tous les travailleurs indépendants et distinct de l'assurance chômage des salariés, qui pourrait verser une prestation spécifique en cas de fait générateur strict comme la liquidation judiciaire de l'entreprise. Il envisage aussi que, dans la continuité de ce qui existe aujourd'hui, des régimes privés puissent proposer des prestations complémentaires mieux adaptées aux situations individuelles. Ce qui aurait été une transformation majeure du régime d'assurance chômage et qui aurait conduit, du même coup, à une véritable mutation du concept de chômage, ne s'est donc pas encore produit. Quant à la situation des travailleurs économiquement dépendants tels ceux des plateformes (Uber, Deliveroo, Airbnb…), elle ne fait l'objet d'aucune proposition, un groupe de travail étant chargé de rechercher des dispositifs appropriés les concernant et de rendre des conclusions avant la fin de l'année 2018.

Dans son article 3 intitulé « Dispositions relatives à l'emploi durable », l'ANI aborde la question épineuse des contrats courts d'1 mois ou moins. Il relève que le nombre de ces contrats a presque triplé au cours de ces 20 dernières années et constate que deux-tiers d'entre eux correspondent à des relations de travail durables entre un même salarié et un même employeur. Afin d'éviter les logiques d'optimisation tant de la part des employeurs que des salariés et dans la continuité de l'accord d'avril 2017, l'ANI énonce que les organisations représentatives d'employeurs et de salariés dans l'ensemble des branches devront ouvrir des négociations pour déterminer les moyens de développer l'installation durable dans l'emploi et éviter les risques d'enferment dans des situations de précarité. Il programme leur déroulement. Les organisations de salariés et d'employeurs devront établir un diagnostic quantitatif et qualitatif des situations de recours aux contrats courts sous toutes leurs formes, des motifs de recours, et du niveau de qualification des salariés concernés par ces contrats et de leurs trajectoires professionnelles. Sur la base de ce diagnostic, les organisations représentatives devront adopter des mesures permettant de modérer leur utilisation, d'allonger les durées d'emploi, et prendre des mesures relatives à l'organisation du travail et à la gestion de l'emploi. Elles pourront encore décider de moyens pour accompagner le développement des compétences des salariés et pour favoriser l'accès à l'emploi durable des populations les plus éloignées de l'emploi. L'accord ou le relevé de conclusions résultant des négociations ouvertes est attendu avant le 31 décembre 2018, un bilan d'étape devant être réalisé avant le 31 juillet 2018. L'accord rappelle aussi que si ces mesures étaient insuffisantes, le gouvernement pourrait mettre en œuvre un système de bonus-malus sur les cotisations patronales d'assurance chômage.

8 IGAS IGF, « Ouverture de l'assurance chômage aux travailleurs indépendants », oct. 2017.

Concernant la gouvernance et le pilotage de l'UNEDIC enfin, l'article 4 de l'ANI réaffirme que la négociation paritaire continue de « *définir en toute autonomie les règles d'indemnisation et le niveau de ressources nécessaires* » du régime, avec l'objectif, à terme, de se passer de la garantie financière accordée par l'État. Les partenaires sociaux demandent une « *clarification* » des responsabilités entre la solidarité nationale et l'assurance-chômage. Ils proposent ainsi la tenue d'une « *conférence pour l'emploi* » avec l'État afin de fixer des « *objectifs communs au régime de solidarité* », c'est-à-dire les minima sociaux, « *et au régime assurantiel* », c'est-à-dire l'assurance-chômage, et de réaffirmer les « *principes fondamentaux d'un paritarisme utile* ».

L'ANI a été assez vivement critiqué par la ministre du travail Muriel Pénicaud qui a exprimé sa déception. Elle a regretté le caractère timoré des dispositions et a estimé que le « big-bang… nécessaire pour le système » n'était pas intervenu. La réforme doit être poursuivie dans un grand projet de loi qui sera présenté au Parlement.

# Italie

SYLVAIN NADALET
Université de Vérone

L'actualité législative du second semestre 2017 dans le domaine du droit du travail porte principalement sur la nouvelle loi relative au travail autonome et la promotion du *welfare* d'entreprise souhaitée par le législateur italien dès 2016 mais qui s'est poursuivie en 2017 et qui est à l'origine de la conclusion d'un nombre conséquent de conventions collectives.

Par ailleurs, après l'abrogation de la réglementation sur le travail accessoire régie par l'un des décrets d'application du *Jobs Act* (art. 48-50 du décret législatif n° 81 de 2015) et par un décret-loi adopté en 2017 (Décret-loi n° 25 de 2017)[1], un nouveau décret-loi a été pris en avril 2017, puis converti en loi le 21 Juin 2017, pour faire « renaître » cette forme d'emploi. L'art. 54-bis du décret-loi n°50 de 2017, lors de sa conversion en loi a introduit une « nouvelle » réglementation des services de travail via le chèque-emploi, en diversifiant cette fois-ci les modes d'utilisation.

Il existe désormais des règles spécifiques selon le type de prestation, sur la rémunération, les cotisations sociales et les modalités d'exécution des obligations d'information vis-à-vis de l'Institut national de sécurité sociale : la première modalité est consacrée à la famille (« *Libretto di famiglia* ») ; la seconde se définit comme un contrat de prestation occasionnelle[2]. Pour chaque modalité, il est prévu un plafond de 5 000 euros par personne et par mois indépendamment du nombre d'utilisateurs ; un plafond de 5 000 euros par utilisateur indépendamment du nombre de travailleurs alors que les prestations de chaque travailleur ne doivent pas dépasser 2 500 euros pour chaque utilisateur. Un plafond de 280 heures d'utilisation de chèque-emploi au cours d'une même année est également prévu, à l'exception du secteur agricole.

Le « *Libretto di famiglia* » est un outil qui peut être utilisé par des personnes physiques qui n'exercent pas d'activité professionnelle ou commerciale. Ceux qui l'utilisent peuvent payer des services occasionnels pour certains types d'activités (ex : travail domestique) et le paiement se réalise moyennant un certificat dont le montant est fixé forfaitairement à 10 euros pour un service d'une heure, charges sociales et assurance comprises. Les utilisateurs du « Livret de famille » sont en outre tenus de communiquer certaines informations sur la prestation de travail (notamment les données d'identification du travailleur).

Le contrat de travail occasionnel est de nature différente, dans la mesure où l'utilisateur bénéficie, au moyen de procédures simplifiées, de prestations de travail occasionnelles ou de faible volume. Peuvent recourir à cet outil des sujets aussi différents que les professions libérales, les travailleurs autonomes, les entrepreneurs, les administrations publiques, les associations, les fondations ou tout autre organisme privé. Dans le cadre de ce contrat, le montant de la rémunération est fixé par la loi à 9 euros par heure de travail ; s'ajoutent

1 S. Nadalet, Italie, in *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 1, 2017, p. 186.
2 Circolare INPS n. 107 del 5 luglio 2017.

ici aussi une obligation d'information de l'Institut national de sécurité sociale. Ne peuvent recourir à ce type de contrat les employeurs ayant plus de cinq salariés sous contrat à durée indéterminée. Cette loi a donc réintroduit une forme d'emploi -controversée, notamment en raison de son expansion, si bien qu'un référendum avait été proposé pour son abrogation au niveau national.

## I – LE TRAVAIL AUTONOME, NOUVELLE VERSION

Le législateur a adopté une loi importante qui concerne les mesures pour la protection du travail autonome non entrepreneurial (cette loi encadre également le « travail agile »[3] pour la promotion de la flexibilité des temps et lieux de travail du salarié). C'est ce que l'on appelle sur le *Jobs Act* sur le « travail autonome », entré en application en juin 2017 (Loi n° 81 de 2017). La partie de la loi portant sur le travail autonome traduit pour la première fois la volonté du législateur d'intervenir sur ce thème non plus seulement dans une logique antifraude, mais du point de vue de la protection du travailleur autonome[4].

Pour synthétiser, la loi offre à présent pour « toutes les relations de travail autonome » des protections élémentaires typiques d'une réglementation de relations contractuelles déséquilibrées ainsi que des garanties sociales telles que les congés maternité, les congés parentaux, les absences pour maladie ou accidents de travail auxquels s'ajoutent des droits de formation, avec des avantages fiscaux et des droits d'information pour l'accès aux marchés publics.

Deux aspects ont fait l'objet d'observations critiques. Le premier concerne l'introduction de clauses concernant la modification unilatérale des contrats, la résiliation et les délais de paiement. Conformément à la loi sur l'abus de dépendance économique (art.9 du décret législatif n° 192/98), doivent être considérées comme illégales et de nul effet les clauses conférant au client le droit de modifier unilatéralement les termes et conditions du contrat, celles qui, dans le cadre d'un contrat à exécution successive, prévoient la possibilité de se retirer sans préavis, ou encore la clause par laquelle les parties conviennent d'un délai de paiement de plus de 60 jours, ainsi que le refus du commettant de conclure le contrat par écrit (Article 3). Le doute existe toutefois sur l'effectivité de ce type de règles vu – comme l'ont observé certains[5] – l'absence de jurisprudence en matière d'abus de dépendance économique.

Une autre partie du texte qui mérite d'être examinée c'est celle relative à la création d'un « guichet » pour le travail autonome : les centres pour l'emploi et les organismes autorisés à la médiation dans les rapports de travail doivent avoir un service dédié au travail autonome, au besoin en signant des conventions sans engagement financier avec les ordres professionnels et les associations, ainsi qu'avec les syndicats représentant les travailleurs autonomes. Ces guichets devraient recueillir les demandes et offres d'emploi autonomes, fournir les informations pertinentes aux professionnels et aux entreprises qui

3 S. Nadalet, « Italie », *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 1, 2017, p. 187.

4 A Perulli, "Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno", *Lavoro e Diritto*, 2, 2017, p. 251 ; R. Salomone, "La regolazione del lavoro autonomo al tempo del Jobs Act", *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 1, 2017, p. 99 ss.

5 A Perulli, cit., p. 273.

en font la demande et fournir des informations sur les procédures à suivre pour exercer une activité autonome ou pour transformer son emploi (art. 10).

À cet égard, bien que l'inclusion des travailleurs autonomes dans les services des agences d'emploi représente une innovation intéressante, reste le problème de la qualité des services offerts, jugés non adaptés aux besoins concrets des travailleurs autonomes[6].

## II – LA PROMOTION DU WELFARE D'ENTREPRISE

Le *welfare* d'entreprise est un dispositif significatif sur le plan fiscal car cette la promotion du *welfare* au sein des entreprises passe par un soutien à la négociation collective[7].

Le terme de *welfare* d'entreprise correspond à des mesures de « second *welfare* », c'est-à-dire celles non financées par le système public (premier *Welfare*) mais fournies par une multiplicité d'acteurs privés, y compris d'associations à but lucratif ou non (entreprises, syndicats, associations d'employeurs, entreprises sociales, compagnies d'assurance, fondations, secteur tertiaire et bénévolat) consistant en des interventions des plus variées et diversifiées au bénéfice des travailleurs (les bourses distribuées aux enfants des salariés en sont un exemple classique)[8].

Le phénomène du *welfare* d'entreprise s'est diversifié en l'absence de réglementation légale *ad hoc*. À défaut de notion légale, le *welfare* d'entreprise a pris de multiples facettes sous l'impulsion d'une législation qui ne relève pas du droit du travail (si ce n'est pour les aspects encadrant la négociation collective), mais du droit fiscal: l'ensemble de biens et services qui composent le système de *welfare* a en effet été créé sur la base des dispositions réglementaires introduites en 2015 pour permettre d'exclure de la notion de rémunération imposable les avantages concédés à l'origine de manière unilatérale par l'employeur, puis, à partir de 2016, sur la base d'accords collectifs.

Un tournant au nouveau législatif s'est produit fin 2015, avec la disposition intégrée dans la loi de stabilité financière de 2016 (loi n° 208 du 28 décembre 2015, art. 1er, al. n° 182-190) qui, en réintroduisant les incitations fiscales pour les primes de participation aux bénéfices fixées par les accords collectifs d'entreprise ou territoriaux, a lié ces bénéfices au *welfare* d'entreprise en donnant la possibilité de convertir, tout ou partie, de ces primes en avantages sociaux (art.1, al. 187 renvoyant à l'art. 51 du décret-loi. n° 81/15). Par la suite, la loi de stabilité financière de 2017 (loi du 11 décembre 2016, n° 232, art. 1, al. 160-162) a augmenté le plafond des primes de résultat qui peuvent être converties en aide sociale.

6 A. Perulli, cit., p. 277.

7 D. Gottardi, "La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione", *Lavoro e Diritto*, 4, 2016, p. 877.

8 E. Massagli, S. Spattini, "Cosa intendiamo quando parliamo di welfare aziendale?", 23 gennaio 2017, *www.bollettinoadapt.it*.

Elle a, par ailleurs, élargi la liste des parties signataires des conventions, en intégrant celles signées au niveau national, un accord interconfédéral et une convention collective territoriale (article 1, al. 162) – c'est-à-dire les signataires auxquels il est fait référence lors du dernier renouvellement de la convention de branche – ainsi que celles des bénéficiaires potentiels qui sont dorénavant autant du secteur privé que public.

L'accès aux avantages fiscaux a déclenché une augmentation significative des accords collectifs de travail déposés par voie électronique au ministère du travail et des politiques sociales : depuis mai 2016, il y a eu une augmentation de 24044 accords ou conventions collectives depuis le 16 août 2017 (1 305 accords en 2016 contre 25349 en 2017).

# Irlande

MICHELLE O'SULLIVAN
Université de Limerick

## PROJET DE LOI SUR L'ÉGALITÉ SALARIALE ENTRE HOMMES ET FEMMES

La question de l'égalité salariale entre hommes et femmes a fait l'objet d'une attention croissante. Les chiffres publiés par le Bureau central des statistiques indiquent que les femmes ont un salaire inférieur de 14 % en moyenne à celui des hommes. Bien que l'écart salarial entre hommes et femmes en Irlande soit inférieur à la moyenne des 28 pays de l'UE (16,7 %), cet écart a augmenté depuis 2011, date à laquelle il était de 12,7 %[1]. Un certain nombre d'initiatives de politique publique ont été lancées ces derniers mois. En août dernier, le gouvernement a annoncé une consultation publique pour informer de l'élaboration d'un ensemble de mesures pour lutter contre les écarts salariaux entre hommes et femmes. Cette annonce a été suivie d'un symposium du gouvernement sur le sujet en janvier 2018, qui a impliqué les syndicats, les organisations patronales et les universitaires, et qui coïncidait également avec le centième anniversaire de l'obtention du droit de vote pour les femmes en Irlande.

Le gouvernement a noté que les actions les plus fréquemment suggérées lors du processus de consultation publique concernaient l'absence de transparence des structures de rémunération dans les organisations et la ségrégation professionnelle qui relègue les femmes aux postes les moins bien rémunérés. En tant que parti d'opposition, le parti travailliste a présenté un projet de loi sur la déclaration des écarts de rémunération. Le projet de loi *Irish Human Rights and Equality Commission (Gender Pay Gap)* 2017[2] vise à exiger des employeurs ayant 50 salariés ou plus qu'ils publient des informations concernant les salaires afin de pouvoir identifier les écarts salariaux entre hommes et femmes. Ce projet de loi vise à élargir les pouvoirs de la Commission irlandaise des droits de l'homme et de l'égalité (IHREC ci-après), organisme public pour les droits de l'homme et l'égalité, afin d'exiger des employeurs qu'ils entreprennent des études sur l'égalité. Le projet de loi prévoit, en particulier, que l'IHREC puisse exiger des employeurs qu'ils publient des informations sur les disparités entre les sexes au niveau des taux horaires de rémunération et des primes, sur le pourcentage de salariés hommes et femmes bénéficiant de primes, sur le pourcentage de salariés hommes et femmes par catégorie salariale, ainsi que des informations sur le statut à temps plein/temps partiel des salariés. Les employeurs qui enfreindront les dispositions du projet de loi seront passibles d'amendes.

En raison du contexte actuel, qui impose au gouvernement d'avoir recours au soutien de l'opposition pour rester en place, les projets de loi de l'opposition sont désormais fréquents, obtiennent le soutien général du gouvernement et deviennent des projets de loi proposés par le gouvernement. C'est le cas du projet de loi sur l'égalité salariale entre hommes et femmes. À ce jour, ce projet a progressé dans le processus législatif avec le

1 Central Statistics Office, *Women and Men in Ireland 2016, 2017*. Disponible sur www.cso.ie

2 NdT : Commission irlandaise des droits de l'homme et de l'égalité (Écart salarial entre hommes et femmes).

soutien du gouvernement. Mais, en janvier 2018, le gouvernement a annoncé qu'il allait proposer sa propre législation, le projet de loi *Gender Pay Gap (Wage Transparency)*[3] 2018. Ce projet n'a pas encore été publié mais il mettra en place une obligation de déclaration par les entreprises des différences salariales entre hommes et femmes et il conservera donc l'essentiel de l'esprit et du contenu du projet de loi du parti travailliste. L'organisation patronale principale, l'*Irish Business and Employers Confederation (IBEC),* a fait valoir qu'exiger des études salariales représenterait une charge administrative pour les employeurs et pourrait avoir un impact négatif et injuste sur la réputation d'une entreprise, mais a noté que « si elle est mise en œuvre de façon adéquate, et conjointement avec d'autres mesures appropriées, la déclaration sur les écarts salariaux entre hommes et femmes pourrait être bénéfique et encourager des actions en faveur de l'égalité entre hommes et femmes sur le lieu de travail »[4]. L'IBEC et la confédération des syndicats, le Congrès irlandais des syndicats (Irish Congress of Trade Unions), ont entamé des discussions communes sur une proposition de méthodologie pour les déclarations des écarts salariaux entre hommes et femmes.

## I – PROPOSITION DE LÉGISLATION SUR LA DURÉE DE TRAVAIL MINIMALE

Ces dernières années, les contrats zéro heure, également dénommés contrats « sur appel » ou « à la demande », ont fait l'actualité dans un certain nombre de pays dont le Royaume-Uni, la Finlande et la Nouvelle-Zélande. En Irlande aussi, les médias et les responsables des politiques publiques ont accordé une grande attention à la durée du travail, et en particulier aux situations de travailleurs ayant des horaires de travail très variables parce qu'ils ont des contrats ne garantissant pas les horaires, ou avec des horaires garantis très faibles. Les syndicats ont fait campagne pour un « travail décent » et il y a eu des conflits très médiatisés, en particulier dans le secteur de la distribution, sur la question de la durée de travail minimale.

En réponse, le gouvernement précédent a commandé une étude sur les contrats zéro heure pour lesquels les horaires ne sont pas garantis. L'étude publiée en 2015 a révélé qu'en Irlande, le type le plus fréquent de contrat zéro heure correspond à des contrats dits « selon les besoins », en vertu desquels un employeur fait appel à des personnes en fonction des besoins et ces personnes peuvent légalement accepter ou refuser la mission proposée[5]. Un autre type de contrat similaire est pratiqué : le contrat « hybride selon les besoins » qui garantit quelques heures aux travailleurs, par exemple 5 ou 15 heures par semaine et le reste des heures travaillées sont proposés « selon les besoins ». Ces deux types de contrats se sont avérés courants dans l'hôtellerie, la restauration, l'éducation et les soins de proximité[6]. Les personnes sous contrats zéro heure sont principalement confrontées aux problèmes suivants : horaires extrêmement variables d'une semaine à l'autre, faible sécurité du revenu et complexité de la gestion des engagements familiaux. De plus, les personnes concernées peuvent éprouver des difficultés à accéder aux prestations

3 NdT : Ecart salarial entre hommes et femmes (la transparence salariale).

4 IBEC (2017) *Measures to Address the Gender Pay Gap in Ireland*. Disponible sur www.ibec.ie

5 O'Sullivan, M., Turner, T., McMahon, J., Ryan, L., Lavelle, J., Murphy, C., O'Brien, M and Gunnigle, P. *A Study of the Prevalence of Zero Hours Contracts among Irish Employers and its Impact on Employees.* Dublin, Département du travail, de l'entreprise et de l'innovation, 2015.

6 *Ibid.*

sociales, car la nature variable de leurs horaires de travail peut les exclure du bénéfice de ces prestations. L'étude a également soulevé de sérieuses préoccupations concernant la situation d'emploi des personnes sous contrat « selon les besoins ». Il existe en particulier un argument selon lequel elles ne sont pas légalement qualifiées de salariés et n'ont donc pas accès à de nombreux droits tels que ceux en cas de licenciement et de chômage[7]. La raison pour laquelle les personnes sous contrats « selon les besoins » ne sont pas des salariés, c'est l'absence de réciprocité d'obligation, à savoir que l'employeur n'a aucune obligation de fournir du travail et que la personne n'a aucune obligation d'effectuer la mission. La réciprocité des obligations est un principe central des contrats de travail dans de nombreux pays. Les syndicats et les ONG représentant les femmes, les jeunes, les migrants et les chômeurs ont appelé le gouvernement irlandais à résoudre ces problèmes. Trois mesures législatives ont été proposées par le gouvernement et les partis d'opposition pour résoudre la question des heures non garanties. Le projet de loi *Employment (Miscellaneous Provisions)*[8] 2017 du gouvernement est très probablement celui qui sera adopté.

Le gouvernement a déclaré que l'objectif du projet de loi est d'améliorer la sécurité et la prévisibilité des heures de travail pour les salariés sous contrats précaires avec des horaires variables[9]. L'objectif du projet est (1) de s'assurer que les salariés soient mieux informés de la nature et des modalités d'emploi, (2) d'interdire les contrats zéro heure dans la plupart des situations, (3) de réglementer les salaires minimums pour les salariés qui peuvent être appelés à travailler sans pour autant leur fournir de travail, (4) d'introduire une disposition pour les contrats « à plages horaires » et d'introduire des mesures anti-victimisation.

Pour ce qui est du premier point concernant l'information, les salariés ont actuellement droit à une déclaration des conditions d'emploi dans un délai de 2 mois après avoir pris leur poste. Le projet propose d'exiger des employeurs qu'ils informent les salariés de 5 conditions « centrales » dans un délai de 5 jours après la prise de poste, dont l'une correspond à ce que l'employeur considère comme une journée et une semaine de travail normale.

Concernant le deuxième point, le projet de loi prévoit que si un salarié est sous contrat « pour un nombre d'heures de travail garanti », le nombre d'heures concerné sera supérieur à zéro. Cependant, il existe des exceptions pour le travail occasionnel, le travail humanitaire à court terme et les services d'urgences.

Quant au troisième point, le projet de loi prévoit que si une personne est appelée à travailler mais qu'aucun travail ne lui est fourni, elle sera payée soit trois fois le salaire minimum national, soit trois fois le taux horaire minimum prévu dans les textes régissant des emplois spécifiques.

Avec le quatrième point, le projet de loi introduit un droit pour les salariés, dont le contrat ne reflète pas le nombre d'heures habituellement travaillées par semaine, à être placés sur une plage horaire de travail reflétant plus précisément les heures travaillées. Le Projet de loi propose quatre plages : 1–10 heures ; 11– 24 heures ; 25–34 heures ; et 35 heures et plus. Cela signifie, par exemple, que si un salarié est placé dans la première

7 *Ibid.*

8 NdT : Emploi (Dispositions diverses).

9 Department of Employment Affairs and Social Protection, 'Minister Doherty brings legislation that will improve the security and predictability of working hours for employees to Second Stage in the Dáil' 2018. http://www.welfare.ie/en/pressoffice/Pages/pr150218.aspx

plage, il aura droit à au moins une heure de travail par semaine, mais pourra être appelé à travailler jusqu'à dix heures. Si, sur une période de référence de 18 mois, un salarié est convaincu que son contrat ne reflète pas précisément les heures travaillées, il peut demander à être placé sur une plage horaire hebdomadaire correspondant à la réalité. L'employeur disposera de deux mois pour étudier la demande et placer le salarié dans le créneau horaire adéquat, et le projet de loi précise les situations dans lesquelles un employeur pourra refuser cette demande.

