

**Bulletin  
de droit comparé  
du travail et de  
la sécurité sociale**

**2002**

**COMPTRASEC UMR CNRS 5114  
UNIVERSITÉ MONTESQUIEU-BORDEAUX IV**



## SOMMAIRE

### ÉTUDES

Pietro ICHINO	
Négociation collective et loi antitrust .....	3
Diane VEILLEUX	
La médiation des conflits de droit relatifs aux conditions de travail : le cas du Québec .....	23
Roberto FRAGALE FILHO	
La justice du travail au Brésil .....	51
Anna CHAPMAN	
Vie privée et surveillance sur le lieu de travail en Australie .....	73
Eva RYSTEDT	
Droit de la famille et droit social en Suède .....	93

### DOSSIER THÉMATIQUE

#### L'élargissement de l'Union Européenne : quel modèle social ?

Philippe MARTIN	
L'élargissement de l'Union Européenne : quel modèle social ? .....	119
Loredana ALEXANDRU	
Dialogue social et relations professionnelles en Roumanie .....	129
Irena BORUTA	
L'impact de l'élargissement de l'UE sur les relations professionnelles et le droit social polonais .....	153
Polonca KONCAR	
Le droit social en Slovénie au regard de l'acquis communautaire .....	175
Henri LOURDELLE	
Quel système de protection sociale dans les pays d'Europe Centrale et Orientale dans le cadre de « l'élargissement » .....	193

#### ACTUALITES JURIDIQUES INTERNATIONALES .....

Algérie (p.235), Allemagne (p.240), Argentine, (p.244), Belgique (p.249), Brésil (p.255), Cameroun (p.258), Chili (p.260), Chine (p.265), Espagne (p.268), Etats-Unis (p.274), Fédération de Russie (p.280), France (p.284), Grèce (p.298), Hongrie (p.301), Italie (p.307), Japon (p.311), OIT (p.316), Portugal (p.319), Québec (p.322), Roumanie (p.327), Slovénie (p. 332), Turquie (p.336), Union Européenne (p.341).	233
---	-----



# ÉTUDES



**Pietro ICHINO**  
*Professeur*  
*Université de Milan*

## **NÉGOCIATION COLLECTIVE ET LOI ANTITRUST**

### **RÉSUMÉ**

A la suite de la décision rendue par la Cour de Justice des Communautés Européenne dans l'affaire Albany, cet article tente de reconstituer les raisons historiques à l'origine des antagonismes entre conventions collectives et droit de la concurrence. L'auteur partage l'insatisfaction exprimée dans les tout premiers commentaires sur l'affaire Albany. La thèse la moins convaincante est celle de la Commission, selon laquelle les conventions collectives ne peuvent pas être incluses dans la notion de « conventions entre entreprises », visée par l'Article 85 (aujourd'hui 81) du Traité. C'est la raison pour laquelle l'auteur soutient qu'une confrontation in extenso entre droit du travail et droit de la concurrence est indispensable. Enfin, l'auteur dégage certaines hypothèses sur la façon dont le droit et l'économie peuvent interagir en ce domaine, qu'il s'agisse de l'interprétation de la législation en vigueur ou de l'élaboration des futures lois.

### **SUMMARY**

Referring to the recent ECJ decision in Albany, this article tries to rebuild the historical reasons for the contrast between collective bargaining and competition law. The author shares the dissatisfaction expressed in the first comments on Albany. The less convincing is the Commission's thesis, according to which collective agreement could not fall within the notion of « agreement among enterprises », contained in Art. 85 (now 81) of the Treaty. This is the reason why the author argues that a wide-ranged confrontation between labour law and competition law is needed. Finally, the author identifies some hypotheses on the way in which law and economics may interact in this matter, either for the interpretation of the legislation in force, or for the making of the future one.

La Cour de Justice des Communautés Européennes a été confrontée, il y a deux ans, au cas d'une entreprise textile (Albany International) qui refusait de contribuer à un fonds de prévoyance complémentaire mis en place par une convention collective, applicable dans toutes les entreprises du secteur, selon la législation hollandaise. Dans cette affaire, l'entreprise dénonçait la violation du principe communautaire de la liberté de concurrence par la disposition conventionnelle qui obligeait toutes les entreprises du secteur à s'affilier au régime d'assurance géré par un seul organisme. Pour traiter ce problème, la Cour a bien montré qu'elle était consciente du fait que, au delà du cas spécifique, les antagonismes possibles entre la négociation collective et la liberté de concurrence sont nombreux et importants.