Alors que l'organisation patronale, IBEC, a critiqué le projet de loi lui reprochant d'être excessif, d'autres ont estimé qu'il n'était pas allé assez loin. Le projet a été critiqué par la Commission irlandaise des droits de l'homme et de l'égalité (IHREC), qui a indiqué pour l'essentiel que, les dispositions n'apportaient pas suffisamment de protection aux travailleurs vulnérables, que les amendes pour manquement n'étaient pas assez élevées pour être dissuasives, et que les contrats zéro heure pouvaient en fait continuer à exister en pratique[10]. Les syndicats ont aussi critiqué le projet de loi. SIPTU, le syndicat principal, a déclaré que les plages horaires prévues dans le projet de loi sont trop larges, que la période de référence de 18 mois est trop longue, et que le salaire minimum des salariés appelés à travailler sans recevoir de travail est trop faible[11]. Certaines des dispositions clé du projet de loi excluent le travail occasionnel et, comme il y a actuellement peu d'indications dans la législation sur la définition du travail occasionnel, il sera demandé aux tribunaux et aux organismes étatiques de résolution des litiges d'apporter des indications sur ces différents points. En autorisant le travail occasionnel, les syndicats déclarent que le travail précaire se développera. Cela signifie aussi que le projet de loi ne s'attaque pas directement aux situations dans lesquelles les personnes sont sous contrats « selon les besoins » et que ces derniers continueront donc d'exister. Les projets de loi alternatifs proposés par les partis d'opposition de gauche sont allés plus loin que le projet de loi du gouvernement concernant les contrats « selon les besoins » et imposaient des obligations plus lourdes aux employeurs afin qu'ils fournissent davantage d'heures aux travailleurs. Le gouvernement est, rappelons-le, de centre-droit et il n'est donc pas surprenant que son projet de loi n'aille pas très loin.

10 IHREC, *Observations on the Employment (Miscellaneous Provisions) Bill 2017*, Dublin, 2018.

11 SIPTU, "Changes needed to precarious work Bill", *Liberty*, 2018, 17(1), p.1-2.

## Pays-Bas

NICOLA GUNDT
Université de Maastricht

# PROJET DE LOI SUR L'ÉGALITÉ SALARIALE ENTRE HOMMES ET FEMMES

Au cours des six derniers mois, pour une fois, le droit du travail néerlandais n'a pas connu de grands changements, car il a fallu beaucoup de temps pour se mettre d'accord sur la composition du nouveau gouvernement. Cet article portera donc sur les projets à venir plutôt que sur des réformes actuelles. Deux domaines devraient prochainement connaître des modifications : le droit du licenciement, le congé parental et le congé paternité.

## I – DE NOUVELLES IDÉES SUR LA LOI SUR LES LICENCIEMENTS

La réforme de 2015 a introduit un système strict de sept motifs de licenciement. L'employeur doit pouvoir justifier pleinement un des motifs pour pouvoir licencier légalement un salarié. En outre, en cas de licenciement, l'employeur doit verser une indemnité appelée indemnité transitoire. Depuis cette réforme, les employeurs se sont plaints des sept motifs, beaucoup trop limités et demandent de pouvoir les combiner entre eux. Lors des négociations autour du nouveau gouvernement de coalition, il est apparu évident que des mesures devaient être prises sur le licenciement. Ainsi dans l'accord de coalition, figure l'acceptation des signataires de proposer une loi qui tienne compte des objections et des plaintes contre le système actuel[1]. En premier lieu, la future loi permettra, de nouveau, de combiner différents motifs de licenciement pour motiver un licenciement. Le principe est qu'un employeur ne peut pas et ne devrait pas continuer à employer un salarié qui ne donne pas satisfaction et qui ne peut pas s'entendre avec son employeur. Selon la loi actuelle, un de ces deux aspects doit être prouvé pour servir de motif de licenciement. Le nouveau gouvernement entend modifier cette situation. Il doit être possible de combiner les motifs si le juge estime que la relation de travail ne peut pas être poursuivie, y compris si aucun des deux motifs n'est suffisamment établi en soi. D'après le gouvernement, cet assouplissement sera compensé par une indemnité supplémentaire pouvant aller jusqu'à la moitié du montant de l'indemnité transitoire qui restera due. En substance, l'employeur aura plus de facilités pour motiver le licenciement mais devra verser au salarié une contrepartie en échange de cet assouplissement. Vu de l'extérieur, il s'agit d'une étrange décision. Après tout, soit le législateur estime qu'un licenciement fondé sur deux motifs à moitié remplis, mais se renforçant l'un l'autre, suffit à justifier un licenciement, auquel cas verser une indemnité plus élevée est un choix politique pour le moins intéressant. Soit le législateur estime que deux motifs de licenciement à moitié remplis ne correspondent pas à un motif complet, auquel cas le licenciement n'est pas un choix politique possible. Toutefois, le fait de choisir et d'accepter deux motifs à moitié remplis et une indemnité supplémentaire place cette nouvelle forme de licenciement sous le signe du compromis.

1 *Regeerakkoord* 2017, Para 2.1.

L'indemnité transitoire elle-même est aussi sur le point de subir des changements s'agissant de l'indemnité à verser en cas de cessation de la relation de travail en raison d'une maladie de longue durée (plus de 104 semaines) ou en cas de licenciement pour motif économique[2]. L'indemnité transitoire a un double objectif : compenser la perte d'emploi et offrir des possibilités et des moyens de réinsertion et de recherche d'un nouvel emploi[3]. Lorsque le salarié est licencié après deux ans de maladie parce que la réintégration n'est pas possible pour l'employeur, cette compensation est considérée comme injuste. En effet, l'employeur a déjà engagé beaucoup de frais en versant au salarié son salaire pendant deux ans et aussi, probablement, en lui finançant une partie du processus de réinsertion ou de reconversion. De plus, la période d'inactivité de deux ans est également incluse dans la période durant laquelle l'indemnité est due. Par conséquent, le gouvernement a examiné différentes possibilités pour surmonter ces problèmes. La première option consistait à exempter les employeurs de l'obligation de verser l'indemnité transitoire. Mais cette option a rapidement été écartée, car, aux yeux du législateur, elle était contraire aux objectifs de l'indemnité[4]. Après tout, même une personne qui, après deux ans de maladie ou d'invalidité prolongée, perçoit une prestation d'invalidité (*invalidity benefit*) peut avoir la possibilité de trouver un nouvel emploi différent, auquel cas l'indemnisation pourrait s'avérer utile. Cela est particulièrement vrai pour les salariés qui ne bénéficient que de prestations d'invalidité partielle. Cependant, selon le législateur, même les salariés qui jouissent d'une prestation d'invalidité totale peuvent aussi bénéficier de l'indemnité transitoire[5]. En outre, l'exclusion totale du droit à une indemnité transitoire pour les salariés dans l'incapacité de travailler pendant deux ans est incompatible avec la législation néerlandaise sur l'égalité de traitement des personnes handicapées et des malades chroniques[6]. Selon la proposition, l'employeur devra continuer à verser l'indemnité et essayer de réinsérer le salarié, sachant que les frais engagés seront remboursés et donc compensés. L'indemnité sera versée par les caisses du chômage qui augmenteront les cotisations de 0,1 % afin de disposer des fonds nécessaires[7].

La proposition de réforme de l'indemnité transitoire comprend également l'idée de modifier les lois applicables en cas de licenciement économique. Selon le législateur, les lois actuelles sont considérées comme injustes et trop lourdes pour les employeurs, qui sont déjà en prise avec des difficultés économiques. Actuellement, la loi admet que des mesures équivalentes à l'indemnité transitoire, dont la valeur doit être au moins égale à l'indemnité transitoire, puissent être prévues par convention collective de travail ; les conventions collectives ne peuvent donc pas stipuler des mesures visant à en réduire les coûts[8]. En vertu des propositions de lois, l'indemnité transitoire ne sera pas due en cas de licenciement économique si l'employeur a conclu une convention collective, avec un ou plusieurs syndicats, qui prévoit des mesures visant à prévenir ou à réduire les périodes de chômage, quelle que soit la valeur monétaire de ces mesures. L'essentiel est que les mesures conventionnelles doivent offrir de réelles perspectives de prévention ou de réduction du

2 *Kamerstukken II*, 2016/17, 34699, nr 3.
3 *Kamerstukken II*, 2013/14, 33818, nr 3.
4 *Kamerstukken II*, 2016/17, 34699, nr 3.
5 *Ibidem*.
6 *Ibidem*, p. 3.
7 *Ibidem*, p. 8.
8 Art. 7:673b BW.

chômage[9]. Ces mesures peuvent être assorties d'une indemnisation financière. Si la totalité de l'indemnité doit être versée en numéraire, en général, le montant devra être égal à l'indemnité légale. Toutefois, dans le cadre de la proposition, des indemnités plus faibles sont envisageable notamment si la situation économique de l'entreprise est si grave que cela ne lui permet pas de verser ces indemnités, ou si les parties à la convention collective conviennent d'utiliser les fonds disponibles pour d'autres mesures comme les programmes de reconversion ou des mesures similaires[10]. À notre avis, cette proposition est périlleuse. Même si elle se limite au licenciement économique, elle semble sujette aux abus, car, par exemple, renforcer le pouvoir concurrentiel de l'entreprise peut aussi constituer un motif économique. En outre, il est intéressant de noter que le législateur opte pour une voie qui existe déjà, l'exonération par convention collective, mais qui, jusqu'à présent, n'a presque jamais été utilisée. Il existe déjà une disposition beaucoup plus facile à appliquer mais elle n'est pas largement utilisée. C'est pourquoi, à notre sens, une disposition plus compliquée, moins favorable, qui rejettera la faute sur les syndicats d'avoir détérioré les conditions de travail, n'a pas plus de chances d'être utilisée.

## II – L'ÉQUILIBRE ENTRE VIE PROFESSIONNELLE ET VIE PRIVÉE

Le second domaine dans lequel des réformes sont évoquées concerne l'équilibre entre le travail et la vie privée des parents qui travaillent. Depuis 2016, le congé parental, le congé paternité et le congé de naissance ont fait l'objet de plusieurs projets d'amendements, mais récemment, une nouvelle proposition sur la prolongation du congé en cas de naissance (*Wet invoering extra geboorteverlof, WIEG*) a donné lieu à une consultation publique sur Internet[11]. La proposition du Parlement n'indique pas clairement s'il existe ou non un lien entre le socle des droits sociaux et les efforts visant à concilier vie professionnelle et vie privée. On ne trouve aucune trace d'un éventuel lien dans les « travaux préliminaires » du Conseil économique et social (*Sociaal Economische Raad, SER*) chargé d'émettre des recommandations.

En révisant les lois sur le congé, le Conseil souhaite atteindre trois objectifs : une plus grande participation des femmes à l'emploi, de meilleures possibilités de concilier travail rémunéré et garde d'enfants ainsi que davantage de flexibilité des modèles de temps de travail[12]. En ce qui concerne les besoins de l'enfant, le Conseil souligne que le congé permet d'assurer la continuité et la stabilité de la garde, toutes deux étant de grande importance. Enfin, les pères auront davantage la possibilité de s'impliquer, dès le début, dans la garde de l'enfant et les tâches ménagères, rendant ainsi la répartition plus équitable. Les possibilités de congé pendant la première année de vie de l'enfant devraient donc être élargies et les lois en vigueur (congé de naissance, congé paternel, congé parental) simplifiées[13]. Toutefois, les futures lois ne devraient pas entraîner de charges (financières) supplémentaires pour les employeurs. L'idée est de créer un système unifié de congé, qui ne puisse pas être transféré d'un parent à l'autre et qui corresponde au congé actuel plafonné à 26 semaines. Le ministre des Affaires sociales n'a cependant pas

9 *Kamerstukken II*, 2016/17, 34699, nr 3.
10 *Ibidem*, p. 10.
11 *Concept wetsvoorstel WIEG*, 19 februari 2018.
12 Recommandation du SER *Optimalisering verlof na geboorte kind*, advies 2018/1, 16 februari 2018.
13 *Ibidem*.

retenu la proposition. Sa proposition prolonge les périodes de congé après la naissance et pendant les premières années de vie du bébé. L'objectif est de renforcer le lien entre le bébé et le parent et de permettre, dès le début, une répartition plus équitable des tâches ménagères[14]. En premier lieu, la proposition prolonge le congé de naissance rémunéré pour le partenaire de la mère actuellement de deux jours à l'équivalent horaire d'une semaine de travail. De plus, le partenaire a droit à cinq semaines de congé sans solde au cours des six premiers mois de la vie du bébé. Toutefois, pendant ce congé, les prestations sont accordées jusqu'à concurrence de 70 % du taux de rémunération journalier maximal assuré. Le législateur entend rendre le congé du partenaire plus égal à celui de la mère, renforçant ainsi la présence de la mère sur le marché du travail[15]. Par ailleurs, les partenaires veulent de plus en plus participer dès le début à l'éducation de l'enfant et souhaitent répartir plus équitablement les tâches ménagères. Le fait de reléguer au second plan l'emploi rémunéré, pendant un certain temps, aide à trouver ce nouvel équilibre[16]. Le congé peut être pris à temps plein ou partiel, si l'employeur accepte cette dernière possibilité. En outre, les deux parents ont droit à un congé parental de 26 semaines, qui n'est toutefois pas rémunéré, à moins que l'employeur en convienne autrement.

En conclusion, le droit néerlandais n'a pas connu de grands changements, en raison de la prolongation des pourparlers de la coalition et de l'impossibilité pour le gouvernement sortant de légiférer sur des questions controversées. Cependant, les idées ont mûri entre-temps et un certain nombre de propositions sont maintenant à l'agenda dans les Chambres du Parlement. Les deux réformes analysées ci-dessus auront, si elles sont adoptées, des conséquences sur l'avenir du droit du travail néerlandais, car elles touchent à la rupture des contrats de travail et à la manière de trouver un équilibre entre l'intérêt de l'employeur de disposer facilement d'une main-d'œuvre et l'intérêt des salariés d'avoir du temps en cas de changements importants et décisifs dans leur vie privée. En ce sens, les changements s'inscrivent dans la lignée – et dans le cas du licenciement, partiellement à contrecourant – des réformes des deux dernières années, à commencer par la loi sur l'emploi et la sécurité ainsi que la loi sur le travail sans limite de temps et de lieu.

14 Cela été déjà prévu dans les précédentes ébauches, *Kamerstukken II*, 2016/17, 34617, nr. 3 p. 1.

15 *Concept wetsvoorstel WIEG*, 19 februari 7.

16 *Ibidem*, p. 8.

# Pologne

MATEUSZ GAJDA
Université de Łódź

## I – INTRODUCTION DE L'INTERDICTION D'OUVERTURE DES COMMERCES LE DIMANCHE

Le 1er mars 2018, la loi du 10 janvier 2018 sur la limitation de l'ouverture des commerces le dimanche et les jours fériés, ainsi que certains autres jours[1] est entrée en vigueur. L'objectif de la nouvelle règlementation est de libérer les salariés des commerces de l'obligation de travailler le dimanche et les jours fériés, ainsi que le 24 décembre et le samedi suivant le premier jour des vacances de Pâques. Ces dispositions nouvelles restreignent également la possibilité de confier un travail aux salariés d'établissements commerciaux après le 24 décembre au-delà de 14h et le samedi précédant le premier jour des vacances de Pâques. Il faut noter que les salariés conservent le droit à la rémunération des heures non ouvrées en raison de la réduction des heures de travail sur ces deux journées.

La nouvelle loi n'est pas la première à apporter des restrictions au travail du dimanche et des jours fériés. Selon le Code du travail polonais, le dimanche et les jours fériés sont, en principe, reconnus comme des jours de congé statutaires. Ces jours-là, le travail n'est autorisé que dans un nombre limité de situations. Par exemple, lorsque le travail d'un salarié implique la protection des biens ou des personnes, ou lorsqu'il est nécessaire d'effectuer une opération de sauvetage pour protéger la vie ou la santé humaine, les biens ou l'environnement. En pratique, les employeurs justifient souvent le travail du dimanche et des jours fériés par le fait que les salariés travaillent par équipes ou effectuent des prestations de services qui sont nécessaires en raison de leur utilité à la société et aux besoins quotidiens du grand public, en particulier dans les hôtels, les centres médicaux, les stations-service, etc.

L'interdiction d'ouverture des commerces le dimanche n'est pas totale - les nouvelles dispositions comprennent un certain nombre d'exceptions. L'ouverture des commerces est autorisée certains dimanches au cours de l'année calendaire, comme les deux dimanches avant le premier jour des vacances de Noël, le dimanche avant le premier jour des vacances de Pâques, et le dernier dimanche de janvier, avril, juin et août. La loi contient également une période transitoire qui limite les interdictions pendant les deux premières années d'application. En 2018, l'ouverture des commerces est autorisée le premier et le dernier dimanche de chaque mois, alors qu'en 2019 elle ne sera autorisée qu'un dimanche par mois. À partir de 2020, l'interdiction entrera pleinement en vigueur et l'ouverture des commerces ne sera possible que sept dimanches par an, à savoir les deux dimanches avant le premier jour des vacances de Noël, celui avant le premier jour des vacances de Pâques, et le dernier dimanche de janvier, avril, juin et août.

1 *Journal Officiel* de la République de Pologne de 2018, point 305.

La nouvelle loi comprend aussi une liste d'exemptions liées à des activités économiques. En particulier, l'interdiction ne s'applique pas dans les établissements suivants : stations-service, pharmacies, magasins en ligne et plateformes Internet, services funéraires, établissements commerciaux dont l'activité principale est la fleuristerie ou la vente de souvenirs, bureaux de poste, établissements commerciaux dont l'activité principale est la vente de journaux, de tickets de transport public, de tabac et produits dérivés, de tickets de loterie et les points de vente commerciaux dans lesquels les transactions sont effectuées par le propriétaire du commerce en personne.

Il est important de noter que les nouvelles dispositions s'appliquent non seulement aux salariés engagés en vertu des contrats de travail, mais également aux entrepreneurs qui exercent leurs activités en vertu de contrats de mandat ou de contrats de prestation de services. Cette solution a pour but d'éviter que les employeurs ne contournent les nouvelles dispositions en recrutant des personnes avec des contrats de droit civil plutôt qu'avec des contrats de travail. Les amendes pour non-conformité à la nouvelle loi vont de 1 000 PLN (environ 250 euros) à 100 000 PLN (environ 25 000 euros) ; un nouveau type de délit a également été introduit dans le Code pénal polonais en vertu duquel quiconque viole les dispositions de façon répétée ou dans l'intention de nuire, peut faire l'objet d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement.

Tout en étant globalement favorable aux salariés, l'interdiction d'ouverture des commerces soulève de nombreuses questions et doutes. Afin de garantir la continuité des services, certaines entreprises envisagent de mettre en place une équipe supplémentaire qui pourrait commencer à travailler le lundi à minuit, ce qui n'est pas interdit en pratique par la loi. Cela permettrait de donner satisfaction aux clients de l'entreprise, tout en augmentant les coûts pour l'employeur ainsi que le risque de démission des salariés ne voulant pas travailler de nuit. Les nouvelles dispositions sont également remises en question par les inspecteurs du travail polonais qui, pour vérifier que les entreprises respectent la nouvelle législation, auront l'obligation d'effectuer des inspections en masse les samedis et autres jours fériés, ce qui est contraire aux règles régissant le temps de travail des inspecteurs du travail selon lesquelles[2] les agents de l'inspection nationale du travail ne peuvent être obligés de travailler les samedis et jours fériés que dans des circonstances extraordinaires. Il semble en effet nécessaire pour que l'interdiction soit effective de mettre en œuvre des contrôles en masse dans les entreprises qui avaient des activités habituellement les dimanches et jours fériés avant l'introduction des nouvelles dispositions, ce qui exige de modifier considérablement les conditions d'emploi des inspecteurs du travail. De plus, le catalogue des exemptions donne de sérieuses raisons de craindre que l'interdiction ne soit trop élargie et ne laisse des marges d'interprétation dans certains cas, qui pourraient être réglées au bénéfice des entreprises. En outre, il semblerait que l'introduction de nouvelles dispositions aura un impact considérable sur le développement des commerces en ligne, qui sont pour leur part exemptés de l'interdiction, ce qui va limiter l'impact de l'interdiction.

2 Art. 58 point 3 de la loi du 13 avril 2007 sur l'inspection nationale du travail, *Journal Officiel* de 2017, point 786.

## II – NOUVELLES RÈGLES SUR LA CONSERVATION DES DOSSIERS DU PERSONNEL

Le 10 janvier 2018, le *Sejm* (la chambre basse du Parlement polonais) a adopté la Loi modifiant la loi sur la réduction de la période de conservation des dossiers des salariés et leur numérisation3. Deux modifications significatives ont été apportées aux dispositions réglementant la conservation des dossiers des salariés qui sont principalement justifiées par les besoins commerciaux des employeurs.

Tout d'abord, les employeurs auront le droit de conserver les dossiers du personnel sous format électronique plutôt que sous format papier, alors qu'à ce jour, les employeurs ont l'obligation de conserver les dossiers du personnel sous format papier - le format électronique n'étant qu'un format facultatif/et/ou supplémentaire pour la conservation des documents. En vertu de la nouvelle législation, le format électronique constituera un des formats autorisés pour la conservation des dossiers du personnel. Cependant, en même temps, il n'est pas autorisé de combiner les deux méthodes de conservation, à savoir certains documents sous format électronique et d'autres sous format papier.

Les employeurs qui souhaitent passer à un support de conservation électronique des documents liés à l'emploi auront l'obligation d'effectuer une copie numérique de la version papier des dossiers du personnel, puis d'en certifier l'authenticité, par exemple par signature électronique authentifiée. Le changement de support de conservation des documents liés à l'emploi nécessite d'en informer les salariés ainsi que de leur donner la possibilité de recevoir les documents sous le précédent format dans un délai de 30 jours à partir du jour où cette information leur a été transmise.

Les nouvelles dispositions réduisent également la période de conservation obligatoire des dossiers du personnel. À ce jour, cette période est en principe de 50 ans après la fin de la relation de travail. La durée de cette période est principalement justifiée par le fait que les dossiers des salariés constituent une preuve importante pour les organismes de Sécurité Sociale dans la perspective de déterminer le montant des pensions de retraite à verser. Les nouvelles dispositions réduiront la période de conservation des dossiers du personnel de 50 ans à 10 ans après la cessation de la relation de travail. Il est important de noter que la réduction de la période de conservation obligatoire ne sera applicable qu'après le 1er janvier 2019. Concernant les salariés engagés avant le 1er janvier 2019, la réduction de la période obligatoire à 10 ans sera possible de façon limitée. Les dispositions distinguent deux situations :

1. Dans le cas des salariés recrutés entre le 1er janvier 1999 et le 31 décembre 2018, pour pouvoir réduire la période, l'employeur a l'obligation de transmettre un rapport spécial aux organismes de Sécurité Sociale. La soumission du rapport réduira la période obligatoire de 50 ans à 10 ans, décomptés à partir de la fin de l'année calendaire d'envoi du rapport.

2. Dans le cas des salariés recrutés jusqu'au 31 décembre 1998, l'employeur aura l'obligation de conserver leur dossier en vertu des dispositions actuelles, à savoir 50 ans après la fin de l'activité.

3 *Journal Officiel* de 2018, point 357.

Il est important de noter que les nouvelles dispositions introduisent des exceptions à la période générale de conservation des dossiers du personnel. En particulier, les employeurs ont l'obligation de conserver les documents d'emploi pendant la période la plus longue si ces documents constituent des preuves utilisables dans le cadre de procédures. Si l'employeur est parti aux dites procédures, il a l'obligation de conserver les documents jusqu'à leur clôture. Dans le cas où l'employeur ne reçoit que les informations au sujet de l'ouverture des procédures, la période obligatoire de conservation des documents liés à l'emploi sera prolongée de 12 mois au maximum - après écoulement de la période, l'employeur aura l'obligation d'informer le salarié de la possibilité de recevoir les documents dans un délai de 30 jours à partir de la réception de l'information ; si le salarié ne prend pas possession des documents, ils seront détruits.

# Roumanie

FELICIA ROSIORU
Université Babes-Bolyai de Cluj-Napoca

## LA RÉFORME DU SYSTÈME DE SÉCURITÉ SOCIALE

Les changements législatifs les plus importants au cours du deuxième semestre 2017 concernent le système roumain de la sécurité sociale. À partir du 1er janvier 2018, les contributions sociales sont passées, à quelques exceptions près, entièrement à la charge du salarié. Celui-ci doit payer 10 % de son revenu pour le système d'assurance-maladie, 25 % pour le fonds des pensions et 10 % pour l'impôt sur le revenu. Avant 2018, l'employeur et le salarié partageait la charge des contributions sociales. En plus, pour le travail salarié, l'employeur est obligé de payer une contribution de 2,25 % du fonds mensuel des salaires. Les sommes payées sont divisées entre le fond de garantie des créances salariales (pour couvrir les salaires restant à payer en cas de la faillite de l'employeur) et le système d'assurance contre le chômage, les congés payés en cas de maladie ou maternité et le système d'assurance pour les maladies et les accidents professionnels. Les employeurs qui bénéficient du travail effectué dans des conditions spéciales ou dangereuses (entraînant des risques de travail, ainsi que l'exposition au bruit, à la chaleur, à des substances toxiques etc.) doivent payer une contribution mensuelle supplémentaire de 4 ou 8 %, en fonction des conditions du travail. L'obligation de verser cette contribution supplémentaire est fondée sur l'idée que celui qui bénéficie du travail effectué dans des conditions spéciales ou dangereuses doit en supporter la charge financière. Les raisons de cette réforme n'ont jamais été claires, l'idée principale était de faire sortir de l'ombre le travail non-déclaré, dès lors que les employeurs n'ont plus un intérêt fiscal à occulter l'existence ou la nature du contrat de travail.

Cette réforme a été accompagnée par l'augmentation du salaire minimum brut garanti à 1900 lei[1] à partir du 1er janvier 2018 et par une reforme salariale dans le secteur public. Les salaires ont été – en règle générale – augmentés de manière à couvrir la différence entre les cotisations dues avant le 1er janvier 2018 et à partir de cette date. La déclaration du Gouvernement roumain consistait à apporter une garantie du niveau du salaire reçu le 31 décembre 2017, qui ne devait pas baisser. Pourtant, de nombreux salariés ont vu leurs salaires diminuer et, pour certaines catégories professionnelles, mieux payées la diminution a été importante. Par contre, dans le secteur privé, les salariés n'ont eu aucune garantie contre la baisse de leurs salaires suite à la réforme du système de la sécurité sociale. Normalement, la solution raisonnable aurait dû être la négociation – individuelle et collective. En réalité, parce que la plupart des entreprises sont des petites et moyennes entreprises, souvent il n'existe ni de syndicat ni aucune forme de représentation collective des salariés. Selon la loi roumaine sur le dialogue social, pour former un syndicat il faut au moins 15 salariés travaillant pour un même employeur et les élections pour mettre en place des représentants des salariés sont organisées uniquement à partir de 21 salariés dans l'entreprise.

En plus, à partir du 1er janvier 2018, toutes les personnes physiques résidant en Roumanie sont assurées du système d'assurance-maladie et du fonds des pensions, et sont obligées de payer les contributions correspondantes (10 % et 25 %) pour tous les revenus mensuels tirés des activités professionnelles supérieurs au salaire minimum garanti (actuellement de 1900 lei). Auparavant, seule l'assurance-maladie était obligatoire pour les personnes ayant des revenus professionnels, indépendamment du type d'activité (salariée ou indépendante). Les personnes ayant le statut d'indépendant avaient le droit

1 Ce qui équivaut environ à 415 euros.

de conclure des contrats pour bénéficier des pensions, des indemnités de chômage ou d'arrêts de travail indemnisés en cas de maladie, de maternité ou pour soigner un enfant malade, âgé de moins de 7 ans. Certaines catégories de personnes sont exemptées de l'obligation de contribuer au système d'assurance-maladie : les mineurs ; les jeunes âgés de moins de 26 ans, s'ils sont élèves, étudiants ou apprentis et n'ont pas de revenus professionnels ; les jeunes âgés de moins de 26 ans provenant du système de protection des enfants ; les personnes persécutées durant le régime communiste pour des raisons politiques ; les personnes handicapées[2] ; l'époux, l'épouse et les parents d'un(e) assuré(e) ; les femmes enceintes ; les bénéficiaires du revenu minimum garanti ; les détenus et ceux qui sont en détention provisoire ; les citoyens roumains victimes du trafic de personnes ; le personnel des cultes reconnus par la loi etc. La réforme du système de la sécurité sociale a été accompagnée de la réforme des lois régissant les différentes prestations sociales (loi n° 95/2006 sur l'assurance –maladie, la loi n° 263/2010 sur le système unitaire des pensions, loi n° 76/2002 sur le système d'assurance-chômage, loi n° 346/2002 relative aux assurances en cas de maladies professionnelles et accidents du travail).

Les mesures législatives adoptées ont conduit à supprimer le financement des systèmes d'assurance par des autorités ou institution publiques en cas de maladie, maternité, congé parental ou de chômage de l'assuré. À partir du 1er janvier 2018, les bénéficiaires de l'indemnité maladie, maternité, congé parental ou de l'indemnité chômage restent des assurés du système public de la sécurité sociale, mais la contribution correspondante (10 % pour les assurances maladie et 25 % pour le fond des pensions) est déduite de l'indemnité perçue. Auparavant, les bénéficiaires des indemnités susmentionnées préservaient leur qualité d'assurés du système de sécurité sociale, mais la contribution correspondante était assumée par l'autorité en charge d'administrer la prestation sociale octroyée (par exemple, la Caisse d'assurance-maladie). En plus, la loi contenait une disposition discriminatoire vis-à-vis des salariés à temps partiel. Ils étaient obligés de payer des taxes et des cotisations sociales mensuelles correspondant au salaire minimum garanti[3], indépendamment du nombre d'heures de travail effectuées par jour ou par semaine. Suite à la réforme du 8 février 2018[4], les cotisations des travailleurs à temps partiel sont calculées sur le salaire minimum garanti, mais sont dues par l'employeur. Ceci tend, d'une part, à privilégier les salariés à temps partiel par rapport aux autres salariés qui supportent entièrement la charge de leurs assurances sociales. D'autre part, ce changement législatif a provoqué le licenciement massif de salariés à temps partiel en raison du coût pour l'employeur et est à l'origine de la fermeture de nombreux petits restaurants ainsi qu'à la cessation d'autres activités connaissant un fort taux de travail à temps partiel.

La réforme du système de la sécurité sociale a été très contestée parce qu'elle a été mal expliquée, presque non-motivée et elle a abouti, dans certains cas, à la diminution des droits sociaux de certaines catégories professionnelles. En plus, la réforme n'a été assortie d'aucune garantie pour les salariés du secteur privé contre la baisse de leur salaire. Les politiques menées par le Gouvernement roumain sont assez fluctuantes ; la réforme de la sécurité sociale comprend elle-même un certain degré d'imprévisibilité.

---

2 Les personnes handicapées ne sont exemptées de l'obligation de contribuer au système d'assurance-maladie que pour certains revenus (les allocations octroyées par les autorités publiques), mais elles doivent contribuer au système d'assurance-maladie pour les revenus professionnels.

3 Les impôts et les cotisations sociales mensuelles représentent 45 % du salaire mensuel (soit par rapport au salaire minimum garanti, 855 lei ; ce qui équivaut à environ 185 euros).

4 Ordonnance d'urgence du Gouvernement n° 3/2018.

# Royaume-Uni

JO CARBY-HALL
Université de Hull

## LE RAPPORT TAYLOR DE 2017

La démarche du Rapport Taylor se base sur une seule ambition : « Tout travail réalisé dans l'économie britannique doit être juste et honnête, donner des perspectives réalistes de développement et d'épanouissement personnels ». Un bon emploi est important car (a) « l'équité requiert que toute personne, celles qui ont de bas salaires en particulier, puisse progresser dans son travail, ait l'occasion d'améliorer son pouvoir d'achat et soit traitée avec respect et décence au travail » ; (b) « la qualité de l'emploi est un facteur primordial de santé et de contentement personnels qui profite au travailleur et qui sert l'intérêt public en général » ; (c) un travail mieux pensé qui améliore le rendement du travailleur peut apporter une contribution significative au défi complexe posé par notre bas taux de productivité » ; (d) « un principe fondamental devrait être que l'expérience professionnelle du travailleur soit à la hauteur des aspirations de chaque citoyen moderne, que les personnes éprouvent le respect, la confiance et la possibilité d'assumer des responsabilités » et (e) que « les changements rapides dans l'économie moderne, en particulier dans le domaine des technologies et le développement de nouveaux modèles d'affaires nécessitent une approche concertée du travail »[1]. Malheureusement, nombreux sont les exemples d'exploitation des travailleurs vulnérables par le patronat. Voilà donc de beaux principes auxquels les relations industrielles britanniques devraient aspirer. Nous n'aborderons dans ce commentaire que certains aspects du rapport Taylor : le statut de l'emploi, la notion de travailleur dépendant, les conditions d'emploi, la flexibilité sur le marché du travail britannique, la continuité de l'emploi, la bonne gestion des entreprises et le dialogue social et la transparence dans les entreprises.

### I – LE STATUT DE L'EMPLOI

Le statut de l'emploi est « le portail par lequel l'individu doit passer pour accéder aux droits légaux ». Un des problèmes posés par le statut de l'emploi c'est lorsqu'une personne n'est « ni salarié ni travailleur indépendant » mais jouit du statut de « travailleur ». C'est une des conséquences des innovations technologiques et numériques. Bien que les auteurs du Rapport estiment que le cadre législatif actuel fonctionne correctement et qu'il est suffisamment flexible, ils ont néanmoins affirmé qu'il était nécessaire de clarifier la notion de statut de l'emploi. La démarche actuelle adoptée par les tribunaux et les cours de justice est de déterminer la catégorie dans laquelle se trouve un individu, à savoir salarié, travailleur ou travailleur indépendant. Comme les éléments clé de la relation entre les parties ne sont pas définis par la législation, ils le font en appliquant les principes généraux du contrat en Grande-Bretagne, les Directives de l'UE et une pléthore d'affaires en *Common law* résolues

1 Source:*"Good Work. The Taylor Review of Good Working Practices"* July 2017.

par les tribunaux depuis plus de cent ans[2]. Il ressort du Rapport qu'il faudrait modifier la législation pour qu'elle reflète les caractéristiques du statut de l'emploi à travers une législation de base qui « donnerait une réponse dynamique à l'évolution des conditions et au droit jurisprudentiel ; les détails qui étayent ces critères doivent être spécifiés de manière à pouvoir être mis en lumière rapidement par l'utilisation accrue de la législation secondaire et des conseils »[3]. Selon le Rapport Taylor, le statut de l'emploi (*employment status)* doit être bien distinct et ne pas être si complexe que seul un tribunal puisse en comprendre les principes de base. Si les personnes qui travaillent sont soumises à un contrôle significatif (*a significant control*) de l'employeur, il ne faut pas qu'elles manquent de protection en raison du libellé attribuée au contrat. Il ne faut pas non plus que le statut de l'emploi soit difficile à interpréter par tout un chacun et par les employeurs responsables.

## II – RECOMMANDATION SUR LA NOTION DE « TRAVAILLEUR DÉPENDANT »

Selon le Rapport Taylor, l'actuel système à trois niveaux – travailleur indépendant, salarié et travailleur – est déroutant et les deux catégories « d'ayants-droit » devraient être plus faciles à distinguer l'une de l'autre. Le Rapport recommande donc que le gouvernement introduise une nouvelle appellation qui désigne la catégorie de personnes ayant droit à la protection au titre de travailleur – « *worker* » – mais qui ne sont pas des salariés – « *employees* » –. Il suggère que cette catégorie soit appelée : « travailleurs dépendants » *(dependent contractors)*. Il faudrait également que le gouvernement préserve le système des trois niveaux applicable au marché du travail moderne. De plus, grâce au développement du test pour ce statut, le contrôle par l'employeur aura une importance accrue ; l'accent sera moins mis sur la nécessité d'accomplir la tâche par la personne elle-même comme c'est le cas en ce moment pour définir le statut de travailleur *(worker)*.

## III – DESCRIPTION DE L'EMPLOI

Au titre de la législation britannique l'employeur n'a pas l'obligation de fournir un contrat au salarié. Il doit cependant lui fournir par écrit, dans un délai de deux mois après l'embauche une description détaillée du travail. Le Rapport suggère que le gouvernement introduise une réglementation pour que le salarié et le travailleur dépendant reçoivent les informations sur l'emploi dès le premier jour de travail. Actuellement, les informations qui doivent figurer sur la déclaration écrite sont les suivantes : le nom de l'employeur, le lieu de travail, le salaire, les congés payés, le droit aux allocations maladie et le droit à la retraite. Le Rapport préconise une extension du champ d'application de ces informations

---

2 Pour une analyse détaillée voir J. Carby-Hall « New Frontiers of *Labour Law – Dependent and Autonomous Workers* » in B. Veneziani et U. Carabelli (dir.) « Du travail salarié au travail indépendant-Permanences et Mutations », European SOCRATES, Programme, Cacucci Editore, 2003, p. 63-287. Du même auteur « *Innovative forms pf employment in the 21st Century Versus Employment Status* » dans M. Redinha (Rédactrice) « *Sociedade de Permitas e Combinaęôes* : *Problemas Juridicos da Economia Colaborativa* », Cambridge Scholars Publishing à paraître mi-2018 et J. Carby-Hall « The Taylor *Review 2017- A Critical Appreciationon on a Selection of its Legal Content* » dans Lourdes Mella (Redactrice) *Technological Innovations and the Future of Work* : *Emerging Aspects Worldwide* » à paraître fin 2018.

3 *"Taylor Review" op. cit.,* p. 34 – 35.

aux travailleurs dépendants et comprenant les droits légaux auxquels peuvent aspirer les travailleurs dès le premier jour de travail, le calcul du salaire et les modalités de paiement. De plus, le Rapport suggère que la législation spécifie que ces informations soient données en langue anglaise simple, courante, et accessible. Le Rapport propose que l'employeur qui ne respecte pas ces préceptes soit condamné à payer une somme compensatoire au salarié ou au travailleur dépendant. Une autre suggestion est que le gouvernement crée et développe un outil en ligne d'accès gratuit offrant aux travailleurs les informations sur le statut de l'emploi et sur d'autres questions relatives à l'emploi, mettant ainsi à profit la numérisation pour faciliter l'accès à l'information.

## IV – FLEXIBILITÉ DU MARCHÉ DU TRAVAIL AU ROYAUME-UNI

La nature flexible du marché du travail au Royaume-Uni est bien connue. La flexibilité joue un rôle important et permet aux employeurs de s'adapter aux changements rapides des conditions du marché, tout en favorisant un taux d'emploi élevé. Le Rapport s'inquiète de la manière dont les employeurs utilisent ce concept dans leur seul avantage en exploitant et en contrôlant les travailleurs. C'est dans les affaires *Uber*, *City Sprint* et *Pimlico Plumbers* que ceci est apparu de manière notoire. Ces employeurs ont fait usage de la flexibilité pour imposer à leurs travailleurs le statut de « travailleur indépendant ». Ils contrôlaient la situation en leur imposant un choix : acceptez ou quittez l'emploi. Il n'y avait pas la moindre suggestion d'une possibilité de négociation, ce qui équivalait à une flexibilité unilatérale. Une personne vulnérable occupant un emploi atypique, comme par exemple avec les contrats zéro heure et les emplois temporaires *(gig-economy)* a besoin de protection. La flexibilité du marché du travail est importante comme nous l'avons montré et doit être préservée mais elle ne doit pas être un outil au seul profit d'employeurs peu scrupuleux qui ne se soucient pas de leur main-d'œuvre.

## V – LA CONTINUITÉ DE L'EMPLOI

Le Rapport ne recommande pas l'abolition du concept de continuité d'emploi. Le problème qui se pose pour les personnes qui travaillent avec un contrat zéro heure ou celles qui ont des horaires de travail irréguliers, c'est qu'il peut leur être difficile de faire valoir certains droits en raison de discontinuités dans leur emploi. Pour avoir droit aux indemnités de licenciement, par exemple, ou pour pouvoir intenter une action pour licenciement abusif, un salarié doit avoir eu un emploi continu pendant deux ans. Ceux qui ont des emplois temporaires ou intermittents rencontrent donc des difficultés à prouver la continuité de leur emploi exigée pour bénéficier de droits. Les auteurs du Rapport estiment qu'il y a beaucoup à faire sur ce sujet et proposent d'allonger la période de carence à un mois au lieu d'une semaine. Ainsi, un travailleur occasionnel ayant eu une semaine de travail puis se trouvant sans emploi pour une période maximale d'un mois serait considérée comme ayant eu une continuité d'emploi.

## VI – BONNE GOUVERNANCE DE L'ENTREPRISE ET DIALOGUE SOCIAL

« Les entreprises bien gérées reconnaissent l'importance de leurs travailleurs et investissent pour établir de bonnes relations entre les individus et au niveau collectif » mentionne le Rapport. Un dialogue social efficace est essentiel pour que le travail soit juste et adéquat ; il convient de respecter la dignité des travailleurs, les activités quotidiennes doivent être gérées de manière courtoise et la direction doit considérer comme pertinente et constructive l'opinion des travailleurs sur les méthodes de travail. Les travailleurs, quant à eux, doivent avoir une compréhension générale de la politique de l'entreprise, de ses aspirations et stratégies d'avenir, du rôle des travailleurs et de leur contribution au développement de l'entreprise. Finalement, les travailleurs doivent être informés de décisions majeures de l'entreprise qui les affectent. « La participation des travailleurs et le dialogue social constituent l'essence d'une entreprise bien gérée et de sa réussite ». En outre, la gouvernance de l'entreprise et le dialogue social sont régies par la *Common law* à laquelle renvoie la législation sur l'emploi. Un grand nombre de ces exigences émanent des Directives de l'Union Européenne transposées dans la législation nationale tandis que d'autres ont leurs sources dans la législation nationale. Citons comme exemple de transposition de la législation européenne dans la législation britannique, la Directive sur les droits acquis *(Acquired Rights Directive)* ou la Directive sur le transfert d'entreprise *(Transfer of Undertakings Directive)* qui obligent notamment l'employeur à consulter les représentants des salariés sur divers sujets ; il en va de même pour la Directive sur le licenciement collectif pour cause économique (*redundancy*). Dans la législation nationale, les licenciements individuels sont couverts par l'*Employment Rights Act* de 1996 qui comprend des dispositions relatives aux négociations d'une convention collective de travail. La *Common law* britannique contient également des éléments de gouvernance d'entreprise et de dialogue social tels que l'obligation de respect du salarié et l'obligation pour l'employeur de prendre soin des salariés *(duty of care)*. Le Rapport Taylor exprime le désir de voir généraliser à tout le marché du travail, la gouvernance de l'entreprise et le dialogue social. Reste à savoir, si l'on tient compte du *Brexit*, si la volonté politique du gouvernement et l'agenda parlementaire permettront de légiférer sur toutes ou partie des suggestions du Rapport Taylor.

# Serbie

FILIP BOJIC
Université de Belgrade

En 2009, La République de Serbie a adopté la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage qui régit le domaine de l'emploi et des droits à l'assurance-chômage. Il faut souligner que la Serbie a adopté le modèle de l'Agence fédérale pour l'emploi allemande selon lequel, le service national de l'emploi applique des mesures actives (la fourniture de services liés au marché du travail) ainsi que des mesures passives telle que l'assurance-chômage[1]. Ce concept se distingue de celui retenu en France où le service national ne s'occupe que de la fourniture de services liés au marché du travail et des mesures actives[2]. À la mi-décembre 2017, l'Assemblée nationale de la République de Serbie a adopté, en procédure d'urgence, sans débat public et donc sans discussion avec les représentants des partenaires sociaux, les amendements de la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage[3].

Afin d'appliquer plus efficacement les lois, le législateur a indiqué les principaux buts des amendements de la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage ; à savoir, parvenir à une pleine efficacité du fonctionnement du service national, à une réduction des coûts et à une meilleure formulation de certaines questions[4]. La plupart des amendements portent sur l'allocation chômage versée aux assurés affectés par le risque du chômage, s'ils remplissent les conditions légales prévues pour cette prestation qui est versée aux assurés involontairement privés d'emploi[5]. Il s'agit du droit garanti par l'article 69 de la Constitution de la République de Serbie qui prévoit qu'un travailleur privé temporairement d'emploi a droit à être indemnisé[6]. C'est une raison de plus qui oblige le législateur à détailler les conditions nécessaires pour bénéficier du droit à l'allocation chômage.

L'introduction de l'allocation journalière est l'innovation la plus importante de cette loi. Elle s'obtient par la multiplication de l'indice de l'allocation journalière par l'indice majoré propre au bénéficiaire[7]. Elle a été introduite dans la législation serbe pour établir précisément le montant de l'indemnité mensuelle de chômage qui est le résultat du montant de l'allocation journalière par le nombre de jours du mois pour lequel un bénéficiaire a droit au versement de l'allocation. L'indice de l'allocation journalière est de 1 000 dinars (8,50 €) y compris les cotisations sociales salariales. L'autre nouveauté réside dans le fait que la loi détermine un montant mensuel minimum (22 390 dinars – 188 €) et maximum de l'allocation chômage (51 905 dinars – 437 €) ; de même la loi sur l'assurance retraite et invalidité détermine le montant mensuel minimum et maximum de la pension de vieillesse et d'invalidité. Avant, il était prévu que le montant de l'indemnité corresponde à 50 % du point de l'indice salarial,

1 B. Lubarda, *La loi du travail, la discussion sur le dialogue social et la dignité au travail,* Faculté de droit de l'université de Belgrade, 2012, p. 309

2 *Ibid*.

3 Amendements de la Loi sur l'emploi et l'assurance-chômage, *Journal officiel de la République de Serbie* –(*JORS* ci-après), n° 113/2017.

4 L'explication de la proposition de Loi sur l'emploi et l'assurance-chômage, est disponible, en p. 4, sur le site de l'Assemblée Nationale de la République de Serbie : http://www.parlament.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/3781-17.pdf

5 Conformément aux dispositions de la Loi, la durée de l'indemnisation est au maximum de 3 mois, si le salarié a un à 5 ans d'ancienneté ; 6 mois, s'il a entre 5 et 15 ans d'ancienneté ; 9 mois, s'il a plus de 25 ans d'ancienneté. Exceptionnellement, la durée de l'indemnisation est de 24 mois, si 2 ans ou moins manquent à un salarié pour remplir la première condition de partir en retraite (loi sur l'emploi et l'assurance-chômage, art.72 *JORS*, n° 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017 et 113/2017-).