Des questions analogues ont déjà été soumises, à plusieurs reprises, à des tribunaux nationaux et fédéraux des États-Unis et elles ont été tranchées différemment selon les cas. La Cour de Justice des Communautés Européennes a résolu la question dans l'affaire Albany (arrêt du 21 septembre 1999) en affirmant que « lorsque la convention collective est destinée à améliorer le traitement des travailleurs, elle doit être considérée comme exclue du champ d'application de la réglementation communautaire sur la concurrence » (cette considération a été précisée dans deux décisions ultérieures).

On a fait immédiatement observer que cette décision posait différents problèmes d'une importance considérable. Tout d'abord, comment définir l'« amélioration du traitement des travailleurs » ? Ensuite à quel « intérêt des travailleurs » doit-on se référer pour évaluer le contenu effectif du contrat : à celui des travailleurs représentés par les organisations signataires de la convention collective, à celui de tous les travailleurs actuellement employés dans le secteur d'activité, à celui de tous ceux qui, actuellement ou potentiellement, appartiennent au secteur en cause, à celui de l'ensemble des travailleurs ? Mais le problème le plus difficile à résoudre est celui posé quand (comme cela se produit parfois) l'amélioration du statut des travailleurs est justement recherchée, directement ou indirectement, par une limitation de la concurrence entre entreprises sur le marché des biens et des services, ce qui entraîne un préjudice pour les consommateurs ou les utilisateurs.



C'est ainsi, par exemple, que la convention collective nationale italienne du secteur du nettoyage du 24 octobre 1997 prévoit l'obligation pour l'entreprise qui reprend un marché, après un appel d'offre de marché public, de reprendre tout le personnel employé par l'adjudicataire précédent. On trouve une réglementation analogue dans la convention collective du secteur des services aéroportuaires (renouvelée le 16 mars 1999) et dans le décret loi du n°18 du 13 janvier 1999 (art. 14), contre lequel la Commission a introduit une procédure contre l'Italie devant la Cour de Justice des Communautés européennes. Ce type de dispositions a pour effet de garantir une position de monopole au groupe des travailleurs actuellement au service de l'adjudicataire. Dans un secteur à forte intensité de main-d'œuvre, comme ceux des services du nettoyage ou des services aéroportuaires, attribuer une position de monopole à un groupe de travailleurs sur le marché du travail produit quasiment le même effet que l'attribution d'une position de monopole à une entreprise sur le marché des services<sup>1</sup>. Une convention collective (comme du reste la loi) peut avoir indirectement pour effet de limiter la concurrence entre entreprises et d'empêcher les innovations technologiques, alors qu'elle vise directement à protéger les intérêts des travailleurs en activité.

Il faut tout d'abord analyser le marché du travail primaire<sup>2</sup>, pour lequel la limitation de la concurrence entre les travailleurs était un correctif nécessaire aux distorsions produites par la structure de monopsonie du marché. Ensuite, une approche différente du même problème sera donnée dans l'ordre juridique communautaire, sur un marché du travail mature<sup>3</sup> dans lequel les distorsions sont le fait d'informations dissymétriques et de mécanismes qui transforment le monopsonie structurel<sup>4</sup> d'origine en un

---

<sup>1</sup> Cf. également à ce propos le jugement de la Cour de Justice du 10 décembre 1991, *Marchandises Conventionnelles du Port de Gènes*.

<sup>2</sup> Le marché du travail primaire (en italien : « mercato originario ») est une notion qui permet d'analyser le marché du travail après la révolution industrielle, à l'origine du droit du travail moderne. Il s'agissait d'un marché correspondant au modèle du monopsonie structurel (voir définition ci-dessous).

<sup>3</sup> Le marché du travail mature correspond au marché du travail d'une société développée, qui se caractérise par une grande diversité d'entreprises concurrentes. Ce marché du travail souffre toujours de distorsions (de nature différente comparée à celles que connaît le marché primaire) qui l'empêchent de fonctionner comme un marché parfaitement concurrentiel.