6 Art. 69, paragraphe 3 de la Constitution de la République de Serbie (JORS, n° 98/2006)

7 Art. 69 de la Loi sur l'emploi et l'assurance-chômage

c'est-à-dire le salaire moyen versé au chômeur au cours des 12 mois précédant la fin du contrat de travail et qu'il ne pouvait être ni supérieur à 160 % ni inférieur à 80 % du salaire minimum déterminé pour le mois de versement de l'allocation[8].À partir du 1er janvier 2019, l'indice de l'allocation journalière ainsi que le montant mensuel minimum et maximum de l'indemnité, seront harmonisés avec l'indice annuel des prix à la consommation de l'année civile précédente[9].

Il faut également souligner que les dispositions de la nouvelle loi sur la procédure administrative[10] vont entrer en vigueur le 1er juin 2018. Étant donné que le chômeur bénéficie du droit à l'indemnité en soumettant une demande au bureau chargé du service national de l'emploi, conformément aux dispositions de la loi sur la procédure administrative générale, il est nécessaire d'harmoniser des dispositions de la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage avec celles de la nouvelle loi sur la procédure administrative générale. Un nouveau paragraphe a été ainsi ajouté déterminant la procédure pour bénéficier du droit à l'assurance obligatoire. Cette disposition prévoit que le recours déposé contre la décision de première instance sur les droits du chômeur ne suspend pas l'exécution de la décision rendue en première instance[11].

En République de Serbie, outre le service national de l'emploi, les agences d'emploi privées, créées par une personne physique ou morale peuvent fournir un ou des services liés au marché du travail[12]. À cet effet, il faut présenter une demande écrite pour que le Ministère délivre une licence à l'agence et vérifie par là-même si elle est dotée de moyens matériels et humains nécessaires et suffisants à l'accomplissement de la mission. La loi détermine expressément une liste d'interdictions de fonder une agence d'emploi. Ainsi une personne pénalement condamnée à une peine de prison ferme d'au moins six mois ne peut ni fonder une agence ni fournir des services liés au marché du travail pendant une période de 3 ans après avoir purgé la peine d'emprisonnement; cela vaut aussi pour le fondateur d'une agence ayant perdu la licence pendant une période de 3 ans à compter de la date de retrait de la licence[13]. Étant donné qu'en pratique, des entreprises sans licence fournissaient des services liés au marché du travail, les amendements à la loi ont introduit une interdiction supplémentaire selon laquelle une personne, inspectée et repérée par l'autorité compétente comme une entreprise non enregistrée qui fournissait des services liés au marché du travail ne peut pas fonder une agence[14]. Cette interdiction est valable pendant 3 ans à compter de la date de la décision judiciaire. Compte tenu de cela, on en déduit que toutes ces interdictions sont temporaires et d'une durée de 3 ans. Les nouvelles dispositions offrent une meilleure protection aux citoyens de la République de Serbie qui recourent aux services d'une agence comme médiateur pour rechercher un emploi à l'étranger car, dans la plupart des cas, la pratique a montré qu'il s'agissait la plupart du temps d'entreprises non-enregistrées[15].

---

8 Art.69 et art.70 de la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage (avant des changements de l'année 2017).

9 Art. 70 de la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage.

10 *JORS*, n° 18/2016

11 Dans le système juridique serbe, l'autorité de deuxième instance, est le directeur du service national de l'emploi qui rend une décision en dernier ressort, contre laquelle il est possible d'engager un recours devant le tribunal administratif compétent. Art. 80 de la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage

12 La loi prévoit que les agences privées ne peuvent ni embaucher des personnes mineures ni proposer des travaux à haut risque.

13 Art. 22 de la Loi sur l'emploi et l'assurance-chômage.

14 Art. 22 de la Loi sur l'emploi et l'assurance-chômage.

15 Proposition de loi sur l'emploi et l'assurance-chômage, Assemblée Nationale de la République de Serbie http://www.parlament.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/3781-17.pdf

# Suède

JENNY JULÉN VOTINIUS
Université de Lund

## I – UNE NOUVELLE FORME D'EMPLOI POUR LES NOUVEAUX MIGRANTS ET LES CHÔMEURS DE LONGUE DURÉE

En novembre 2017, la Confédération des entreprises suédoises *(Svenskt Näringsliv)*, la Confédération des syndicats suédois *(Landsorganisationen i Sverige – LO)* et le principal syndicat suédois de cadres du secteur privé (*Unionen*), sont parvenus à un accord de principe sur l'introduction d'une nouvelle forme d'emploi : l'emploi d'installation (*etableringsanställning*), visant à promouvoir la participation des nouveaux migrants et des chômeurs de longue durée au marché du travail. Pour que cet accord devienne contraignant, l'État devait consentir à prendre en charge une partie du salaire des bénéficiaires.

En mars 2018, après trois mois de négociations, les partenaires sociaux et le gouvernement suédois ont signé une déclaration d'intention, par laquelle le gouvernement a accepté d'appuyer cette initiative conjointe[1]. Il doit désormais rédiger une notification d'aide d'État, qu'il présentera à la Commission européenne. Certaines lois nécessiteront également quelques amendements. Les dispositions nécessaires devraient être prises au début de l'année 2019.

L'emploi d'installation sera ouvert aux nouveaux immigrants ayant obtenu un permis de séjour en Suède au cours des 36 derniers mois, ainsi qu'aux personnes en situation de chômage depuis plus de 12 mois – ou six mois pour celles de moins de 25 ans. La personne doit être autorisée à participer aux cours de suédois – s'agissant des immigrants – proposés par l'État ainsi qu'à d'autres formations de courte durée pendant les heures de travail, sans réduction de salaire. Le gouvernement a accepté d'augmenter le nombre de places en formation, notamment en formation professionnelle pour adultes. Les contrats d'installation peuvent se poursuivre pendant une durée maximale de deux ans, l'objectif étant de les transformer, passé ce délai, en contrats à durée indéterminée – sachant que rien ne garantit une telle évolution.

Ce type d'emploi doit être rémunéré à hauteur du salaire minimum garanti par la convention collective en vigueur, et donne droit à des prestations sociales. Le gouvernement a accepté de payer 54 % des coûts salariaux. En d'autres termes, les dépenses salariales totales de l'employeur pour ce type d'emploi s'élèveront à 8 400 SEK (soit 833 euros)

1 Déclaration d'intention du 5 mars 2018 entre le gouvernement, la Confédération des syndicats suédois (*LO*), le syndicat des cadres (*Unionen*) et la Confédération des entreprises suédoises. http://www.government.se/49381d/contentassets/ae057fea761949e6950ad9a56dc81350/declaration-of-intent-between-the-government-the-swedish-trade-union-confederatio-lo-unionen-and-the-confederation-of-swedish-enterprise.pdf

par mois. En outre, le travailleur bénéficiera de prestations individuelles non imposables versées par l'État, pouvant aller jusqu'à 9 870 SEK (soit 979 euros) par mois en 2019. Le gouvernement et les partenaires sociaux ont convenu que le salaire et les prestations individuelles s'aligneront sur l'évolution des salaires.

Le contrat d'installation est une initiative des partenaires sociaux ; un employeur souhaitant recourir à ce type d'emploi doit avoir signé une convention collective. Afin d'éviter les abus, les partenaires sociaux mettront en place une Commission chargée de veiller à l'application et au respect des accords syndicaux en la matière.

Sur le plan sectoriel, les négociations concernant les conventions collectives sur les emplois d'installation – prévues pour durer cinq ans – vont désormais s'ouvrir. Le syndicat des cadres – *Unionen* – et la plupart des syndicats ouvriers, membres de la Confédération des syndicats suédois *(LO)* ont accepté de participer à cette initiative. Certains ont toutefois préféré rester en dehors du processus, à l'instar du Syndicat suédois des ouvriers du bâtiment.

Une incertitude continue de planer sur l'approbation par le Parlement des modifications législatives. Lorsque les partenaires sociaux ont présenté leur accord de principe l'année dernière, plusieurs partis d'opposition ont adopté une position très ferme contre l'initiative, arguant que le financement par l'État des emplois d'installation imposerait un fardeau fiscal beaucoup trop lourd pour le contribuable.

## II – REVIREMENT DE JURISPRUDENCE SUR L'UTILISATION DE PROTÈGE-AISSELLES POUR DES MOTIFS D'ORDRE RELIGIEUX

La Suède est un pays très laïque, à tel point qu'elle est parfois qualifiée de pays le moins religieux d'Occident[2]. Jusqu'à récemment, la question de la religion dans le monde du travail n'avait pas attiré beaucoup d'attention, et seule une poignée de cas avaient été portés devant les tribunaux.

La discrimination fondée sur la religion est interdite par la loi sur les discriminations, adoptée en 2009 abrogeant les quatre lois distinctes qui régissaient alors les actes de discrimination fondés sur le genre, l'orientation sexuelle, le handicap et l'origine ethnique (y compris la religion). Le médiateur chargé des discriminations est compétent pour entendre des affaires de discrimination, à condition toutefois que les syndicats s'abstiennent de saisir la justice. Il doit, dans la mesure du possible, essayer de concilier les parties, en amenant l'employeur à verser des dommages et intérêts en dehors de toute procédure judiciaire. La plupart des affaires de discrimination sont résolues de cette façon, et les tribunaux ne sont saisis que dans un nombre très restreint de cas. La grande majorité des conciliations en matière de discrimination fondée sur la religion entendues par le médiateur chargé des discriminations, ainsi que la plupart des quelques procédures judiciaires en la matière,

2 P. Norris et R. Ingelhart *Sacred and Secular: Religion and Politics Worldwide* Cambridge University Press, New York, 2011, p. 257. Voir également « Sweden 'least religious' nation in Western world », *The Local* 2015-04-13, qui mentionne une étude menée par WIN/Gallup International, dans le cadre de son enquête de fin d'année 2014.

concernent des personnes de confession musulmane[3], les sujets les plus courants étant le port du voile islamique, suivie du refus de serrer la main à des personnes du sexe opposé. Plus récemment, c'est l'utilisation de protège-aisselles qui a retenu l'attention.

En 2016, le tribunal de district de Stockholm a statué dans une affaire concernant une étudiante en médecine dentaire, de religion musulmane, qui devait commencer sa formation clinique au sein du *Karolinska Institutet*4. Selon le règlement intérieur, élaboré conformément aux orientations du Conseil national de la santé et du bien-être, l'ensemble du personnel clinique était tenu de travailler avec les aisselles dénudées. La demande de l'étudiante visant à porter des protège-aisselles, fondée sur ses convictions religieuses, a été refusée. La requérante étant étudiante, et le défendeur étant par conséquent l'établissement universitaire, cette affaire n'a pas été entendue par la Cour suédoise du travail.

Le tribunal de district a décidé que l'obligation de travailler avec les aisselles dénudées était plus contraignante pour certaines femmes musulmanes que pour d'autres groupes de population. N'ayant pas pu établir avec certitude que les protège-aisselles en plastique suscitaient des préoccupations fondées en matière d'hygiène, la juridiction a conclu que l'établissement d'enseignement n'avait pas réussi à justifier objectivement une éventuelle discrimination indirecte. La discrimination a par conséquent été retenue. En août 2017, le médiateur chargé des discriminations a confirmé cette jurisprudence dans une affaire concernant un autre grand hôpital5, en affirmant clairement que ce dernier ne pouvait plus maintenir l'obligation pour le personnel du service maternité de travailler avec les aisselles dénudées.

Saisie d'une affaire similaire, la Cour du travail a rendu, en décembre 2017, un arrêt en totale contradiction avec cette jurisprudence6. Malgré l'arrêt *Karolinska Institutet*, la clinique dentaire publique *Folktandvården Stockholm* a maintenu l'obligation pour tous ses dentistes de travailler avec les aisselles dénudées. Le médiateur chargé des discriminations a traduit *Folktandvården* devant la Cour suédoise du travail, au nom d'une dentiste musulmane à laquelle on avait interdit de porter des protège-aisselles en plastique.

3 Citons en outre une affaire récente très médiatisée impliquant une sage-femme chrétienne ayant refusé d'effectuer des avortements. Cette affaire est actuellement en instance devant la Cour européenne des droits de l'homme.

4 Cour municipale de Stockholm, affaire T 3905-15, Médiateur chargé de la discrimination contre Suède, représentée par le *Karolinska Institutet* (décision 2016-11-16). Voir P. Norberg, *Rapport pays Non-discrimination – Suède 2017*, Réseau européen d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres et de la non-discrimination, disponible sur : http://www.equalitylaw.eu/downloads/4388-sweden-country-report-non-discrimination-2017-pdf-1-59-mb, p. 99 et p. 106.

5 Médiateur chargé des discriminations, décision GRA 2017/26 du 29 août 2017. Disponible en suédois sur : http://www.do.se/globalassets/stallningstaganden/arbetsliv/tillsynsbeslut-sjukhus-kladregler-2017-1.pdf

6 Cour suédoise du travail, AD 2017, n° 65, Médiateur chargé de l'égalité, The Peoples Dentists of Stockholm County (décision 2017-12-20).

Tout comme dans l'arrêt *Karolinska Institutet*, la Cour a décidé que l'obligation de travailler avec les aisselles dénudées était plus contraignante pour certaines femmes musulmanes que pour d'autres groupes de population, et que cette affaire constituait par conséquent un cas de discrimination indirecte. Bien que la preuve concernant les préoccupations en matière d'hygiène ait été exactement la même que dans l'affaire *Karolinska Institutet*, la Cour du travail a toutefois décidé que l'employeur avait réussi à apporter des justifications objectives. Bien qu'il n'ait pas pu être établi avec certitude que les protège-aisselles en plastique suscitaient des préoccupations fondées en matière d'hygiène, la juridiction a estimé qu'il fallait laisser aux employeurs une marge de manœuvre importante en matière de règles d'hygiène pour réduire les risques pour la sécurité des patients. La discrimination n'a, par conséquent, pas été retenue dans cette affaire.

# Turquie

MELDA SUR
Université Dokuz-Eylül

## LA RÉFORME DES JURIDICTIONS DU TRAVAIL

Adoptée à l'issue d'une longue période de gestation, la loi n° 7036 du 12 octobre 2017 sur les tribunaux du travail *(İş Mahkemeleri Kanunu)*[1] vient remplacer l'ancienne loi de 1950[2]. Le but principal de la réforme est de remédier à la surcharge de travail des juridictions sociales et en particulier des chambres sociales de la Cour de Cassation. Par cette réforme d'envergure, le législateur a essayé de traiter le problème sur plusieurs fronts.

### I – VUE D'ENSEMBLE

L'exposé des motifs est éloquent : la durée moyenne des procès du travail en 2016, était de 434 jours, et parmi les 3 525 000 litiges en droit privé, 15 % seraient des litiges du travail[3]. De surcroît, parmi les 780 000 dossiers civils que la Cour de cassation a dû examiner, 30 % concernaient les litiges du travail. Ces développements se trouvent liés à de nombreux facteurs, comme la croissance démographique, l'évolution des modalités d'exécution du travail, les progrès extraordinaires de la technologie, l'élargissement du champ de la sécurité sociale, la diversité et la multiplication des litiges du travail. La loi n° 7036 apporte tout d'abord une modification nécessaire en accordant une compétence plus étendue aux tribunaux du travail, désormais compétents pour tout litige reposant sur la relation de travail (art. 5), quelle que soit la loi applicable au salarié. Ainsi, notamment le grand nombre de salariés travaillant sous contrat de travail soumis au Code des obligations (art. 393-469), comme les employés de maison, les ouvriers agricoles d'exploitations de moins de 50 salariés, les salariés (jusqu'à trois personnes) des petits commerçants et artisans, les pilotes et personnel de cabine dans l'aviation entreront désormais dans le champ de compétence des tribunaux du travail.

À côté de cette nouvelle compétence étendue, des modifications plus contestées[4] ont été introduites dans le but de remédier à la surcharge de travail des juridictions :

- L'art. 21 du Code du travail régissant la protection contre le licenciement est amendé : les jugements auparavant « déclaratoires » se bornaient à constater la nullité du licenciement sans calculer les sommes dues si l'employeur refusait de réintégrer le salarié. Or, dans le secteur privé, l'employeur refuse souvent de réintégrer le salarié et préfère payer l'indemnité légale (quatre à huit mois de salaire et jusqu'à quatre mois de salaires pour la période avant la réintégration). Le salarié devait par la suite intenter un autre procès pour accéder à ses droits. Ainsi, désormais, le juge qui statue sur la nullité du licenciement devra également calculer le montant des indemnités et des créances

1 Journal Officiel du 25 octobre 2017, n° 30221.
2 Loi n° 5521, du 0.1.1950, Journal Officiel du 4 février 1950, n° 7424.
3 Les chiffres sont donnés par la Direction Générale du registre de justice et des statistiques (*Adlî Sicil ve Istatistik Genel Müdürlüğü).*
4 Pour une évaluation d'ensemble voir notamment, A. Güzel, « İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Aykırı Düşünceler », *Çalışma ve Toplum*, 2016/3, n° 50, p. 1131-1146.

dues[5]. Toutefois, les dispositifs du jugement sur ces indemnités auront nécessairement un caractère conditionnel, puisque subordonnés aux cas de « refus de réintégrer le salarié », ce qui sera de nature à créer des difficultés pour leur exécution à ce stade[6].

- Les délais de prescription, de dix ans selon la règle générale du Code des obligations ont été écourtés à cinq ans pour les créances les plus couramment réclamées lors de la rupture du contrat de travail : les congés-payés annuels, l'indemnité de licenciement *(kıdem tazminatı)*, l'indemnité de préavis *(ihbar tazminatı)*, l'indemnité de rupture abusive (*kötüniyet tazminatı)* et l'indemnité de discrimination *(ayrımcılık tazminatı).*
- La Loi modifie sensiblement la signification et la portée de la médiation régie par la loi sur la médiation dans les conflits juridiques[7], pour la rapprocher un peu de la médiation dans les conflits collectifs de travail (art. 50 de la loi sur les syndicats et les conventions collectives de travail). Ainsi le médiateur peut désormais « proposer une solution » si les parties ne parviennent pas à un accord (art.17 modifiant les articles 2 et 15 de la loi sur la médiation dans les litiges juridiques).

Toutefois, les changements les plus significatifs et les plus discutés sont, la phase de médiation devenue obligatoire pour une grande partie des litiges du travail (art. 3) et la suppression du pourvoi en cassation pour certains jugements (art. 8).

## II – LA MÉDIATION CONÇUE COMME PHASE PRÉALABLE OBLIGATOIRE

### A – Principales dispositions

Dans le but de remédier à la charge excessive des juridictions du travail, le recours à la médiation devient *obligatoire* avant l'ouverture de tout procès sur des litiges du travail portant sur des créances et indemnités légales, contractuelles ou fondées sur une convention collective de travail, ainsi que la réintégration de travailleurs licenciés. Exception est faite en matière d'accidents ou de maladies du travail (par. 3 de l'art. 3), sujets intéressant de plus près l'ordre public. Pour les actions susmentionnées, les parties qui ont omis de passer par cette phase se verront opposer une fin de non recevoir lors de l'ouverture du procès. La loi organise concrètement la médiation, comme la Loi n° 6325 sur la médiation dans les litiges, également applicable. Ainsi sont définis les qualifications requises du médiateur (diplôme de droit, formation spéciale, absence de certaines condamnations, impartialité et indépendance), les bureaux de médiation compétents, le choix du médiateur - laissé aux parties sur une liste rendue publique, ou effectué par le bureau en cas d'absence d'accord - sur la liste officielle. Une aide judiciaire sera accordée en cas de besoin selon les dispositions du Code de procédure civile.

La durée de la médiation est de trois semaines, que le médiateur peut prolonger jusqu'à une semaine si nécessaire. Notons que lorsque l'échec de la médiation est dû à l'absence – non excusable - de l'une des parties à la première réunion, celle-ci sera plus tard tenue du remboursement de la totalité des frais judiciaires, même si elle obtient gain de cause, et ne pourra pas non plus réclamer les frais d'avocat (par. 12 de l'art. 3). Si les deux parties s'absentent à la première réunion, les frais seront à charge égale, et de manière générale, la rémunération du médiateur est partagée en parts égales par les parties. Par contre, s'il y a

5 Voir, Ü. Narmanlıoğlu, « İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler) », *Sicil,* 2017, n° 38, p. 9-21.

6 Voir, M. Astarlı, « 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi », *Sicil,* 2017, n° 38, p. 40-53.

7 Loi n° 6325 du 7.6.2012 (*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu).*

échec au bout de deux heures, la rémunération sera effectuée par le Trésor public. Dans les cas où la médiation aboutit à un accord, celui-ci revêtira un caractère exécutoire après avoir été visé par le juge de paix. Les signatures du médiateur et des deux parties ainsi que de leur avocat donnent à cet accord le caractère d'un « jugement exécutoire » (art.18, par. 2, 3 et 4 de la loi sur la médiation dans les litiges juridiques).

### B – Critiques et références

L'obligation du recours à la médiation a été très critiquée dans la doctrine. L'argument de base des détracteurs se fonde sur le caractère impératif de la plupart des dispositions tendant à la protection du travailleur et qui caractérisent la législation sociale. Or, le travailleur sera souvent amené à accepter un compromis désavantageux et à renoncer à certains de ses droits. L'inégalité de fait des parties entacherait l'accord auquel la médiation va aboutir, et justice ne serait pas faite[8]. Si l'on se réfère à la Recommandation Rec (2002) 10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, de tels accords semblent admis mais avec une certaine circonspection : « 16. Un document écrit devrait d'ordinaire être rédigé à la fin de chaque processus de médiation pour définir l'objet, l'étendue et l'issue de l'accord. Les parties devraient pouvoir bénéficier d'un délai de réflexion limité et agréé entre les parties entre le moment où il est rédigé et la date de sa signature ». « 17. Les médiateurs devraient informer les parties de l'effet des accords issus de la médiation et des démarches à suivre si l'une ou les deux parties souhaitent exécuter leurs accords. De tels accords ne devraient pas aller à l'encontre de l'ordre public ».

Reste à savoir si « l'ordre public social » peut ainsi être mis de côté. Néanmoins, le texte semble laisser aux États une certaine latitude : « 11. Les États devraient décider si, et dans quelle mesure les clauses relatives à la médiation peuvent restreindre le droit des parties d'agir en justice. » Ainsi, dans un passé récent, un recours devant la Cour constitutionnelle concernant la loi sur la médiation sur les litiges juridiques avait été rejeté, la Cour ayant fondé sa décision principalement sur le caractère consensuel de l'accord auquel aboutissent les parties qui ne sont point tenues de parvenir à un quelconque accord, et peuvent ensuite *ester en justice*[9]. Toutefois, la Cour a statué à l'époque alors que le recours à la médiation n'était que facultatif. Quelle serait la solution face à un recours à la médiation rendu obligatoire dans les litiges sociaux les plus importants ce recours étant une condition de recevabilité de l'action en justice ? La réponse est incertaine[10]. Malgré les transformations sociétales importantes, l'inégalité des parties demeure.

---

8 Voir not. les actes de la conférence du 14 mai tenue à Istanbul, organisée par l'Association du Droit du travail et de la sécurité Sociale (*İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi,* Ed. K. Doğan Yenisey) : M. Namlı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, p. 151-165 ; K. Doğan Yenisey, İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, p. 167-193 ; G. Alpagut, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, p. 195-217.

9 Cour constitutionnelle, arrêt du 10 Juillet 2013, 2012/94-2013/89, *Journal Officiel* du 25 janvier 2014, n° 28893.

10 Dès le 26 octobre 2017, le Conseil National des Barreaux *(Türkiye Barolar Birliği)* a publié une déclaration (Duyuru 2017/61) selon laquelle certaines dispositions de la Loi ne seraient point conformes à la Constitution. Parmi celles-ci, l'obligation de recours à la médiation avant d'ester en justice, le caractère définitif et insusceptible de recours en justice des points où il y a eu accord, les frais de médiation considérés comme frais judiciaires et la possibilité de représentation de l'employeur par son salarié lors de la médiation. Les tribunaux peuvent eux-mêmes référer ces dispositions à la Cour Constitutionnelle (art.40 de la Loi n° 6216 sur l'instauration et le fonctionnement de la Cour Constitutionnelle).

### III – LA SUPPRESSION DU POURVOI EN CASSATION CONTRE CERTAINES DÉCISIONS

Le législateur complète la médiation par une autre mesure concernant les voies de recours judiciaires. En effet, après l'entrée en fonction des Cours d'appel *(Bölge Adliye Mahkemeleri)* en Juillet 2016, le problème de la durée des procès se pose avec plus d'acuité et il s'agissait donc d'apporter une correction à la multiplication des voies de recours. Le législateur a ainsi rendu définitifs certains arrêts des Cours d'appel, indépendamment de la valeur du litige. Les procès aux fins de réintégration de salariés licenciés (art. 21 du Code du travail et art. 24 de la loi sur les syndicats et les conventions collectives de travail) forment une part importante de ces litiges. Dans le domaine de la négociation collective, la détermination de l'unité de « négociation d'entreprise » *(işletme toplu iş sözleşmesi*, art. 34 de la loi sur les syndicats et les conventions collectives de travail), les sanctions disciplinaires de l'employeur, l'interprétation de la convention collective (art. 59/1) et le caractère licite ou illicite de la grève ou du lock-out (art. 71/1) font également partie des sujets de litiges fermés au contrôle de la Cour de cassation. Se pose alors la question de l'indispensable rôle de la Cour de cassation dans l'interprétation des normes, le développement du droit et son adaptation aux besoins, et l'élaboration de principes. La jurisprudence de la Cour de cassation a largement servi de source d'inspiration au législateur, en apportant des solutions nouvelles et adaptées aux réalités. Enfin, la Cour de cassation a une fonction essentielle qui est d'assurer l'unité de la jurisprudence. C'est pourquoi, la réforme suscite des inquiétudes justifiées[11].

## Conclusion

L'élargissement du champ de compétence des juridictions du travail à l'ensemble des litiges fondés sur la relation de travail est une réforme bienvenue, dont les incidences seront de faible ampleur sur la charge des tribunaux du travail. Par contre, en donnant un caractère définitif à une importante partie des arrêts des Cours d'appel (notamment dans l'application de la protection contre le licenciement), tout un pan des litiges sociaux va se trouver soustrait du contrôle de la Cour de cassation dont l'un des rôles fondamentaux est d'assurer l'unité de la jurisprudence. Quant à la médiation, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, en sa Recommandation n° R (86) 12 du 16 septembre 1986 relative à certaines mesures visant à prévenir et réduire la surcharge de travail des tribunaux avait bien invité les gouvernements à « encourager, dans les cas appropriés, le règlement amiable des différends, soit en dehors de l'ordre judiciaire, soit avant ou pendant la procédure judiciaire ». À cet effet, parmi les mesures envisageables, les États pouvaient « prévoir, avec des avantages appropriés, des procédures de conciliation qui, préalablement à la procédure judiciaire ou en marge de celle-ci, auraient pour but de régler le litige ». Or ici le risque est grand, avec l'introduction de la phase de médiation obligatoire, de voir battue en brèche une législation du travail qui vise à protéger le salarié qui peut être amené à renoncer à une partie de ses droits, ces droits-mêmes que le législateur a essayé de garantir par une législation sociale protectrice.

11 Dans ce sens not : Güzel, *Çalışma ve Toplum,* 2016/3, p. 1137-1140.

# CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

Les héritages cruciaux du XXe siècle aux sociétés d'aujourd'hui

Le XXe siècle est derrière nous, mais avant sa fin, il a légué une situation inquiétante, sinon alarmante pour l'avenir de l'humanité. Elle affecte la grande majorité des habitants du globe, à l'exception d'une élite qui crée à son profit une richesse fabuleuse et provoque l'appauvrissement des populations. Le capitalisme mondialisé, transmuté à l'aide des nouvelles technologies, se sert d'une monnaie privée et invisible. Les marchés devenus débridés ont déshumanisé le travail humain, sa protection juridique et démantèlent les droits sociaux, en créant, entre autres, un (sur)endettement progressif des États et en imposant une compétitivité exorbitante. Il en résulte des conditions de vie incertaines, voire misérables. Par ces pratiques le capitalisme, privé et institutionnel, mine les régimes démocratiques et fait émerger un pouvoir politique jusqu'alors inconnu.

Devant ces évolutions il importe de s'interroger sur les moyens de dépasser cette dégradation de la vie sociale et même de la civilisation, en d'autres termes de sortir de cette détresse.

*Nikitas Aliprantis est sociologue et juriste, diplômé en sciences économiques et politiques. Il est professeur émérite de l'Université de Strasbourg et ancien professeur de l'Université Démocrite de Thrace. Il est membre de l'Academia europaea et membre correspondant de l'Académie d'Athènes. Il a participé comme expert indépendant au Comité européen des droits sociaux au Conseil de l'Europe (1996-2008).*

Collection « Logiques Sociales »
dirigée par Bruno Péquignot

Illustration de couverture :
L'isolement individualiste

ISBN : 978-2-343-12483-4
30 €
9 782343 124834

## NIKITAS ALIPRANTIS

# LES HÉRITAGES CRUCIAUX DU XXe SIÈCLE AUX SOCIÉTÉS D'AUJOURD'HUI

*Par Jean-Michel Belorgey*
Président de section honoraire au Conseil d'État

C'était, pour l'avoir côtoyé pendant quelques dix ans au sein du Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe (organe de régulation de la Charte sociale européenne, qu'il ne faut pas confondre avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union, laquelle ne reprend qu'une faible partie des prévisions de la précédente, sur un mode souvent ambigu) dont nous étions membres tous les deux, essentiellement comme juriste que, avant de lire l'ouvrage qu'il vient de publier en français, l'une des langues que ce polyglotte pratique couramment, j'étais enclin à percevoir le professeur Nikitas Aliprantis. Bien que j'ai lu, quand il m'en a fait hommage, au début des années 2000, son ouvrage sur *Les organisations patronales et la justice en matière sociale*[1] dont l'élogieuse préface par le professeur Gérard Lyon-Caen, je la redécouvre, débute en ces termes : «*Voici une étude que nos juristes auraient tort d'ignorer encore qu'elle se situe plutôt du côté de la sociologie judiciaire que de la sociologie du travail* ». Bien que les Mélanges réalisés en 2014 en

1 Librairie de droit et de jurisprudence (LGDJ), Paris 1981

son honneur[2] regroupent essentiellement, dans leur seconde partie, des contributions de sociologues. Il ne m'en a toujours pas moins paru évident que Nikitas Aliprantis ne partageait pas l'allergie maladive de nombre de juristes, et même de philosophes du droit, à l'égard des sciences sociales, allergie dont il m'a bien fallu m'accommoder quand, rapporteur général de la section du rapport et des études du Conseil d'État, et soumis à la relecture pour validation de mes projets de rapport, l'un de mes collègues d'âge respectable protestait « *ce n'est pas du droit, c'est de la sociologie* », ce qui n'était, hélas, pas le propre d'une génération, puisqu'un jeune rapporteur à qui je suggérais la lecture d'un livre de sciences sociales sur les questions de précarité et de pauvreté me rétorquait, presque indigné, « *moi je fais du droit, monsieur* ». Je n'ai plus de doute désormais que, distingué juriste, Nikitas Aliprentis soit aussi un distingué sociologue ; et il se pourrait que ceci ne soit pas un hasard, que cette double compétence soit la clef d'une compréhension point trop mutilée de nombre de faits sociaux, et d'une capacité à avoir sur eux une véritable prise (l'imaginaire du droit, des juristes et des non juristes, y compris des philosophes des sciences visités par une fascination ambigüe du droit - Bruno Latour et « La fabrique du droit » - a récemment donné lieu à de belles réflexions[3]).

*Compréhension* : il faut prendre garde aux mots quand on traite de sociologie comme quand on fait du droit ; Nikitas Aliprantis, dans la première partie de son ouvrage, en même temps qu'il fait rappel des différentes étapes de l'évolution de la réflexion sociologique au cours du dernier siècle, des relations entre philosophie et sociologie, des débats entre écoles, empiristes et hyper empiristes, modernistes et post modernistes, évoque d'ailleurs la proposition webérienne de dépasser l'opposition de Dilthey entre compréhension, qui serait l'affaire des sciences sociales, et explication, qui serait l'affaire des sciences de la nature, par la notion d'*explication compréhensive*. C'est bien, semble-t-il, sous le signe de ce dépassement ainsi que d'une fidélité à l'approche critique d'Habermas, tant dans l'attention portée à la langue que dans l'appel à des concepts économiques d'origine marxiste que se situe la suite de l'ouvrage.

Le fait est que « *Les héritages cruciaux du XX*ème *siècle aux sociétés d'aujourd'hui* » (on aurait préféré un titre plus porteur) n'est pas qu'un inventaire des multiples dérives tant des politiques publiques que des représentations gouvernant largement celles-ci, avec leur cortège de conséquences en termes d'effritement du lien social, ceci non seulement dans les domaines dont l'auteur est familier, travail, protection sociale, santé, mais dans d'autres, aussi divers que l'environnement, les migrations, la sécurité, les relations avec le Tiers monde. Il s'agit aussi, d'évidence, d'un livre de passion. Plût au ciel que personne ne s'avise d'en faire reproche à Nikitas Aliprantis, comme certains de ses élèves, au cours d'une séance dont j'ai gardée un souvenir amer, l'ont fait à Georges Friedmann, après la publication, en 1970, de *La puissance et la sagesse*.

---

2 *Le travail humain, au carrefour du droit et de la sociologie, hommage au professeur Nikitas Aliprantis*, Presses universitaires de Strasbourg, 2014

3 Voir M. Doat et G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, coll. *Penser le droit,* qui se définit comme accueillant des ouvrages originaux de philosophie et de théorie du droit, éd. Bruylant. Bruxelles, 2011. Et *Liber Amicorum Darcy, Détours juridiques : le praticien, le théoricien et le rêveur,* coordonné par Mathieu Doat et Patrick Charlot, éditions Bruylant, Bruxelles 2012, qui contient un splendide bouquet de contributions juridiques, philosophiques et sociologiques.

Des analyses proposées, il ressort très clairement que le legs aux sociétés contemporaines du XXème siècle finissant procède pour une large part du reniement de nombre d'avancées de la pensée et de la pratique qui avaient pu se faire jour au lendemain de la seconde guerre mondiale sous l'effet d'une réaction contre les formes de sauvagerie et de perversion mentale dont elle avait permis l'expression, au bénéfice peut-être d'une période de prospérité peu ou prou partagée, mais aussi grâce à l'épanouissement d'ambitions humanistes susceptibles d'être portées par des forces sociales d'horizons philosophiques très divers. Le mouvement engagé au lendemain de l'écrasement de l'Allemagne hitlérienne n'a malheureusement pas été durable et s'est peu à peu essoufflé. Non seulement, l'empire soviétique, mais encore l'empire américain, et même les démocraties occidentales se sont peu à peu lassées de conduire des politiques à la mesure des valeurs brandies. La capacité des États, qui avaient peut-être voulu trop embrasser, à jouer, plus modestement, mais honorablement, le rôle d'arbitre, en contenant, à défaut de faire reculer, les inégalités, s'est elle-même trouvée entamée, du fait de la montée d'autres acteurs sur les scènes nationales et sur la scène internationale, de l'influence croissante de ceux-ci sur la décision publique, de la pénétration jusque dans les appareils d'État des idéologies les animant. La construction européenne n'a pas échappé à ces influences, ni à l'infléchissement des politiques qu'elles entendaient et sont parvenues à promouvoir au nom de formes de rationalités présentées comme modernes alors qu'elles n'étaient souvent qu'archaïques, et, en fin de compte, d'une abjuration parfois déguisée, parfois, et de plus en plus, cynique, des valeurs regardées quelques décennies plus tôt comme propres à fonder le bien-être collectif et la cohésion sociale.

C'est de tout cela dont il est question au fil des pages de l'ouvrage de Nikitas Aliprantis qui, bien qu'à dominante sociologique, ne tourne pas le dos au droit, ne serait-ce que pour identifier les conséquences sur l'évolution des rapports au droit, et sur celle du droit, des lames de fond d'ordre psychologique, économique et sociologique (retour à un culte effréné du profit, financiarisation de l'économie, valorisation inconditionnelle de l'idée de compétition et dévalorisation de celle de solidarité, tolérance ou encouragement d'un nouveau dualisme social), qui ont bouleversé le paysage mental et social dans le dernier tiers du XXème siècle. Des formes de méconnaissance ou de mépris du droit et des droits, y compris des droits internationalement reconnus, mais peu à peu bafoués, de front ou au prix de différentes catégories de contournements, par des législations progressivement soumises à des révisions drastiques (ou cédant à des tentations abstentionnistes ou parodiques : le *droit mou*), l'ouvrage fournit plusieurs exemples[4]. Y compris celui, plus attristant que d'autres, du droit de l'Union européenne, et, hors de tout droit, celui de ses coups de force, notamment contre la Grèce[5].

Sur le front du travail, qui, malgré la diversification de ses formes, telle que l'ont mise en évidence plusieurs auteurs, notamment Alain Supiot, et de la difficulté qui en résulte à lui conférer un statut approprié, reste confusément, ou obsessionnellement, sous ses formes classiques (le salariat) ou dégradées (sous-traitances, travail à domicile) la référence de la plupart des décideurs (Tony Blair faisant valoir au Hilton de Londres, lors d'un séminaire

4 L'un des plus horribles est celui de la confiscation par le Danemark des objets précieux des immigrants, y compris les demandeurs d'asile. Le Danemark n'a pas résilié, que l'on sache, son adhésion à la Convention de Genève, ni à la Convention européenne des droits de l'homme.

5 Plusieurs contributions, dont la mienne, traitent de cette question dans les *Mélanges* précités en l'honneur de Nikitas Aliprantis.

sur la pauvreté, que l'homme doit gagner son pain à la sueur de son front, et qu'il n'y a pas de limite inférieure à la rémunération du travail), alors que ceux-ci se révèlent impuissants à fixer des bornes tant à la flexibilité des durées et des horaires de travail qu'à sa sur-intensification, complices aussi de l'individualisation croissante des relations de travail, laissant les travailleurs les moins bien armés démunis face à leurs interlocuteurs patronaux.

Sur le front de l'environnement, où, malgré les réticences d'un certain nombre de parties prenantes, la formulation d'une nouvelle génération de droits s'était progressivement esquissée, au nom de l'idée qu'il fallait mettre un frein à la production de biens au prix de la dégradation de la santé des travailleurs et des riverains, de la destruction des milieux naturels ; qu'il fallait que les bénéfices d'une telle production cessent d'être maximisés du fait d'une externalisation aux dépens de la collectivité, et des générations futures, de coûts incombant aux producteurs. Les générations futures, et la belle idée de *droit des générations futures* ! Le malheur est que l'économie du profit, sa financiarisation, l'ubérisation d'une partie des relations sociales, ne privilégient pas le long mais le court terme. « *Après moi (et autour de moi), le déluge* » : ce sont là la vision du monde et la politique de Trump, mais pas lui seulement, de toute une génération de dirigeants ; d'où le rejet par le premier des accords internationaux sur le climat, sur le commerce de l'ivoire, et le refus de réglementer la vente d'armes sur le territoire américain malgré les hécatombes n'ayant pas pour origine un terrorisme plus ou moins politique mais le recours à la violence comme seul exutoire, avec, souligne Nikitas Aliprantis, l'approbation – pour la tuerie norvégienne – de quelques auteurs hallucinés.

Sur le front du néo-colonialisme et des rapports avec le Tiers monde, où les indépendances n'ont pas mis fin aux pillages, ni aux ingérences (rarement aussi vertueuses que le suggère l'idée de *devoir d'ingérence*) mais multiplié les clientélismes entre les anciens impérialistes et tous les échelons des gouvernements locaux, sans oublier les alliances contre nature et les inventions d'apprentis-sorciers (Al Qaïda).

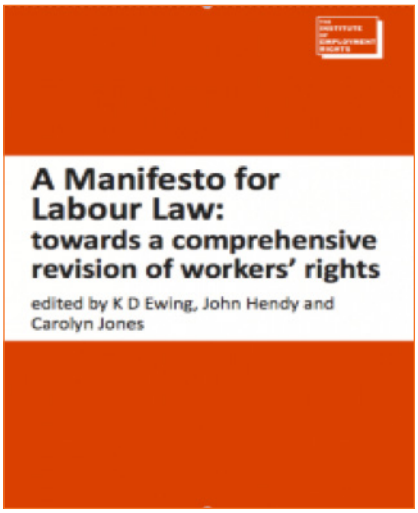
Sur le front de la sécurité (comprise au sens étroit de protection des biens et des personnes contre les atteintes terroristes ou de bandes criminelles, et non contre celles d'autres catégories de délinquants : les États que Libération a récemment qualifiés d'*États toxiques,* le capitalisme comme source d'insécurité générale). À cet égard, Nikitas Aliprantis insiste tout particulièrement sur les risques que fait courir aux libertés le développement d'un fichage en principe encadré, notamment en France, par une législation appropriée (la législation Informatique et libertés), mais ayant tendance à proliférer non seulement entre les mains de l'État, mais encore des collectivités locales et de différentes catégories d'opérateurs dans des conditions mal maîtrisées.

Dans ses *constats conclusifs anthropologiques,* l'auteur insiste, une fois de plus utilement, sur le paradoxe que constitue la coexistence d'une victoire apparente de l'individualisme et d'un écrasement de l'individu non seulement au travail, mais dans d'autres dimensions de sa vie, l'accès à la culture, la relation au passé historique, ou tout simplement le dialogue avec ses semblables qui ne soit pas court-circuité par la machine (impossibilité d'un *face à face* visuel ou même vocal, auxquels font systématiquement obstacle les plateformes téléphoniques des administrations, de la sécurité sociale, de toutes sortes de fournisseurs). J'ai été surpris que, traitant pertinemment des problèmes d'immigration, et des problèmes d'insertion des migrants dans la société d'accueil (*intégration des migrants ou multiculturalisme* ; pourquoi « ou » , le multiculturalisme, les multi-appartenances, familles transfrontières et double nationaux, si fort que l'idée révulse nombre de souverainistes dans

les milieux de pouvoir et ailleurs, n'ouvrent-ils pas de nouvelles perspectives pour le monde à venir ?) il n'évoque pas davantage la place des replis identitaires de toutes espèces parmi les réactions de protection contre le vide existentiel qu'il mentionne à plusieurs reprises, et, en même temps que les dangers, les quelques vertus, tout de même, de ce phénomène ; plus encore que, au titre des problèmes d'identité, il ne fasse quasiment pas mention des remous qui, la peur de l'islam aidant, engendrent, en France, le retour à une conception erronée de la laïcité, et plus généralement, ailleurs, des perversions contradictoires de la conception du champ des libertés religieuses.

Bon, pour rarement porteuses d'euphorie que soient les analyses présentées par Nikitas Aliprantis, il a manifestement souhaité ne pas laisser ses lecteurs sans armes contre le désespoir, et un nombre raisonnable de pages prenant place avant la conclusion est consacré, sous l'invocation de « *la lutte pour le droit* » de R. von Jhering, aux initiatives alternatives positives repérables, notamment l'économie sociale et solidaire dont il est aussi question dans un récent beau livre de Jacques Fournier, « L'économie des besoins », et aux réformes économiques souhaitables (*refréner les marchés, lutter contre les paradis fiscaux, imposer les revenus financiers)* dont l'auteur ne cache pas que plus d'une soit *problématique* … pour les raisons qu'il a précédemment mises en évidence.

Une lecture incontestablement stimulante, faisant consonner approches sociologique, juridique, économique aussi, et, ça n'est un crime que pour les hyper positivistes, philosophique et éthique. Dont il est dommage seulement que l'accès risque d'être rendu indûment difficile par la politique de diffusion de l'éditeur, s'il en a une.




## Ewing K.D., Hendy J., Carolyn Jones

# A Manifesto for Labour Law: towards a comprehensive revision of workers' rights

The Institute of Employment Rights, 2017

*Andrea Allamprese*
Professeur en Droit du travail
Université de Modene et Reggio Emilia

La revendication des droits sociaux fondamentaux, comme patrimoine symbolique culturel à préserver face aux pouvoirs publics et privés, est quelque chose de profondément enraciné dans le mouvement ouvrier européen. Certaines propositions récentes de la *Confederazione generale italiana del lavoro* (CGIL) en Italie1, des *Commissiones Obreras* (CC.OO.) en Espagne2, du *Trade Union Congress* (TUC) au Royaume-Uni revendiquent un certain « chartisme social » à traduire en règles juridiques contraignantes dans les États nations respectifs3.

Les propositions susmentionnées sont souvent le fruit de la rencontre positive entre les syndicats et le monde des universitaires. Elles ont en commun une forte attention au thème de l'extension des droits sociaux et de leur effectivité, face au problème des « faux indépendants ».

L'extension du salariat aux travailleurs faussement indépendants pourrait être réalisée en complétant le critère du lien de subordination par un autre critère, celui de la dépendance économique4. C'est la proposition qui a été faite récemment en France par le *Groupe de recherche pour un autre Code du travail*5.

S'inscrit dans ce même giron la proposition avancée au Royaume-Uni par un groupe de quinze universitaires anglais (sous la coordination de Keith Ewing, John Hendy et Carolyn Jones). Ce groupe d'universitaires, proches du *Trade Union Congress* a élaboré "*A Manifesto for Labour Law: towards a comprehensive revision of workers' rights*", composé

1 On se réfère à la « Charte des droits universels du travail », la proposition de loi populaire présentée en 2016 par la CGIL qui comprend un projet de protections générales destinées aux travailleurs dans un proche avenir.

2 On se réfère à la **«** Propuesta de CCOO para un modelo más democrático de relaciones laborales y un cambio en la política económica y social », oct. 2015, page 15 et suivantes. Voir aussi « Diez propuestas para un nuevo Estatuto de los Trabajadores con 50 medidas », 21 mai 2015.

3 A. Baylos Grau, « Poteri privati e diritti fondamentali dei lavoratori », *Lavoro e diritto*, 1, 2017.

4 A. Supiot, « Et si l'on refondait le droit du travail… », *Le Monde Diplomatique*, oct. 2017.

5 E. Dockès (dir.), *Proposition de Code du travail*, Dalloz, 2017. Article L 11-3, Code du travail : « Le salarié est une personne physique qui exécute un travail sous le pouvoir de fait ou sous la dépendance d'autrui ».

de 8 chapitres (*the 4 pillars of collective bargaining, improving statutory protection, making rights work, securing freedom of association, enhancing the right to strike*) et de plusieurs recommandations/propositions finales.

Les auteurs du Manifeste proposent de déplacer le centre de gravité de la régulation de la loi vers la négociation collective (§ 4.1): la loi établirait les standards minima égaux pour tous, alors que la négociation au niveau sectoriel aurait pour mission de régler les détails de la prestation de travail : salaires minima, horaires de travail (avec une attention particulière au problème du contrat à zéro heure), égalité (par exemple, avec l'idée imposer par voie législative aux employeurs de constituer sur le lieu de travail un "forum" de l'égalité qui permettrait d'aborder la question des discriminations avec les représentants syndicaux et la proposition également d'élection d'un "représentant pour l'égalité), santé et sécurité, etc. Une Commission du travail par branche aurait pour tâche d'élaborer des conventions collectives de branche, obligatoires pour tous ceux qui travaillent dans le secteur (§ 3.13 et suivants). Les conventions collectives d'entreprise (avec un seul employeur ou un groupe) ne pourraient contenir de dérogations que pour améliorer les conditions établies par les conventions collectives de branche (§ 3.17). Ces conventions d'entreprise ne pourraient être conclues que par des syndicats représentant au moins 10% des travailleurs de l'entreprise (§ 3.18).