<sup>4</sup> Le monopsonie structurel c'est le marché sur lequel se trouve un seul acheteur face à une pluralité possible de vendeurs. La science économique nous signale que dans cette situation

monopsonne dynamique<sup>5</sup> (I). Il s'agit donc d'analyser d'un point de vue juridique la diversité des protections offertes par le droit communautaire et par les législations nationales sur la liberté de concurrence sur les marchés des biens, des services et des capitaux, comparées aux protections offertes sur le marché du travail. Cette question est encore plus compliquée en raison des effets indirects, mais aussi directs que la limitation de la concurrence sur le marché du travail peut produire sur celui des biens, des services et des capitaux. On observera de quelle manière, les spécialistes du droit du travail, ont, jusqu'à maintenant, négligé de s'interroger sur les limites de l'immunité réservée à la législation du travail et à la négociation collective face à la réglementation antitrust ; or il est bien évident qu'il n'est plus possible de camper sur une telle position face aux nouvelles tendances de l'ordre juridique communautaire (II).

## **I. LE SYNDICAT SUR LE MARCHÉ DU TRAVAIL**

Les interférences du syndicalisme avec le marché du travail changent véritablement selon que ce marché est primaire (A) ou selon qu'il est « mature » (B)

### **A. Le syndicat sur le marché du travail primaire**

Historiquement, l'association syndicale et la négociation collective des conditions de travail étaient interdites par ce qu'on peut considérer comme la mère de toutes les réglementations antitrust : la loi française Le Chapelier du 1791, « battant d'une tête » le Combination Act 1799 britannique, suivis au cours du XIX siècle de lois similaires dans les autres systèmes juridiques européens. Dès le début du XIX siècle, dans toute

-----  
l'acheteur peut obtenir une baisse des prix par rapport à la situation d'un marché parfaitement concurrentiel (rente monopsonique).

<sup>5</sup> Le monopsonne dynamique c'est le marché où se trouvent plusieurs acheteurs en situation de concurrence, face à plusieurs vendeurs possibles. Mais les vendeurs (pour ce qui nous concerne, les travailleurs) n'ont pas la possibilité de choisir l'acheteur, en raison d'un défaut d'information ou d'une situation de dépendance économique. C'est ce qui arrive par exemple, quand un travailleur a conçu sa formation professionnelle, pendant des années, en fonction des exigences d'une seule entreprise, risquant ainsi d'en perdre les avantages s'il propose ses services à une autre entreprise. C'est ce que les économistes appellent l'« investissement idiosyncratique en capital humain ».

l'Europe, la liberté d'association des travailleurs et la négociation collective des conditions de travail se sont imposées dans les faits. Entre la moitié du XIX et la moitié du XX siècle, elles ont obtenu une reconnaissance formelle et une protection juridique, sur le plan constitutionnel ou du moins par la législation ordinaire et, cela, dans presque toutes les législations nationales. Après la seconde guerre mondiale, elles ont été reconnues par plusieurs instruments importants du droit international, accédant ainsi au rang de droits fondamentaux de la personne, universellement reconnus<sup>6</sup>.

Face à une tendance aussi universelle de la culture juridique (qui ne se limite pas à la négociation collective mais qui va jusqu'à la protection de la liberté syndicale et de l'autonomie collective comme droits constitutionnels), il est difficile de penser qu'elle est seulement le résultat d'une activité de lobbying exercée par telle ou telle catégorie d'employeurs ou de travailleurs. La théorie économique, bien connue, qui interprète l'ensemble du phénomène (association syndicale et négociation collective) en termes d'action irrésistible d'autodéfense des travailleurs insiders (ayant un emploi régulier) contre la concurrence des outsiders, décrit certainement un aspect non secondaire de la réalité. Mais, elle ne semble pas cependant pouvoir expliquer toute la réalité du droit syndical et du très large consensus politique qui s'est créé autour de ce droit, sous toutes les latitudes et longitudes. Le caractère universel de la reconnaissance de la liberté d'association et de l'autonomie collective semble plutôt être une confirmation de la théorie qui explique la nécessité de l'association (outre les interventions protectrices de l'État) comme le second best par rapport à une condition de