Les lois en vigueur devraient être appliquées universellement à tous les travailleurs et être effectives (§ 5.1). Par conséquent, la définition légale de « worker » (qui actuellement exclut de nombreux travailleurs précaires, allant des travailleurs temporaires aux *gig workers*) devrait être élargie (§ 5.8 et point 11 des recommandations) et devrait être une présomption légale selon laquelle, quiconque effectue un travail en faveur d'autrui, sans exercer une activité économique pour son compte propre, devrait être considéré, sauf preuve contraire, comme un travailleur (§ 5.9). Les auteurs du Manifeste proposent, ensuite, de considérer que la "*continuity of employment*" ne soit pas interrompue chaque fois que le travailleur n'exerce aucune activité professionnelle, alors qu'une future prestation pourrait lui être demandée sur la base du contrat conclu avec l'employeur (§ 5.11).

Le domaine de la santé et de la sécurité au travail est emblématique. La révision du régime juridique exigerait de créer des obligations en matière de sécurité applicables aux différentes formes de travail non standard, via : a) la réforme du *Health and Safety at Work Act* de 1974 en élargissant le champ d'application de l'obligation générale de sécurité aux « personnes qui conduisent des affaires ou une entreprise » (*Persons conducting a business or an undertaking* - PCBU) ; b) l'extension de cette nouvelle obligation en matière de sécurité aux *workers* "*engaged, or caused to be engaged, by such persons*" et à ceux "*whose activities in carrying out work are influenced or directed*" par elles (§ 4.18).

Pour renforcer l'effectivité de la réglementation en matière de travail, les auteurs du Manifeste proposent enfin de garantir aux inspecteurs du travail et aux syndicalistes la possibilité d'agir en justice pour le compte des travailleurs (§ 5.15) et de supprimer les coûts de saisine du juge.

ISSN 0222-4194

AVRIL 2018
Nouvelle série n° 837 - 11 €

# Le DROIT OUVRIER

**DROIT DU TRAVAIL - PRUD'HOMIE - SÉCURITÉ SOCIALE**

## Sommaire


### DOCTRINE

**Hervé Guichaoua :** Le certificat de détachement frauduleux devient-il un obstacle à la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social du fait des entreprises étrangères ? (acte 2)

à propos des ordonnances *Macron*

**Isabelle Meyrat :** Droit du travail et droits des travailleurs : le grand désarmement.

### JURISPRUDENCE

*Voir notamment*

Transformation du Bureau de conciliation et d'orientation en Bureau de jugement restreint : étude des premières décisions
**Conseil de prud'hommes de Bobigny (BJ restreint) 13 juillet 2017 ; Conseil de prud'hommes de Nîmes (BJ restreint) 23 février 2017 ; Conseil de prud'hommes de Longjumeau (départage) 27 octobre 2017** – Note Fabienne Le Souder (p. 218)

Caractérisation de la discrimination en cas de facteurs multiples et détermination du préjudice retraite spécifique des femmes à travers le cas de la première femme contrôleuse de la SNCF
**Cour d'appel d'Aix-en-Provence 20 octobre 2017** - Note Emmanuelle Boussard-Verrecchia (p. 222)

Reconnaissance du co-emploi après l'arrêt *Molex* : plus difficile mais pas impossible
**Cour d'appel de Douai (Ch. Soc.) 29 Septembre 2017** - Note Paul Beausillon (p. 234)

### CHRONIQUES JURISPRUDENTIELLES

**Droit social international et européen** sous la responsabilité de Alexandre Charbonneau, Konstantina Chatzilaou, Valérie Lacoste-Mary, Emmanuelle Lafuma, Jérôme Porta.


**REVUE JURIDIQUE DE LA CONFÉDÉRATION GÉNÉRALE DU TRAVAIL**

263, RUE DE PARIS, 93516 MONTREUIL CEDEX - www.cgt.fr

REVUE
DE DROIT COMPARÉ
DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

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 **1er février** de chaque année (pour les **Études**, la **Jurisprudence Sociale Comparée**, et la **Jurisprudence Sociale Internationale**) et avant le **1er juin** de chaque année pour le **Dossier Thématique**. Concernant les contributions à la rubrique **Actualités Juridiques Internationales**, elles doivent être adressées avant le **1er février** (pour le premier numéro) et avant le **1er 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 ;
- **25 000 caractères** - notes de bas de pages et espaces compris - pour la rubrique « **Jurisprudence Sociale Comparée** » et de « **Jurisprudence Sociale Internationale** » quelle que soit la lanque de soumission de l'article ;
- **15 000 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 **12 000 caractères** lorsqu'ils ont soumis en Anglais ou en Espagnol.

Par ailleurs, tous les manuscrits devront être accompagnés des éléments suivants :

- 5 mots clés (en français et en anglais) permettant d'identifier le contenu de l'article ;
- l'institution de rattachement, le titre, ainsi que l'adresse postale et électronique de l'auteur ;
- le titre de l'article.

Les manuscrits destinés aux rubriques « **Études** », « **Dossier Thématique** » et « **Jurisprudence Sociale Internationale** » devront également comporter :

- un résumé, en français et en anglais (de **400 caractères** chacun) ;
- deux publications au choix.

## 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.

# *IALLJ* CALL FOR PAPERS ~ 2018 MARCO BIAGI AWARD

To stimulate scholarly activity and broaden academic interest in comparative labour and employment law, the ***International Association of Labour Law Journals*** announces a ***Call for Papers*** for the **2018 Marco Biagi Award**. The award is named in honor of the late Marco Biagi, a distinguished labour lawyer, victim of terrorism because of his commitment to civil rights, and one of the founders of the Association. The Call is addressed to doctoral students, advanced professional students, and academic researchers in the early stage of their careers (that is, with no more than three years of post-doctoral or teaching experience).

1. The Call requests papers concerning *comparative and/or international* labour or employment law and employment relations, broadly conceived. Research of an empirical nature within the Call's purview is most welcome.

2. Submissions will be evaluated by an academic jury to be appointed by the Association.

3. The paper chosen as the winner of the award will be assured publication in a member journal, subject to any revisions requested by that journal.

4. Papers may be submitted preferably in English, but papers in French, or Spanish will also be accepted. The maximum length is 12,500 words, including footnotes and appendices. Longer papers will not be considered.

5. The author or authors of the paper chosen as the winner of the award will be invited to present the work at the Association's 2018 meeting, to be announced on the website of the Association. Efforts are being undertaken to provide an honarium and travel expenses for the presentation of the paper. Until that effort bears fruit, however, the Association hopes that home institutional funds would be available to support the researcher's presentation.

6. The deadline for submission is March 31rd, 2018. Submissions should be sent electronically in Microsoft Word to Frank Hendrickx, the President of the Association, at Frank.Hendrickx@kuleuven.be.

## Prior Recipients of the Marco Biagi Award

**2016** **Mimi Zou**, « Towards Exit and Voice: Redesiging Temporary Migrant Workers's Programmes) ».

**2015** **Uladzislau Belavusau** (Vrije Universiteit Amsterdam, Pays-Bas), « A Penalty Card for Homophobia from EU Labor Law: Comment on Asociaţia ACCEPT (C-81/12) ».

**2014** **Lilach Lurie** (Bar-Ilan University, Israel), « Do Unions Promote Gender Equality ? ».

**2013** **Aline Van Bever** (University of Leuven, Belgium), « The Fiduciary Nature of the Employment Relationship ».

**2012** **Diego Marcelo Ledesma Iturbide** (Buenos Aires University, Argentina), « Una propuesta para la reformulación de la conceptualización tradicional de la relación de trabajo a partir del relevamiento de su especificidad jurídica ».

Special Commendation : **Apoorva Sharma** (National Law University, Delhi), « Towards an Effective Definition of Forced Labor ».

**2011** **Beryl Ter Haar** (Universiteit Leiden, The Netherlands), **Attila Kun** (Károli Gáspár University, Hungary) et **Manuel Antonio Garcia-Muñoz Alhambra** (University of Castilla-La Mancha, Spain), « Soft On The Inside; Hard For The Outside. An Analysis Of The Legal Nature Of New Forms Of International Labour Law ».

2018 73-1 HIVER WINTER

REVUE TRIMESTRIELLE
RELATIONS INDUSTRIELLES

RI/IR

INDUSTRIAL RELATIONS
QUARTERLY REVIEW

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

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

**SYMPOSIUM**

Pour une approche renouvelée de la gestion des ressources humaines (GRH)

A Renewed Approach to Human Resource Management (HRM)

ÉDITEURS INVITÉS / GUEST EDITORS : YVES HALLÉE, LAURENT TASKIN ET / AND STEVE VINCENT

**ARTICLES**

Vers la fin de la gestion des carrières? La GRH face au rôle croissant des intermédiaires du marché du travail

FRANÇOIS PICHAULT, NADÈGE LORQUET ET JEAN-FRANÇOIS ORIANNE

Beyond "Hero-based" Management: Revisiting HRM Practices for Managing Collective Expertise

OLGA LELEBINA AND SÉBASTIEN GAND

La dynamique de construction d'une GRH sociétale dans une PME française du secteur de l'économie sociale et solidaire

LUDIVINE ADLA ET VIRGINIE GALLEGO-ROQUELAURE

**HORS-THÈME / OTHER ISSUES**

How Can the Organizing Work Involved in the Joint Regulation of Lean Projects Promote an Enabling Organization and Occupational Health?

SÉBASTIEN BRUÈRE, MARIE BELLEMARE AND SANDRINE CAROLY

L'effet du mentorat sur la réussite de carrière : quelles différences entre hommes et femmes ?

EMNA GARA BACH OUERDIAN, ADNANE MALEK ET NAJWA DALI

Expedited Arbitration: A Study of Outcomes and Duration

SHANNON R. WEBB AND TERRY H. WAGAR

Prévenir les risques psychosociaux : une étude des perceptions et des pratiques des employeurs

RAFAËL WEISSBRODT, MARC ARIAL, MAGGIE GRAF, TAREK BEN JEMIA, CHRISTINE VILLARET D'ANNA ET DAVID GIAUQUE

**RI/IR EN LIGNE**

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

**www.erudit.org/revue/ri**

Pour abonnement institutionnel, contacter Érudit.

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

**www.riir.ulaval.ca**

**RI/IR ONLINE**

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

**www.erudit.org/revue/ri**

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

Visit our website for Notes to contributors or to subscribe:

**www.riir.ulaval.ca**

**RELATIONS INDUSTRIELLES**
**INDUSTRIAL RELATIONS**

Pavillon J.-A.-DeSève
1025, avenue des Sciences-Humaines
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 2019

REVUE DE DROIT COMPARÉ
DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

(PAPIER) ISSN 2117-4350
(E-JOURNAL) ISSN 2262-9815

**PAR AN**

3 NUMÉROS PAPIERS (FRANÇAIS)
1 NUMÉRO ÉLECTRONIQUE (ANGLAIS)

**COMPTRASEC**
UMR CNRS 5114

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

**Nom**/Name/Nombre .....

**Adresse**/Address/Direcció .....

**Code postal**/Zip Code/Codigo postal ..... **Ville**/City/Ciudad .....

**Pays**/Country/Pais .....

✆ ..... / ..... @ .....

| | | **Prix**/Price/Precio |
|---|---|---|
| Abonnement Annuel<br>Annual Subscription<br>Suscripción anual | **Revue Papier** / Print Journal / Revista Impressa<br>(3 n° en français / 3 issues in French / 3 números en francés) | **105 €** |
| | **Revue électronique** / E-journal/ Revista Electrónica<br>(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<br>(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<br>Unit Price<br>Precio unitario | **Revue Papier** / Print Journal/ Revista Impressa | **40 €** |
| | **Revue électronique**/E-Journal/Revista Electrónica | **70 €** |
| | **Article**/ Journal article/Artículo | **6 €** |
| *Frais de port compris / Postal charges included / Gastos de envio incluidos* | | |
| TVA<br>VAT<br>IVA | **Livraison** / Delivery/Entrega :<br>2,10% France / 1,05% DOM & Corse / 0% CEE & hors CEE | **TOTAL** |

**MODE DE RÈGLEMENT/MODE DE PAYMENT/FORMA DE PAGO**

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

☐ CHÈQUE / CHEK
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 is preferred / El pago en linea se prefiere

Date ..... Signature

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

Dépôt légal : Mai 2018

Achevé d'imprimer par
Imprimerie de l'Université de Bordeaux
16 avenue Léon Duguit – CS 50057 – F 33608 PESSAC cedex

IMPRIM'VERT®

# ÉTUDES

Silvia Borelli

# La législation européenne contre les discriminations et le devoir de diligence des EMN*


## RÉSUMÉ

Les principes de non-discrimination sont des règles contraignantes qui interdisent de traiter un individu ou un groupe caractérisé par un ou plusieurs facteurs énumérés par la loi anti-discrimination d'une manière qui produit ou peut produire un désavantage. La discrimination est normalement imputée à la personne qui exerce le pouvoir qui a produit ou peut produire une discrimination. Cependant, une personne peut également être responsable de discriminations lorsqu'elle a toléré illégalement un tel acte. C'est le cas lorsqu'une personne a le devoir d'empêcher les discriminations de se produire. Les sources de l'obligation de prévenir les discriminations peuvent être inscrites dans le devoir de diligence d'une entreprise vis-à-vis d'une autre. A partir de là, cet article discute de la possibilité de poursuivre une société européenne (c'est-à-dire une société ayant son siège ou un établissement en Europe) pour des actes de discrimination commis par ses filiales, ses fournisseurs ou ses sous-traitants sur le territoire de l'UE ou hors de celui-ci. En analysant les différentes sources nationales, européennes et internationales, l'auteur montre comment l'interconnexion entre la législation anti-discrimination de l'UE et le devoir de diligence peut être utile pour faire respecter un devoir de diligence juridiquement non contraignant et pour garantir aux victimes des recours efficaces.


*MOTS CLÉS : Législation anti-discrimination, devoir de diligence, responsabilité.*


## ABSTRACT

The principles of non-discrimination are binding rules that forbid treating an individual or a group characterised by one or more factors listed by antidiscrimination law in a way that produces or can produce a disadvantage. Discrimination is normally ascribed to the person who has exerted the power that has produced or can produce the discriminatory effect. However, a person can be liable for discrimination as well when she/he has illegally tolerated an act of discrimination. This is the case when a person has a duty to prevent discrimination to happen. The sources of the duty to prevent discrimination to happen can be enshrined in the duty of care of one company over a different one. Based on this conceptual framework, the paper discusses the possibility to sue a European company (i.e. a company that has its headquarters or a unit in Europe) for acts of discrimination caused by its subsidiaries, suppliers or subcontractors inside or outside the EU territory. Distinguishing among national, European and international sources, the author demonstrates how the interconnection between EU Antidiscrimination Law and the duty of care can be helpful to enforce a non-legally binding duty of care and to guarantee to victims effective remedies.


*KEY WORDS : Antidiscrimination Law, Duty of Care, Liability.*

* Une première version de cet article a été présentée lors de la Conférence du Réseau de recherche en droit du travail (LLRN), à Toronto, du 25 au 27 juin 2017. L'auteur remercie Isabelle Daugareilh et les autres participants pour leurs commentaires.

Les principes de non-discrimination sont à l'origine de règles contraignantes qui interdisent de traiter un individu ou un groupe caractérisé par un ou plusieurs facteurs énumérés par la législation anti-discrimination de telle sorte que cela produit ou peut produire un désavantage. Lorsqu'il examine un cas présumé de discrimination, le tribunal doit vérifier si une disposition, un critère ou une pratique a produit ou peut produire une inégalité de traitement, si l'inégalité de traitement est objectivement justifiée par un but légitime et si les moyens d'atteindre ce but sont appropriés et nécessaires (dans le cas d'une discrimination directe, le juge devra simplement vérifier si l'une des exceptions prévues par la législation anti-discrimination s'applique). On peut considérer une disposition, un critère ou une pratique comme une forme d'exercice du pouvoir, qu'il s'agisse d'un pouvoir privé ou public, d'un pouvoir juridique ou factuel. En conséquence, à travers les principes de non-discrimination, le juge peut examiner toute forme d'exercice du pouvoir par rapport aux effets qu'il peut produire ou qu'il a produits[1].

Les directives anti-discrimination de l'UE n'indiquent pas qui devrait être tenu pour responsable de la discrimination : celui qui exerce un pouvoir dans le champ d'application des directives est tenu de respecter l'interdiction de discrimination qui y est établie. En conséquence, l'auteur de l'acte de discrimination à l›égard d›un salarié ou d›un groupe de salariés n'est pas nécessairement l'employeur[2]. La responsabilité de la discrimination est normalement attribuée à la personne qui a exercé le pouvoir qui a produit ou peut produire l'effet discriminatoire. Cependant, selon la législation anti-discrimination de l'UE, la personne (physique ou morale) qui a agi de manière discriminatoire n'est pas considérée comme la seule responsable. Tout d'abord, l'effet discriminatoire peut être le résultat d'une pluralité de décisions. La législation anti-discrimination de l'UE prévoit, par exemple, le cas où une instruction est donnée de discriminer[3].

La CJUE n'a pas encore précisé si une société mère peut être conjointement et solidairement responsable avec l'une de ses filiales pour la violation de la législation anti-discrimination de l'UE. En revanche, la CJUE a déclaré qu'une société mère est conjointement et solidairement responsable avec les autres personnes morales constituant une unité économique unique des infractions au droit de la concurrence. « Même si la société mère ne participe pas directement à l›infraction, elle exerce, dans une telle hypothèse, une influence déterminante sur les filiales qui ont participé à celle-ci[4] »

---

1 M. Barbera , *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffré, Milan, 1991, 51.

2 CJEU, 9 octobre 2001, C-379/99, *Menauer*, paragraphes 29 et 30.

3 Article 2, paragraphe 4, directive 2000/43 / CE, article 2, paragraphe 4, directive 2000/78 / CE, article 2, paragraphe 2 de la directive 2006/54 / CE

4 CJUE, 10 septembre 2009, C-97/08, Akzo Nobel NV, paragraphe 77.

Il convient de souligner qu'une personne (morale ou physique) peut être considérée comme l'auteur d'une discrimination, non seulement dans les cas où elle a exercé activement son pouvoir, mais même dans les cas où elle a toléré illégalement un acte de discrimination. Une omission peut donc constituer un acte de discrimination lorsque la personne responsable a le devoir de l'empêcher. Par exemple, une agence de travail temporaire peut être considérée comme responsable d'une discrimination à l'encontre des travailleurs intérimaires pour des pratiques d'une entreprise utilisatrice car, en tant qu'employeur de travailleurs intérimaires, elle a le devoir « d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs pour tous les aspects liés au travail. [5] »

Sur la base de ce cadre conceptuel[6], cet article s'intéresse à la question de savoir si et quand une société européenne (c'est-à-dire une société qui a son siège ou un établissement en Europe) peut être poursuivie pour des actes de discrimination causés par ses filiales, fournisseurs ou sous-traitants sur le territoire de l'UE ou en dehors de celui-ci. A cette fin, nous examinerons d'abord le contenu des obligations de l'entreprise visant à prévenir les violations des droits de l'homme par ses filiales, fournisseurs ou sous-traitants, établis au niveau international, européen et national (I). Ensuite, nous montrerons comment l'interconnexion entre ces devoirs et la législation anti-discrimination de l'UE peut être utile pour faire respecter des devoirs de vigilance non juridiquement contraignants et pour garantir aux victimes de discrimination des recours efficaces (II).

## I – LE DEVOIR DES EMN DE RESPECTER LES DROITS DE L'HOMME ET DE FAIRE PREUVE DE DILIGENCE RAISONNABLE EN DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

### A – Le droit international

Selon les « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies », les entreprises devraient éviter «d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer par leurs propres activités »[7] et devraient prévenir ou atténuer «les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées

5 Article 5, paragraphe 1 de la directive 89/391 / CEE.

6 Voir S. Borelli, "Principles of Non-Discrimination" *in* E. Ales, F. Basenghi, W. Bromwich e I. Senatori, Giappichelli (dir.) *Complex Economic Organisations*, *Employment Relations and Transformation of the Enterprise in the Global Economy*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 3.

7 Ce devoir inclut également les activités de l'entreprise dans la chaîne d'approvisionnement (Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Commentaire sur les principes généraux, paragraphe 17, dorénavant Principes directeurs de l'OCDE).

à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences » (principe n° 13)[8]. Le terme « relations commerciales » inclut les relations «avec des partenaires commerciaux, des entités appartenant à la chaîne d'approvisionnement ou toute autre entité, publique ou non, directement liée à ses activités, ses produits ou ses services [9] ».

Des obligations similaires ont été introduites lors de la révision des Principes directeurs de l'OCDE en 2011 qui a étendu ces obligations à toutes les questions couvertes par les Principes directeurs[10]. Les entreprises devraient également poursuivre un processus de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, « identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient [11] ». Le processus de diligence raisonnable « devrait viser les incidences négatives sur les droits de l'homme que l'entreprise peut avoir ou auxquelles elle peut contribuer par le biais de ses propres activités, ou qui peuvent découler directement de ses activités, produits ou services par ses relations commerciales [12] ».

Comme précisé dans les Principes des Nations Unies, les mesures à prendre varient en fonction de la marge de manœuvre de l'entreprise[13]. On considère que cette marge de manœuvre ou influence existe « lorsque l'entreprise a la capacité d'apporter des changements aux pratiques illicites d'une entité qui commet un abus [14] ». Si une entreprise identifie un risque de contribuer à la réalisation d'une incidence négative, « elle doit prendre les mesures nécessaires pour empêcher ou faire cesser sa contribution et user

8 Les principes directeurs de l'ONU s'appliquent à tous les Etas et à toutes les entreprises, transnationales et autres, indépendamment de leur taille, localisation, propriété et structure. Parmi les droits de l'homme que les entreprises commerciales doivent respecter, figurent les droits garantis par les huit conventions fondamentales de l'OIT énoncées dans la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail (principe n° 12). La Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de travail et la Convention sur l'égalité de rémunération (n° 100) figurent parmi les huit conventions fondamentales de l'OIT.

9 Principes directeurs de l'OCDE, Commentaires sur les principes généraux, paragraphe 14 et Commentaire sur les droits de l'homme, paragraphe 43 ; Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « Protéger, respecter et réparer » des Nations Unies », Commentaire sur le principe n° 13.

10 II. Principes généraux, paragraphes 11 et 12, et IV. Droits de l'homme, paragraphes 2 et 3.

11 Principes des Nations Unies, principe n° 15, b), et Principes directeurs de l'OCDE, II. Principes généraux, paragraphe 10, qui étendent la diligence raisonnable à toutes les questions couvertes par les principes directeurs, et IV. Droits de l'homme, par. 5.

12 Principes des Nations Unies, principe n°. 17.

13 Principes des Nations Unies, principe n° 19.

14 Principes des Nations Unies, Commentaire sur le principe n° 19, et Principes directeurs de l'OCDE, Commentaires sur les principes généraux, paragraphe 19 et Commentaire sur les droits de l'homme, paragraphe 42.

de son influence pour atténuer les incidences restantes dans la mesure du possible »[15]. Il faut souligner qu'une entreprise peut contribuer aux incidences négatives pour les droits de l'homme causées par une autre partie lorsqu'elle bénéficie « de l'atteinte commise par ladite partie »[16].

Lorsqu'une entreprise n'a pas contribué à une incidence négative mais que celle-ci est directement liée à ses opérations, produits ou services réalisés par une relation commerciale, elle doit utiliser « son influence pour intervenir auprès de l'entité responsable de l'incidence négative afin de prévenir ou atténuer cette incidence »[17].

Des obligations similaires de respect des droits de l'homme et de diligence raisonnable ont été introduites lors de la révision en 2017 de la Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale qui les renvoie aux EMN[18]. Le terme EMN est utilisé dans la Déclaration de l'OIT pour désigner **«** diverses entités (société mère, entité locale ou les deux, ou encore l'ensemble du groupe), entre lesquelles se répartissent les responsabilités, dans l'idée qu'elles coopéreront et s'entraideront, le cas échéant, pour être mieux à même d'observer les principes énoncés **»** dans la Déclaration de l'OIT (objet et champ d'application, paragraphe 6). La Déclaration de l'OIT stipule également que « le degré d'autonomie de chaque entité par rapport aux autres au sein des entreprises multinationales est très variable d'une entreprise à l'autre, selon la nature des liens qui unissent ces entités et leur domaine d'activité et compte tenu de la grande diversité qui caractérise les entreprises concernées du point de vue des formes de propriété, de la taille, de la nature des activités et du lieu d'implantation **»** (objet et champ d'application, paragraphe 6)[19]. Par conséquent, lorsqu'une filiale commet une violation des droits de l'homme et n'a pas (ou très peu) d'autonomie, cette violation doit être attribuée à la société mère. En outre, tous les devoirs régis par la Déclaration de l'OIT (y compris l'égalité des chances et de traitement) sont attribués aux EMN. Cela signifie que la société mère est obligée conjointement avec les filiales de respecter ces devoirs et qu'elle est conjointement responsable de toute violation, sauf lorsque la filiale a agi de manière autonome.

---

15 Principes des Nations Unies, Commentaire sur le principe n. 19, et Principes directeurs de l'OCDE, Commentaire sur les principes généraux, paragraphe 19 et Commentaire sur les droits de l'homme, paragraphe 42. « Contribuer à » une incidence négative doit être interprété comme une contribution substantielle, c'est-à-dire une activité qui provoque, facilite ou incite une autre entité à provoquer une incidence négative » (Commentaire sur les principes généraux, paragraphe 14).

16 Principes des Nations Unies, Commentaire sur le principe n° 17. M.-C. Caillet, « Le devoir de vigilance et les relations d'affaires : vers une responsabilité collective? », I. Daugareilh, *La responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation ?,* Bruylant, 2017, p. 515.

17 Principes directeurs de l'OCDE, Commentaire sur les principes généraux, paragraphe 20, et Principes des Nations Unies, Commentaire sur le principe n° 19. « Les réponses appropriées peuvent prendre plusieurs formes : poursuite de la relation avec le fournisseur pendant toute la durée des efforts d'atténuation des risques ; suspension temporaire de la relation avec poursuite des efforts d'atténuation des risques ; ou, en dernier recours, rupture de la relation avec le fournisseur, soit après que les efforts d'atténuation des risques ont échoué, soit parce que l'entreprise estime qu'aucune atténuation n'est possible, soit à cause de la gravité de l'incidence négative » (Principes directeurs de l'OCDE, Commentaire sur les principes généraux, paragraphe 22).

18 Politique générale, paragraphe 10, c) et d).

19 Sur l'influence et le contrôle que les entreprises dirigeantes exercent sur les opérations de leurs fournisseurs et sous-traitants, voir OIT, *Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, Rapport IV, Conférence internationale du Travail, 105ème session, 2016.

Selon les *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, pour ce qui est des entreprises multinationales, « il s'agit généralement d'entreprises ou d'autres entités établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières. Une ou plusieurs de ces entités peuvent être en mesure d'exercer une grande influence sur les activités des autres ; leur degré d'autonomie au sein de l'entreprise peut être très variable d'une multinationale à l'autre [20] ». Les Principes directeurs de l'OCDE s'adressent à toutes les entités de la multinationale qui sont censées coopérer et se prêter mutuellement concours pour faciliter le respect des lignes directrices, **«** en fonction de la répartition effective des responsabilités entre elles [21] ». Les Principes directeurs de l'OCDE exigent également des sociétés mères qu'elles assurent **«** le pilotage stratégique de l'entreprise, et en contrôlent efficacement la direction [22] ». Les systèmes de conformité et de contrôle devraient s'étendre autant que possible aux filiales. Enfin, « la mission de surveillance des pratiques de gouvernance qui incombe au conseil implique également de contrôler en permanence les structures internes d'un groupe afin de s'assurer que les responsabilités y sont clairement définies partout [23] ».

Un processus de diligence raisonnable (c'est à dire « une démarche d'identification, visant à éviter ou atténuer les impacts négatifs sociaux, environnementaux et économiques réels et potentiels, qui résultent des décisions et activités d'une organisation » dans l'ensemble de la sphère d'influence de l'entreprise) est également indiqué dans la liste des enjeux concernant l'amélioration de la responsabilité sociétale par l'ISO 26000[24]. L'ISO 26000 fait référence à la sphère d'influence de l'entreprise, c'est-à-dire la portée «des relations politiques, contractuelles, économiques ou autre à travers lesquelles une organisation a la capacité d'influer sur les décisions ou les activités de personnes ou d'autres organisations »[25].

Toutes les sources examinées ici sont des documents juridiquement non contraignants, c'est-à-dire que leur respect par les entreprises est facultatif. En effet, il n'existe actuellement aucun instrument international juridiquement contraignant pour réglementer les activités des sociétés transnationales et autres entreprises[26].

---

20 I. Concepts et principes, paragraphe 4.

21 I. Concepts et principes, paragraphe 4.

22 Commentaire sur les principes généraux, paragraphe 8.

23 Commentaire sur les principes généraux, paragraphe 9.

24 Article 7.3.1. Voir I. Daugareilh, *L'ISO à l'assaut du social : risques et limites d'un exercice de normalisation sociale*, I. Daugareilh (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 563.

25 ISO 26000: 2010, Article 2.19.

26 En 2014, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a créé un groupe de travail intergouvernemental pour un traité contraignant sur les entreprises transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme. De nombreux Etats membres européens (dont l'Autriche, la France, l'Allemagne et l'Italie) et les Etats-Unis ont voté contre cette décision. En 2016, le Parlement européen a invité les Etats membres à soutenir l'initiative des Nations unies (résolution du 25.10.2016 sur la responsabilité des entreprises pour les violations graves des droits de l'homme dans les pays tiers). Voir J. Martens et K. Seitz, *The Struggle for a UN Treaty Towards global regulation on human rights and business*, Global Policy Forum and Rosa Stiftung-New York Office, Foundation, 2016, B. Faracik, *Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Etude pour la sous-commission des droits de l'homme du Parlement européen, Bruxelles, 2017, p. 18.

### B – Les devoirs de diligence à l'échelle européenne

Au niveau européen, la directive 2014/95/UE a introduit pour les « grandes entreprises qui sont des entités d'intérêt public » de plus de 500 salariés et pour les « entités d'intérêt public qui sont les entreprises mères d'un grand groupe » de plus de 500 salariés, l'obligation de publier une déclaration non financière sur le développement, la performance, la position et l'impact de l'activité de l'entreprise du groupe sur les questions « environnementales, sociales, de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption[27] ». La Déclaration comprend à la fois « une description des politiques appliquées par le groupe en ce qui concerne ces questions, y compris pour les procédures de diligence raisonnable mises en œuvre » et « les principaux risques liés à ces questions en rapport avec les activités du groupe, y compris, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les relations d'affaires, les produits ou les services du groupe, qui sont susceptibles d'entraîner des incidences négatives dans ces domaines, et la manière dont le groupe gère ces risques [28] ». Le processus de diligence raisonnable devrait identifier, prévenir et atténuer les incidences négatives existantes et potentielles qui « peuvent découler des propres activités de l'entreprise ou peuvent être liés à ses activités et, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, à ses produits, à ses services et à ses relations d'affaires, y compris ses chaînes d'approvisionnement et de sous-traitance »[29]. En fournissant cette information, l'entreprise peut s'appuyer sur des cadres internationaux tels que les Principes des Nations Unies, les Principes directeurs de l'OCDE, la Déclaration de l'OIT ou la norme ISO 26000 (Considérant n°9)[30].

Un système de diligence raisonnable est également exigé par le règlement de l'Union européenne sur le bois[31]. Dans ce contexte, la diligence raisonnable exige qu'un opérateur entreprenne un exercice de gestion des risques de manière à minimiser le risque de mise sur le marché de l'UE d'un bois récolté illégalement ou de produits dérivés contenant du bois récolté illégalement.

Un règlement européen sur les minerais provenant de zones de conflit visant à introduire des obligations de diligence raisonnable pour les entreprises de l'UE afin d'atténuer le risque de violations des droits de l'homme tout au long de la chaîne d'approvisionnement a été adoptée en 2017[32]. Les importateurs de minerais et de métaux de l'UE doivent respecter le devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement conformément aux normes énoncées dans le Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes

---

27 Art. 19a et 29a, paragraphe 1 de la directive 2013/34/UE.

28 Art. 19a et 29a, paragraphe 1 Directive 2013/34 / UE. « En ce qui concerne les questions sociales et de personnel, les informations fournies dans la Déclaration peuvent porter sur les mesures prises pour garantir l›égalité hommes-femmes, la mise en œuvre des conventions fondamentales de l›Organisation internationale du travail (OIT), les conditions de travail, le dialogue social, le respect du droit des travailleurs à être informés et consultés, le respect des droits syndicaux, la santé et la sécurité sur le lieu de travail, le dialogue avec les communautés locales et/ou les mesures prises en vue de garantir la protection et le développement de ces communautés » (considérant n° 7, Directive 2014/95/UE).

29 Considérant n° 8.

30 Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières), 2017/C 215/01, par. 4.2.

31 Règlement (UE) n° 995/2010.

32 Règlement 2017/821.

d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque (article 4). Les mesures de gestion des risques à adopter pour prévenir ou atténuer les incidences négatives dépendent de la capacité de l'entreprise «à exercer une influence et, au besoin, des pressions sur les fournisseurs les plus à même de prévenir ou d'atténuer efficacement les risques mis en lumière »[33].

## II – LE DEVOIR DE DILIGENCE À L'ÉCHELLE NATIONALE

Au niveau national, il faut d'abord citer la récente loi française sur le *devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* (Loi n° 2017-399)[34]. Cette loi oblige toute entreprise établie en France qui emploie au moins 5000 salariés au siège social et dans ses filiales directes et indirectes, et toute entreprise qui emploi au moins 10 000 salariés au siège social et dans ses filiales directes et indirectes, dont le siège social est situé sur le territoire français ou à l'étranger, à établir et à mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance[35]. Ce plan doit inclure des mesures appropriées pour identifier les risques et pour prévenir les atteintes graves aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, à la santé et la sécurité des personnes et l'environnement, résultant des activités de l'entreprise et de celles des sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants et des fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie[36]. En cas de violation de devoirs de diligence, la société est tenue pour responsable et doit réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter[37].

---

33 Art. 5, paragraphe 1, alinéa b) (ii).

34 Sur le droit français, voir N. Cuzacq, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Dalloz, Paris, 2015 ; R.C. Drouin, « Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ? », *Droit Social,* 2016, p. 246 ; O. Favereau, « Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés. Sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale le 30 mars 2015 », *Revue Droit du Travail,* 2015, p. 446-450 ; C. Hannoun, « Pour un dispositif de vigilance mesuré et efficace », *Revue Droit Travail*, 2014, pp. 441-444 ; C. Hannoun, *Proposition pour un devoir de vigilance des sociétés mères*, in *Mélanges offerts à M. Germain*, Dalloz, Paris, 2014, p. 342 ; A. Lyon-Caen et T. Sachs, « La responsabilité des entreprises multinationales. Un processus de constitutionnalisation en action », in J.P. Robé, A. Lyon-Caen and S. Vernac (dir.), *Multinationals and the constitutionalization of the world power system*, Routledge, New York, 2016, p. 204 ; M. Moreau, Le rôle des juges face à l'exigence d'une réglementation sociale transnationale, *Droit social*, n.° 3, p. 2016 ; S. Schiller, « Encourager plutôt que contraindre », R*evue Droit du Travail*,2014, pp. 444-446 ; Sachs T., « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », Revue Droit Travail, 2017, p. 380, et les essais publiés dans *Droit social*, n° 10/2017.

35 Art. L. 225-102-4 du Code du commerce.

36 Pour les détails sur le contenu du plan, voir l'art. L. 225-102-4 al. 4 du Code du commerce français.

37 Art. 225-102-5 CP. Le Conseil constitutionnel français a déclaré non conformes à la Constitution la sanction civile de 10 à 30 millions d'euros pour manquement à l'obligation de diligence (décision n. 2017-750).

Un processus de diligence raisonnable est également prévu par la loi sur l'esclavage moderne au Royaume-Uni (*UK Modern Slavery Act*) de 2015[38]. Cette loi oblige toute organisation qui exploite une entreprise (ou une partie d'une entreprise) au Royaume-Uni à élaborer une déclaration sur l'esclavage et la traite des êtres humains (c'est-à-dire une déclaration sur les mesures prises par l'organisation pour s'assurer qu'il n'y a aucun esclavage et aucune traite des êtres humains dans ses chaînes d'approvisionnement), qui peut inclure ses processus de diligence raisonnable concernant l'esclavage et la traite des êtres humains dans ses activités et ses chaînes d'approvisionnement[39]. La jurisprudence anglaise établit également que la société mère peut, dans certaines circonstances, avoir un devoir de diligence envers les salariés d'une filiale[40]. L'obligation de diligence de la société mère repose sur trois conditions (le test *Caparo* sur la négligence)[41] :

1) le dommage est prévisible,

2) il existe suffisamment de proximité entre les parties,

3) l'existence d'un tel devoir de diligence est équitable, juste et raisonnable.

Si les trois conditions sont remplies, la société mère est déclarée « directement » responsable. Dans le cas *Chandler v Cape plc* [2012] EWCA Civ 525, la Cour d'Appel a jugé que la société mère était responsable de l'inexécution de son devoir de diligence à l'égard des salariés d'une filiale souffrant de maladies professionnelles liées à l'exposition à l'amiante parce qu'elle savait ou aurait dû se rendre compte que les conditions de travail dans la filiale étaient dangereuses et qu'elle aurait dû prévoir le risque de dommages (prévisibilité). En outre, la société mère exerçait un contrôle suffisant sur la filiale, puisqu'elle avait pris des mesures de santé et de sécurité applicables à tous les salariés du groupe, y compris les salariés de ses filiales (proximité entre le demandeur et la société). Enfin, le fait que l'exposition à l'amiante soit reconnue comme un risque majeur pour la santé constituait un motif juste et raisonnable pour imposer l'obligation de diligence[42].

Enfin, il convient de mentionner la *Résolution concernant le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, adoptée par la Conférence générale de l'OIT à sa 105e session (2016). Dans ce document, il est recommandé aux Etats de « stimuler la transparence et encourager les entreprises, et le cas échéant de les contraindre, par divers moyens à faire rapport sur la diligence raisonnable dans leurs chaînes d'approvisionnement

---

38 Voir D. Blackburn, A. Sanders, R. Subasinghe, *Supply chains liability: UK* report, 2015.

39 Modern Slavery Act 2015, partie 6, art. 54, par. 5.

40 R. Meeran, "Access to Remedy: the United Kingdom Experience of MNC Tort Litigation for Human Rights Violations", in S Deva et D Bilchitz (dir), H*uman Rights Obligations of Businesses: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?, CUP*, 2013; A Sanger, "Crossing the corporate veil: the duty of care owed by a parent company to the employees of its subsidiary" *CLJ*, 2012, n°71, p.478; Bright C., "Le devoir de la société mère dans la jurisprudence anglaise", *Droit Social*, 2017, p. 828.

41 *Caparo Industries Plc v Dickman* [1990] 2 AC 605 (HL).

42 Selon L.J. Arden, les circonstances dans lesquelles la loi peut imposer à une société mère la responsabilité de la santé et de la sécurité des salariés de sa filiale « comprennent une situation où, comme en l'espèce, (1) les activités de la société mère et de la filiale sont le même (2) la société mère a, ou devrait avoir, des connaissances supérieures sur certains aspects pertinents de la santé et de la sécurité dans l'industrie en question, (3) le système de travail de la filiale est dangereux et la société mère le savait, ou aurait dû savoir, et (4) la société mère savait ou aurait dû prévoir que la filiale ou ses salariés compteraient sur l'utilisation de cette connaissance supérieure pour la protection des salariés » (*Chandler v Cape plc* [2012] EWCA Civ 525, [80]).

et à faire connaître la façon dont elles gèrent les incidences de leur activité sur les droits de l'homme [43] ». De même, les Principes directeurs de l'OCDE engagent les pays adhérant à la Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales à promouvoir l'application des Principes directeurs par toutes les entreprises ayant leur siège dans leur pays, où qu'elles exercent leur activité, ainsi que par les entreprises opérant sur leur territoire. Comme indiqué dans le Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme *Améliorer la responsabilisation des entreprises et l'accès* à des voies de *recours pour les victimes de violations des droits de l'homme*, « Garantir la responsabilisation juridique des entreprises et l'accès à des voies de recours utiles pour les personnes victimes de ces violations est une composante fondamentale de l'obligation des États de protéger contre les atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises » (paragraphe 1).

## III – LE DEVOIR DE DILIGENCE DANS LES ACCORDS-CADRES INTERNATIONAUX

Une obligation de diligence tout au long de la chaîne d'approvisionnement peut également être réglementée par des accords-cadres globaux négociés entre les syndicats et les entreprises multinationales. Actuellement, ni le droit international ni le droit européen ne réglementent ces accords de sorte qu'ils ne sont généralement pas considérés comme juridiquement contraignants.

L'*Accord Danone/UITA sur l'emploi durable et l'accès aux droits* sign**é** le 15 mars 2016, par exemple, oblige Danone à encourager l'application de l'accord chez les fournisseurs du groupe et dans les activités auxquelles Danone participe, selon le devoir de vigilance tel que régulé par les Principes directeurs de l'OCDE[44]. L'accord garantit également un salaire égal pour un travail égal et des conditions de travail non discriminatoires pour les travailleurs directement employés par Danone, les travailleurs intérimaires et les travailleurs employés par un prestataire de services.

Cependant, la majorité des accords ne font pas référence à une obligation de diligence raisonnable, mais introduisent simplement différents types de devoirs pour la société mère afin d'encourager le respect des droits des travailleurs par d'autres sociétés impliquées dans ses activités. L'accord-cadre mondial entre H&M, Industrial Global Union et Industrifacket Metall sur le respect et la mise en œuvre des normes internationales du travail chez les fournisseurs de H & M signé le 9 septembre 2015 impose par exemple à H & M « d'utiliser toute son influence potentielle pour s'assurer que ses fournisseurs directs et leurs sous-traitants produisant des marchandises ou des produits vendus dans tous les magasins de détail du groupe H & M respectent les droits humains et syndicaux sur le lieu de travail **»**.

L'accord européen 2012 du Groupe GDF Suez sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes engage l'entreprise à s'assurer que ses fournisseurs et sous-traitants respectent les principes d'égalité entre les femmes et les hommes (art. 13). De même,

43 Par.16 (f) et (i). Voir également la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et les entreprises, adoptée le 2 mars 2016, paragraphe 20.

44 Sur l'Accord Danone/UITA, voir M. Frapard**, «** La protection des droits sociaux fondamentaux des travailleurs dans les entreprises transnationales **»**, *Revue de Droit du Travail*, 2017, p. 49.

l'accord-cadre international entre ThyssenKrupp AG, le comité de groupe IG Metall et IndustriALL Global Union signé en 2015 oblige l'entreprise à encourager ses fournisseurs à prendre en compte les principes fondamentaux et les normes fondamentales du travail de l'OIT (art. 10) dans leur politique d'entreprise. Cependant, les deux accords ne précisent pas quelles mesures doivent être adoptées pour remplir ces devoirs.

Enfin, nous devrions citer les codes de conduite et les initiatives de conformité engagées volontairement par les sociétés mères pour surveiller le respect des droits de l'homme. Nonobstant les limites des initiatives volontaires pour identifier et prévenir efficacement les risques[45], ces mécanismes volontaires impliquent parfois un devoir de vigilance sur la chaîne d'approvisionnement ou bien font référence au respect des Principes directeurs des Nations Unies, des Principes directeurs de l'OCDE ou de la Déclaration de l'OIT.

## IV – LE DEVOIR DE DILIGENCE ET LA RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE DE DISCRIMINATION

Après avoir brièvement cité les différentes sources du devoir de l'entreprise de prévenir les violations des droits de l'homme par ses filiales, fournisseurs ou sous-traitants, nous devons vérifier si et quand une entreprise européenne peut être tenue pour responsable d'une discrimination dans sa chaîne d'approvisionnement. Les prémisses de notre analyse sont :

1. le fait qu'une entreprise de la chaîne d'approvisionnement ait eu une pratique discriminatoire contre ses travailleurs pour un motif interdit par la législation anti-discrimination de l'UE (préjudice),

2. le fait que la société mère ait enfreint son devoir de diligence dans la chaîne d'approvisionnement (manquement au devoir),

3. le fait que le devoir de diligence concerne le respect du principe de non-discrimination violé par l'entreprise dans la chaîne d'approvisionnement,

4. le fait qu'ayant respecté l'obligation de diligence, l'entreprise mère aurait pu empêcher ou atténuer la discrimination dans la chaîne d'approvisionnement (lien de causalité entre le dommage et le manquement au devoir).

Bien sûr, dans une affaire en instance de jugement, tous ces postulats doivent être prouvés et ce n'est pas souvent une tâche facile. Afin de faire respecter le devoir de diligence, de nombreux auteurs ont réclamé des mesures pour inverser le fardeau de la preuve, c'est-à-dire exiger des entreprises mères qu'elles démontrent qu'elles ont pris toutes les mesures raisonnables pour éviter les dommages ou qu'elles n'avaient aucun

45 Voir Rapport mondial de Human Rights Watch, *Without Rules : A Failed Approach to Corporate Accountability*, 2013 ; AFL-CIO, *Responsibility Outsourced : Social Audits, Workplace Certification and Twenty Years of Failure to Protect Worker Rights*, 2013.

contrôle sur les activités qui ont causé le préjudice[46]. En outre, il a été suggéré d'introduire une obligation de divulgation qui permettrait aux plaignants de demander au tribunal d'ordonner à une société défenderesse de divulguer tous les détails concernant le contrôle exercé sur ses filiales et sous-traitants, son implication générale dans la gestion de ses filiales et sous-traitants, son contrôle et son implication dans le cas spécifique lié à la réclamation, dans la mesure où cette information est pertinente pour apprécier le devoir de diligence de la société-défenderesse[47].

Comme précisé ci-dessus, il n'existe pas encore un général devoir de diligence juridiquement contraignant au niveau international ou européen. En effet, chaque règlement peut lier différentes entreprises (portée subjective), peut fournir une définition différente de la relation commerciale (portée objective), peut être appliqué à différents droits de l'homme, peut être juridiquement contraignant ou non. Il existe cependant un élément commun entre ces devoirs : les mesures que la société mère doit adopter pour prévenir ou réduire le risque de violation des droits de l'homme dépendent du degré d'influence qu'elles ont sur leur chaîne d'approvisionnement.