---

<sup>6</sup> La liberté d'association des travailleurs est consacrée par les conventions n° 87/1948 et n° 98/1949 de l'OIT, son principe étant énoncée dans la Constitution de l'Organisation (qui indique « l'obligation solennelle pour l'Organisation Internationale du Travail de favoriser la réalisation par les Etats membres de programmes tendant à réaliser la reconnaissance effective du droit de négociation collective »). Ce principe fondamental lie tous les États membres de l'Organisation, indépendamment de la ratification des différentes conventions y relatives (v. GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, GUIDO Horacio. Les principes de l'OIT sur la négociation collective. *Rev. int. trav.*, 2000, p. 37-60, sp. p. 38). La liberté d'association des travailleurs est sanctionnée en outre dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et dans le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels présenté par l'O.N.U. en 1966. Le principe de l'autonomie collective, qui comporte l'attribution à l'association syndicale du pouvoir de négocier les conditions de travail, avec effet (pour le moins) sur les relations de travail de ses membres, est prévu dans la convention OIT. n°154/1981. En Italie, le principe de l'autonomie collective accède au rang constitutionnel avec l'art. 39 de la Constitution.

concurrence parfaite, rendue irréalisable (du moins dans la première phase de l'industrialisation) par le caractère structurellement monopsonne du marché du travail.

### **B. Le syndicat sur le marché du travail « mature »**

Le problème se repose en des termes nouveaux là où, avec le développement économique, les entreprises se multiplient et se diversifient notablement les unes des autres, le marché du travail ayant ainsi une structure pluraliste, y compris sous l'angle de la demande de travail. Cela ne suffit pas puisque ce marché n'assume pas automatiquement un caractère parfaitement concurrentiel : dissymétrie d'informations de différente nature, de coûts de négociation et de situations de dépendance économique du salarié vis-à-vis de l'employeur déterminées par la durée du contrat de travail. Tout cela fait que, même dans un marché du travail « mature », on constate de notables distorsions de type monopsonne (on parle à ce propos de monopsonne dynamique, opposé au modèle du monopsonne structurel, qui correspond mieux aux caractéristiques du marché du travail primaire). Mais dans cette nouvelle situation, il apparaît d'une part que les standards minima de traitement imposés par la négociation collective (comme ceux imposés par l'intervention autoritaire du législateur) opèrent exclusivement à l'avantage des insiders et au détriment des outsiders. D'autre part, il apparaît plus approprié et efficace pour la correction des distorsions du marché d'utiliser d'autres instruments que d'imposer des standards de traitement minima : instruments destinés à éliminer ou à réduire les dissymétries de l'information, les coûts de négociation, les situations de dépendance économique, offrant aux travailleurs des services d'information, de (re)qualification professionnelle et d'assistance à la mobilité.

Cela peut expliquer le fait que le droit communautaire (de création relativement récente, imaginé au cours des années cinquante par un groupe de nations parmi les plus développées et les plus riches du monde) n'attribue pas à la liberté syndicale et à l'autonomie collective un rang de principes constitutionnels. Bien entendu, l'acte de constitution de la Communauté Européenne indique parmi ses finalités, celle de « promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre, et de rivaliser dans le

progrès<sup>7</sup> ». La Communauté elle-même se propose d'empêcher que la concurrence entre les entreprises dans sa zone de compétence ne se joue en tout ou en partie sur le terrain de la réduction des standards de traitement des travailleurs. Cependant, sur le marché du travail d'Europe Occidentale, le monopsonne structurel constitue un phénomène toujours plus isolé et marginal. Il en résulte deux tendances simultanées. D'un côté, les décideurs communautaires tendent à rechercher les causes principales de la faiblesse contractuelle des travailleurs surtout en matière d'information, de formation et de mobilité qui réduisent leurs possibilités de choix effectifs. De l'autre côté, le risque qu'une activation excessive des instruments traditionnels de protection du travail finisse par porter atteinte à la nécessaire mobilité du travail est de plus en plus clairement ressenti. S'y ajoute le risque d'apparition d'effets contraires à l'objectif du plein emploi, ou en tout cas de dualisation du marché par la production de coûts disproportionnés supportés par les consommateurs et les utilisateurs de ces services, catégories constituées en grande partie par les travailleurs eux-mêmes.