Le lien entre la législation anti-discrimination de l'UE et le devoir de vigilance peut permettre d'attribuer la responsabilité de la discrimination à l'entreprise dominante : comme nous l'avons déjà souligné, une entreprise est responsable d'une discrimination qu'elle a le devoir de prévenir. D'un autre côté, ce lien résout le problème de l'absence de force contraignante du devoir de diligence : la violation du devoir de diligence est une prémisse de la violation de la loi anti-discrimination de l'UE. Par conséquent, les dispositions non contraignantes sont utilisées comme base pour « la reconnaissance d'obligations découlant de règles de droit dur, contribuant de ce fait à la construction d'un système de régulation mixte »[48].

---

46 J. J. Álvarez Rubio, K. Yiannibas (dir.), *Human Rights in Business. Removal of barriers to access to justice in the European union*, Routledge, 2017, IV; *Improving access to remedy in the area of business and human rights at the EU level*, Avis de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2016, p. 7 et 34; S. Cossare et M.L. Guislain, « Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable », *RLDA,* 2015, p. 75. En interprétant la loi française sur le devoir de diligence, C. Hannoun (« Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Droit Social*, 2017, p. 816) a suggéré d'appliquer aux sociétés mères la jurisprudence sur la «présomption d'identification du risque en cas d'alerte » : si la société mère est alertée sur certains risques, elle a le devoir d'enquêter et de prendre des mesures appropriées.

47 C. van Dam, F. Gregor, *Corporate responsibility to respect human rights. Vis-à-vis legal duty of care*, dans *Human Rights in Business. Removal of barriers to access to justice in the European Union. Executive summary*, 2017, p. 22.

48 R.C. Drouin, « Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance? », *Droit Social,* 2016, p. 255. Voir aussi K. Martin-Chenut, « Devoir de vigilance : inter-normativités et durcissement de la RSE », *Droit Social,* 2017, p. 802.

Tenir compte de l'obligation de diligence raisonnable (même si elle n'est pas juridiquement contraignante pour les entreprises transnationales) dans l'évaluation de la responsabilité en matière de discrimination contribuerait à faire respecter les droits de l'homme par les entreprises, comme l'exigent les Principes des Nations Unies[49], les Principes directeurs de l'OCDE[50] et la Déclaration de l'OIT[51].

Lorsque l'obligation de diligence est issue d'un accord-cadre mondial ou d'un code de conduite, les tribunaux devraient tenir compte du fait que l'entreprise dominante a volontairement signé cet accord ou adopté le code, en s'engageant dans un processus de diligence raisonnable. Par conséquent, la violation du devoir de diligence par cette entreprise (même s'il n'est pas contraignant) devrait être prise en compte et permettre de lui imputer la responsabilité de la discrimination dans sa chaîne d'approvisionnement.

Lorsqu'il existe un devoir de diligence juridiquement contraignant, l'avantage de lier la législation anti-discrimination de l'UE au devoir de diligence réside dans la possibilité d›utiliser les mesures d'exécution réglementées par le premier (par exemple, le renversement de la charge de la preuve, l'action collective, les procédures d'urgence, les sanctions), pour prouver et sanctionner les discriminations survenues dans la chaîne d'approvisionnement.

Si la discrimination a été causée par une filiale, un fournisseur ou un sous-traitant établi dans un Etat différent de celui où la société mère est établie, il est nécessaire de déterminer le tribunal compétent et la loi applicable. Les litiges concernant les Etats membres de l'UE sont gouvernés par le règlement Bruxelles I bis et le règlement Rome II. Le premier prescrit que « les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre »[52]. Autrement, la société défenderesse peut être poursuivie « devant la juridiction du lieu où le fait dommageable

49 Les Principes des Nations Unies obligent les Etats à « énoncer clairement qu'ils attendent de toutes les entreprises domiciliées sur leur territoire et/ou sous leur juridiction qu'elles respectent les droits de l'homme dans toutes leurs activités » (principe n° 2, voir également Recommandation du Comité des Ministres du L'Europe sur les droits de l'homme et les entreprises, adoptée le 2 mars 2016, par. 13).

50 Les Principes directeurs de l'OCDE exigent que les gouvernements encouragent les entreprises opérant sur leur territoire à respecter les règles établies ici, quel que soit le lieu où elles opèrent (Principes directeurs de l'OCDE, I. Concepts et principes, par. 3).

51 La Déclaration de l'OIT prescrit aux gouvernements de veiller à ce que, lorsque des violations des droits de l'homme se produisent sur leur territoire et/ou dans leur juridiction, tout travailleur ou groupe de travailleurs concerné ait accès à un recours effectif (par. 64). Les juridictions nationales, faisant partie de l'organisation de l'Etat, remplissent les obligations de l'Etat mentionné.

52 Art. 4, par. 1 du règlement n° 1215/2012. Aux fins du règlement n° 1215/2012, «les sociétés et les personnes morales sont domiciliées là où est situé : a) leur siège statutaire, (b) leur administration centrale; ou (c) leur principal établissement » (Article 63, paragraphe 1). Voir O. De Schutter O., « La responsabilité des Etats dans le contrôle des sociétés transnationales : vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales », in I. Daugareilh I. (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant 2010, p. 707.

s'est produit ou risque de se produire »[53]. Par conséquent, la société mère peut être poursuivie devant le tribunal de l'Etat membre où elle est établie ou devant le tribunal de l'Etat membre où la discrimination s'est produite. Devant le tribunal où est poursuivie la société mère, il est également possible de poursuivre la filiale, le fournisseur ou le sous-traitant établi dans un autre Etat membre[54].

Le règlement Rome II affirme que « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient [55] ». Par conséquent, il convient d'appliquer la loi du pays où la discrimination a eu lieu. Toutefois, l'article 16 prévoit que le tribunal compétent applique les « dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle ». La législation nationale mettant en œuvre la législation anti-discrimination de l'UE peut figurer parmi les dispositions impératives dérogatoires de la loi du for, ainsi que la législation nationale sur le devoir de diligence[56]. En effet, l'article 16 fait référence à des dispositions d'importance fondamentale telles que celles adoptées pour mettre en œuvre les normes fondamentales du travail de l'OIT, les droits et principes fondamentaux de l'UE et les dispositions dont l'objectif a été internationalement reconnu[57].

---

53 Art. 7, n° 2 du règlement n° 1215/2012. Le lieu de l'évènement dommageable couvre à la fois le territoire du pays où l'évènement à l'origine du dommage est survenu et le territoire du pays où le résultat préjudiciable a eu lieu (CJUE, 30.11.1976, affaire 21/1976).

54 La révision du règlement Bruxelles I en 2012 n'a pas introduit le *forum nécessitatis*. Selon le Conseil de l'Europe, «les Etats devraient envisager d'autoriser leurs tribunaux internes à se déclarer compétents pour les requêtes civiles liées à des violations de droits de l'homme causées par cette entreprise en l'absence manifeste d'un autre forum garantissant un procès équitable (*forum necessitatis*) » (Conseil de l'Europe, Recommandation sur les droits de l'homme et les entreprises, 2.3.2016, paragraphe 36).Voir D. Augenstein, N. Jägers, *Judicial remedies: the issue of jurisdiction*, in *Human Rights in Business. Removal of barriers to access to justice in the European Union. Executive summary*, 2017, p. 13; *Improving access to remedy in the area of business and human rights at the EU level*, Avis de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2016, page 8. Certains Etats membres maintiennent la compétence de nécessité (forum necessitatis) pour éviter les cas de déni de justice et garantir une protection judiciaire efficace telle que définie à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (ECHR) (A. Pigrau Solé, M. Álvarez Torné, A. Cardesa-Salzmann, M. Font I Mas, D. Iglesias Márquez, J. Jaria I Manzano, *Human rights in business. A practical handbook for civil society organisations and human rights defenders*, 2016, p. 42 and p. 68 on). Sur le *forum necessitatis* voir l'affaire française *Comilog*: I. Bertrand, « Coemploi international : juridiction territorialement compétente », *Revue de droit du travail*, 2015, p. 203 ; E. Pataut, « Le contentieux collectif des travailleurs face à la mondialisation. Réflexions à partir de l'affaire *Comilog* », *Droit Social,* 2016, p. 554.

55 Article 4, paragraphe 1 du règlement n° 864/2007.

56 Voir J. J. Álvarez Rubio et K. Yiannibas (eds.), *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Routledge, 2017, partie II ; O. De Schutter, « Le contrôle du respect des droits de l'homme par les sociétés transnationales : le rôle de l'État d'origine », in H. Muir Watt, M.A. Moreau, P. Rodière, *Justice et mondialisation en droit du travail. Du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Dalloz, Paris, 2010.

57 M. Saage-Maaß, *Holding Companies Accountable. Lessons from transnational human rights litigation*, 2014, p. 22 (https://www.brot-fuer-die_welt.de/fileadmin/mediapool/2_Downloads/Fachinformationen/Sonstiges/Brochure_HoldingCompaniesAccountable_Einzelseiten.pdf).

Une autre possibilité est offerte par l'article 4, paragraphe 3, du règlement Rome II selon lequel, si le délit est manifestement plus étroitement lié à un pays autre que celui dans lequel le dommage est survenu, la loi de cet autre pays s'applique. « Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties » (art. 4, par. 3), comme c'est le cas entre la société mère et les filiales, fournisseurs ou sous-traitants[58].

Les deux interprétations sont cohérentes avec l'obligation des Etats, en vertu des Principes directeurs des Nations Unies (principe n° 25), d'envisager des moyens de réduire les obstacles juridiques, pratiques et autres qui pourraient conduire à un refus d›accès à un recours juridique.

Par conséquent, lorsque la discrimination a eu lieu dans un Etat membre de l'UE, la société mère peut être poursuivie devant le tribunal de son lieu de domicile[59]. Ce tribunal doit appliquer la loi de l'Etat où le dommage est survenu[60]. La législation anti-discrimination étant harmonisée au niveau de l'UE, le tribunal compétent doit appliquer le droit national d'une manière compatible avec les critères mentionnés dans la première partie de cet article, c'est-à-dire doit déclarer la société mère responsable des discriminations qu'elle aurait pu empêcher en respectant son devoir de diligence.

Lorsque la société mère est établie dans un Etat membre de l'UE et que la discrimination s'est produite en dehors du territoire de l'UE, elle peut être poursuivie devant le tribunal de son lieu de domicile[61] et cette juridiction devrait considérer que la loi anti-discrimination de l'UE fait partie des dispositions impératives de la lex fori. Dans ce cas également, une société mère établie dans un État membre de l›UE devrait être tenue responsable des discriminations survenues dans sa chaîne d›approvisionnement qu'elle aurait pu empêcher si elle avait respecté son devoir de diligence.

58 E. Pataut « Le devoir de vigilance. Aspects de droit international privé », *Droit Social,* 2017, p. 839.

59 Art. 4, par. 1 du règlement 1215/2012.

60 Art. 4, par. 1, règlement 864/2007.

61 Sur la possibilité des victimes de violations des droits de l'homme dans des pays tiers commis par des entreprises multinationales basées dans l'UE de les poursuivre devant les tribunaux, voir J. J. Álvarez Rubio et K. Yiannibas (dir.), *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Routledge, 2017, partie I.

## Conclusion

Les principes de non-discrimination de l'UE doivent être pris en compte parmi les techniques permettant de réguler l'exercice du pouvoir au-delà du contrat de travail et dans les organisations complexes : toute personne ayant causé ou toléré illégalement une discrimination en est responsable. Par conséquent, une entreprise peut être tenue pour responsable d'une discrimination causée par une autre entreprise dans sa chaîne d'approvisionnement, chaque fois que l'accomplissement du devoir de diligence aurait pu empêcher la discrimination de se produire.

L'établissement d'un lien entre la législation anti-discrimination de l'UE et le devoir de diligence permettrait de faire respecter un devoir de diligence non juridiquement contraignant : la violation du devoir de diligence devenant une partie du jugement anti-discrimination. En outre, les mesures d'exécution établies par la législation anti-discrimination de l'UE peuvent faciliter la collecte de preuves et la lutte contre les violations des droits de l'homme dans la chaîne d'approvisionnement. Par conséquent, l'interconnexion entre la *soft law et la hard law* renforce l'obligation, pour les multinationales, de respecter les droits de l'homme dans la chaîne globale d'approvisionnement. Il en résulte une réaffectation des responsabilités au sein des organisations complexes : une entreprise mère est conjointement responsable de violations causées par ses filiales, fournisseurs ou sous-traitants, lorsqu'elle a le pouvoir d'influencer les conduites risquées dans ses relations commerciales et qu'elle tire profit des activités de la chaîne d'approvisionnement.

**SILVIA BORELLI**
**Professeur de droit du travail, Université de Ferrare (Italie)**

**Thèmes de recherche :** Droit européen, droit antidiscriminatoire, droit du travail, organisations économiques complexes.

**Publications:**
~ S. Borelli, J.M. Serrano García, « El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economia digital », *Revista de Derecho Social*, n° 80/2018.
~ S. Borelli, "Tecniche di regolazione delle organizzazioni complesse e disciplina lavoristica", *Lavoro e diritto*, n° 1/2014, pp. 23-35.

ISSN 0222-4194

AVRIL 2018
Nouvelle série n° 837 - 11 €

# Le DROIT OUVRIER

**DROIT DU TRAVAIL - PRUD'HOMIE - SÉCURITÉ SOCIALE**

## Sommaire


### DOCTRINE

**Hervé Guichaoua :** Le certificat de détachement frauduleux devient-il un obstacle à la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social du fait des entreprises étrangères ? (acte 2)

à propos des ordonnances *Macron*

**Isabelle Meyrat :** Droit du travail et droits des travailleurs : le grand désarmement.

### JURISPRUDENCE

*Voir notamment*

Transformation du Bureau de conciliation et d'orientation en Bureau de jugement restreint : étude des premières décisions
**Conseil de prud'hommes de Bobigny (BJ restreint) 13 juillet 2017 ; Conseil de prud'hommes de Nîmes (BJ restreint) 23 février 2017 ; Conseil de prud'hommes de Longjumeau (départage) 27 octobre 2017** – Note Fabienne Le Souder (p. 218)

Caractérisation de la discrimination en cas de facteurs multiples et détermination du préjudice retraite spécifique des femmes à travers le cas de la première femme contrôleuse de la SNCF
**Cour d'appel d'Aix-en-Provence 20 octobre 2017** - Note Emmanuelle Boussard-Verrecchia (p. 222)

Reconnaissance du co-emploi après l'arrêt *Molex* : plus difficile mais pas impossible
**Cour d'appel de Douai (Ch. Soc.) 29 Septembre 2017** - Note Paul Beausillon (p. 234)

### CHRONIQUES JURISPRUDENTIELLES

**Droit social international et européen** sous la responsabilité de Alexandre Charbonneau, Konstantina Chatzilaou, Valérie Lacoste-Mary, Emmanuelle Lafuma, Jérôme Porta.


**REVUE JURIDIQUE DE LA CONFÉDÉRATION GÉNÉRALE DU TRAVAIL**

263, RUE DE PARIS, 93516 MONTREUIL CEDEX - www.cgt.fr

REVUE
DE DROIT COMPARÉ
DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

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 **1er février** de chaque année (pour les **Études**, la **Jurisprudence Sociale Comparée**, et la **Jurisprudence Sociale Internationale**) et avant le **1er juin** de chaque année pour le **Dossier Thématique**. Concernant les contributions à la rubrique **Actualités Juridiques Internationales**, elles doivent être adressées avant le **1er février** (pour le premier numéro) et avant le **1er 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 ;
- **25 000 caractères** - notes de bas de pages et espaces compris - pour la rubrique « **Jurisprudence Sociale Comparée** » et de « **Jurisprudence Sociale Internationale** » quelle que soit la lanque de soumission de l'article ;
- **15 000 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 **12 000 caractères** lorsqu'ils ont soumis en Anglais ou en Espagnol.

Par ailleurs, tous les manuscrits devront être accompagnés des éléments suivants :

- 5 mots clés (en français et en anglais) permettant d'identifier le contenu de l'article ;
- l'institution de rattachement, le titre, ainsi que l'adresse postale et électronique de l'auteur ;
- le titre de l'article.

Les manuscrits destinés aux rubriques « **Études** », « **Dossier Thématique** » et « **Jurisprudence Sociale Internationale** » devront également comporter :

- un résumé, en français et en anglais (de **400 caractères** chacun) ;
- deux publications au choix.

## 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.

# *IALLJ* CALL FOR PAPERS ~ 2018 MARCO BIAGI AWARD

To stimulate scholarly activity and broaden academic interest in comparative labour and employment law, the ***International Association of Labour Law Journals*** announces a ***Call for Papers*** for the **2018 Marco Biagi Award**. The award is named in honor of the late Marco Biagi, a distinguished labour lawyer, victim of terrorism because of his commitment to civil rights, and one of the founders of the Association. The Call is addressed to doctoral students, advanced professional students, and academic researchers in the early stage of their careers (that is, with no more than three years of post-doctoral or teaching experience).

1. The Call requests papers concerning *comparative and/or international* labour or employment law and employment relations, broadly conceived. Research of an empirical nature within the Call's purview is most welcome.

2. Submissions will be evaluated by an academic jury to be appointed by the Association.

3. The paper chosen as the winner of the award will be assured publication in a member journal, subject to any revisions requested by that journal.

4. Papers may be submitted preferably in English, but papers in French, or Spanish will also be accepted. The maximum length is 12,500 words, including footnotes and appendices. Longer papers will not be considered.

5. The author or authors of the paper chosen as the winner of the award will be invited to present the work at the Association's 2018 meeting, to be announced on the website of the Association. Efforts are being undertaken to provide an honarium and travel expenses for the presentation of the paper. Until that effort bears fruit, however, the Association hopes that home institutional funds would be available to support the researcher's presentation.

6. The deadline for submission is March 31rd, 2018. Submissions should be sent electronically in Microsoft Word to Frank Hendrickx, the President of the Association, at Frank.Hendrickx@kuleuven.be.

## Prior Recipients of the Marco Biagi Award

**2016** **Mimi Zou**, « Towards Exit and Voice: Redesiging Temporary Migrant Workers's Programmes) ».

**2015** **Uladzislau Belavusau** (Vrije Universiteit Amsterdam, Pays-Bas), « A Penalty Card for Homophobia from EU Labor Law: Comment on Asociaţia ACCEPT (C-81/12) ».

**2014** **Lilach Lurie** (Bar-Ilan University, Israel), « Do Unions Promote Gender Equality ? ».

**2013** **Aline Van Bever** (University of Leuven, Belgium), « The Fiduciary Nature of the Employment Relationship ».

**2012** **Diego Marcelo Ledesma Iturbide** (Buenos Aires University, Argentina), « Una propuesta para la reformulación de la conceptualización tradicional de la relación de trabajo a partir del relevamiento de su especificidad jurídica ».

Special Commendation : **Apoorva Sharma** (National Law University, Delhi), « Towards an Effective Definition of Forced Labor ».

**2011** **Beryl Ter Haar** (Universiteit Leiden, The Netherlands), **Attila Kun** (Károli Gáspár University, Hungary) et **Manuel Antonio Garcia-Muñoz Alhambra** (University of Castilla-La Mancha, Spain), « Soft On The Inside; Hard For The Outside. An Analysis Of The Legal Nature Of New Forms Of International Labour Law ».

2018 73-1 HIVER WINTER

REVUE TRIMESTRIELLE
RELATIONS INDUSTRIELLES

RI/IR

INDUSTRIAL RELATIONS
QUARTERLY REVIEW

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

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

**SYMPOSIUM**

Pour une approche renouvelée de la gestion des ressources humaines (GRH)

A Renewed Approach to Human Resource Management (HRM)

ÉDITEURS INVITÉS / GUEST EDITORS : YVES HALLÉE, LAURENT TASKIN ET / AND STEVE VINCENT

**ARTICLES**

Vers la fin de la gestion des carrières? La GRH face au rôle croissant des intermédiaires du marché du travail

FRANÇOIS PICHAULT, NADÈGE LORQUET ET JEAN-FRANÇOIS ORIANNE

Beyond "Hero-based" Management: Revisiting HRM Practices for Managing Collective Expertise

OLGA LELEBINA AND SÉBASTIEN GAND

La dynamique de construction d'une GRH sociétale dans une PME française du secteur de l'économie sociale et solidaire

LUDIVINE ADLA ET VIRGINIE GALLEGO-ROQUELAURE

**HORS-THÈME / OTHER ISSUES**

How Can the Organizing Work Involved in the Joint Regulation of Lean Projects Promote an Enabling Organization and Occupational Health?

SÉBASTIEN BRUÈRE, MARIE BELLEMARE AND SANDRINE CAROLY

L'effet du mentorat sur la réussite de carrière : quelles différences entre hommes et femmes ?

EMNA GARA BACH OUERDIAN, ADNANE MALEK ET NAJWA DALI

Expedited Arbitration: A Study of Outcomes and Duration

SHANNON R. WEBB AND TERRY H. WAGAR

Prévenir les risques psychosociaux : une étude des perceptions et des pratiques des employeurs

RAFAËL WEISSBRODT, MARC ARIAL, MAGGIE GRAF, TAREK BEN JEMIA, CHRISTINE VILLARET D'ANNA ET DAVID GIAUQUE

**RI/IR EN LIGNE**

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

**www.erudit.org/revue/ri**

Pour abonnement institutionnel, contacter Érudit.

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

**www.riir.ulaval.ca**

**RI/IR ONLINE**

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

**www.erudit.org/revue/ri**

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

Visit our website for Notes to contributors or to subscribe:

**www.riir.ulaval.ca**

**RELATIONS INDUSTRIELLES**
**INDUSTRIAL RELATIONS**

Pavillon J.-A.-DeSève
1025, avenue des Sciences-Humaines
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 2019

REVUE DE DROIT COMPARÉ
DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

(PAPIER) ISSN 2117-4350
(E-JOURNAL) ISSN 2262-9815

**PAR AN**

3 NUMÉROS PAPIERS (FRANÇAIS)
1 NUMÉRO ÉLECTRONIQUE (ANGLAIS)

**COMPTRASEC**
UMR CNRS 5114

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

**Nom**/Name/Nombre .....

**Adresse**/Address/Direcció .....

**Code postal**/Zip Code/Codigo postal ..... **Ville**/City/Ciudad .....

**Pays**/Country/Pais .....

✆ ..... / ..... @ .....

| | | **Prix**/Price/Precio |
|---|---|---|
| Abonnement Annuel<br>Annual Subscription<br>Suscripción anual | **Revue Papier** / Print Journal / Revista Impressa<br>(3 n° en français / 3 issues in French / 3 números en francés) | **105 €** |
| | **Revue électronique** / E-journal/ Revista Electrónica<br>(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<br>(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<br>Unit Price<br>Precio unitario | **Revue Papier** / Print Journal/ Revista Impressa | **40 €** |
| | **Revue électronique**/E-Journal/Revista Electrónica | **70 €** |
| | **Article**/ Journal article/Artículo | **6 €** |
| *Frais de port compris / Postal charges included / Gastos de envio incluidos* | | |
| TVA<br>VAT<br>IVA | **Livraison** / Delivery/Entrega :<br>2,10% France / 1,05% DOM & Corse / 0% CEE & hors CEE | **TOTAL** |

**MODE DE RÈGLEMENT/MODE DE PAYMENT/FORMA DE PAGO**

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

☐ CHÈQUE / CHEK
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 is preferred / El pago en linea se prefiere

Date ..... Signature

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

Dépôt légal : Mai 2018

Achevé d'imprimer par
Imprimerie de l'Université de Bordeaux
16 avenue Léon Duguit – CS 50057 – F 33608 PESSAC cedex

IMPRIM'VERT®