Les questions sur lesquelles la Communauté européenne s'est le plus engagée depuis sa création, en ce qui concerne la politique du travail, sont : la garantie formelle de la libre circulation des personnes et, son évident corollaire, l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité<sup>8</sup> ; la garantie effective de la liberté de circulation, grâce à la promotion de la mobilité géographique et professionnelle des travailleurs via le Fonds social européen<sup>9</sup>, et grâce à l'intensification et à l'amélioration des services d'orientation, de formation et de requalification professionnelle<sup>10</sup>, en particulier, en faveur des plus jeunes. Cette politique sociale communautaire traduit clairement l'intention de lutter contre les distorsions typiques du monopsonne dynamique, plutôt que contre celles typiques du monopsonne structurel, et de le faire en intervenant sur les causes plutôt que sur les effets : en n'imposant pas (ou en n'encourageant pas la négociation collective à imposer) une réglementation obligatoire des rapports contractuels, mais en corrigeant les défauts d'information, de formation et de mobilité qui limitent les possibilités effectives de choix du travailleur, provoquant le chômage et mettant également les travailleurs titulaires d'un emploi dans une position de

---

<sup>7</sup> Art. 117 du Traité de Rome, devenu art. 136 dans sa version consolidée.

<sup>8</sup> Art. 48 et 49 du Traité fondateur, devenus art. 39 et 40.

<sup>9</sup> Art. 123-125, devenus art. 146-148.

<sup>10</sup> Art. 128, devenu art. 151.

faiblesse contractuelle vis-à-vis de l'employeur. Comparée à ses débuts (dernier quart du siècle dernier), la politique sociale de l'Union s'est peu à peu enrichie dans son contenu. Mais l'inspiration de fond, c'est-à-dire l'objectif de correction des distorsions du régime concurrentiel plutôt que la limitation de l'autonomie de négociation individuelle en fonction des standards minima de traitement obligatoires, n'a pas substantiellement changé. Le fait est, qu'aujourd'hui encore, l'ordre juridique communautaire ne reconnaît pas la liberté syndicale et l'autonomie collective dans ses principes fondamentaux, pas plus sur le plan du droit primaire (traités) que sur celui du droit dérivé (même si on a constaté dernièrement une tendance à la valorisation de l'autonomie collective)<sup>11</sup>.

Dans ce contexte, il était inévitable que tôt ou tard s'ouvre le conflit entre négociation collective et protection de la concurrence. C'est ce qui s'est produit avec l'affaire Albany du 21 septembre 1999 (aff. n°C-67/97). Le problème avait déjà émergé dans d'autres affaires relevant du droit communautaire. Mais l'affaire Albany est la première où l'Avocat général et la Cour de Justice ont pris le problème « à bras le corps » et ont donné des réponses motivées d'une certaine ampleur.

## **II. LA DIVERSITÉ DES PROTECTIONS OFFERTES PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET LES LOIS NATIONALES**

Le droit communautaire et les droits nationaux n'appréhendent pas de la même manière la protection du marché du travail et de la concurrence. Cette diversité d'approche peut être analysée au travers des effets de la limitation de la concurrence sur marché du travail (A). Cette diversité

---

<sup>11</sup> À une première reconnaissance timide d'un possible rôle de négociation aux « partenaires sociaux » par l'art. 139 (nouvelle numérotation), ajoutée au traité institué par l'Acte Unique du 1986, a fait suite, avec le traité de Maastricht du 1992, la reconnaissance d'un rôle beaucoup plus important de la négociation collective, pour la dernière fois reformulé par le traité d'Amsterdam de 1997. On y prévoit explicitement, notamment, *a)* la possibilité qu'un État membre confie aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, l'application dans l'ordre interne des directives en matière de travail et de sécurité sociale (maintenant art. 137, 4° c., traité CE) ; *b)* la possibilité, en principe beaucoup plus importante, que l'émanation autoritaire de réglementations communautaires dans les matières relatives au travail et à la sécurité sociale indiquées dans l'art. 137, 1° c., soit subrogée en tout ou en partie par la négociation collective.

constituera certainement une dynamique pour stimuler les juristes du travail à intégrer certaines théories économiques dans leur réflexion (B)

**A. Les effets sur le marché des biens et sur celui des services de la limitation de la concurrence sur le marché du travail**

Dans l'ordre juridique communautaire, la protection de la concurrence prend un relief pour ainsi dire constitutionnel, si on se réfère uniquement aux marchés des biens, des services et des capitaux. Ce n'est pas le cas si on se réfère au marché du travail, qui protège uniquement la liberté de circulation des prestataires et non la libre concurrence entre eux. L'autonomie collective, bien qu'elle ne soit donc pas constitutionnellement protégée dans cet ordre juridique, n'est, en principe, pas non plus contestée : la limitation de la concurrence entre les travailleurs par l'association et la convention collective (tout comme la limitation imposée par le législateur) est licite en soi.

Le problème se pose aussi parfois, plus ou moins directement, quand il découle de la convention collective une limitation de la concurrence entre les entreprises sur le marché des biens ou des services (le même problème peut clairement se poser par rapport à la loi nationale qui, en protégeant des travailleurs, finit, en fait, par protéger une ou plusieurs entreprises de la concurrence des autres)<sup>12</sup>. C'est aussi ce qui s'est passé dans l'affaire Albany. Une convention collective, avec des effets erga omnes, prévoit l'inscription obligatoire de tous les travailleurs d'un secteur d'activité à un fonds de prévoyance complémentaire. On a souligné, à juste titre, qu'une limitation de la concurrence potentiellement en conflit avec les principes de l'ordre juridique communautaire aurait pu également exister si cet accord collectif, dépourvu d'effet erga omnes, avait produit des effets obligatoires uniquement pour les employeurs et les travailleurs adhérents des organisations signataires.

Imposer une entreprise comme prestataire unique du service prévu en faveur des travailleurs n'est pas la seule manière pour une convention collective de travail (comme pour la loi) de limiter la liberté de concurrence sur le marché des biens et des services. Une telle clause (comme celle

---

<sup>12</sup> V. note 12.

contenue, par exemple, dans la convention collective italienne du secteur des entreprises de nettoyage et de désinfection) constitue une très importante limitation de la concurrence entre entreprises, également parce que dans le cas de la perte d'un marché par une entreprise, elle impose à la seconde de reprendre le personnel de la première : cette disposition est susceptible d'empêcher une entreprise du secteur intéressé de faire valoir sa propre capacité éventuelle à apporter une meilleure solution et à la formation du personnel<sup>13</sup>. C'est aussi le cas de la clause (comme, par exemple, celle de la convention collective italienne des établissements de crédit) qui établit une limitation de l'horaire d'ouverture d'un service au public, ou de celle qui limite ou ralentit l'introduction de nouvelles technologies ou de nouvelles formes d'organisation du processus de production. Tout bien considéré, les clauses conventionnelles qui empêchent ou limitent la possibilité de segmenter le processus de production par l'externalisation de fonctions dans une grande entreprise par des contrats d'adjudication ou de sous-traitance constituent également un obstacle à la concurrence entre les entreprises. Il faut enfin observer comment la réglementation conventionnelle des rapports de travail (à l'égal de la législation) peut entraver la liberté de concurrence non seulement sur le marché des biens et des services, mais également sur le marché des capitaux : c'est ce qui se passe dans tous les cas où une disposition (comme par exemple l'article 2120 du code civil italien) impose au travailleur une forme d'épargne obligatoire, directement gérée par l'employeur.

Dans l'affaire Albany, la Commission et la Cour de Justice des Communautés, après avoir pris acte du conflit entre la convention collective et la protection communautaire de la concurrence, ont résolu le problème de deux manières, partiellement différentes.

La thèse la moins convaincante est celle soutenue par la Commission, selon laquelle la convention collective n'entrerait pas dans la

---

<sup>13</sup> Le Décret-loi italien n°18 du 13 janvier 1999 prévoit une chose similaire (transposition imparfaite de la Directive communautaire n° 67 du 15 octobre 1996 sur les services aéroportuaires) selon laquelle (art. 14 c. 2°), « tout transfert d'activité concernant une ou plusieurs catégories de services d'assistance à terre entraîne le transfert du personnel, en accord avec les organisations syndicales des travailleurs, par le gestionnaire précédent à celui qui le remplace ». En référence à cette disposition, la Commission a déjà engagé contre l'Italie la procédure pour infraction à la réglementation sur la concurrence.



notion d'« accord entre entreprises »<sup>14</sup>. En réalité, quand plusieurs entreprises ou leur représentant unitaire participent à la négociation, la convention collective traduit également un accord entre elles. Du reste, ce n'est pas d'aujourd'hui que la doctrine du droit du travail reconnaît parmi les fonctions propres à la convention collective celle de réglementer la concurrence. Mais la motivation de l'arrêt de la Cour, selon laquelle la convention collective échappe au droit communautaire de la concurrence si elle est exclusivement destinée à l'amélioration des conditions de travail, n'est pas non plus satisfaisante. On a, en effet, également constaté que des clauses, comme celles qui limitent l'horaire d'ouverture d'un service au public, ou l'introduction de nouvelles technologies, ou le transfert des travailleurs de l'ancien au nouvel adjudicataire, ou encore les processus de segmentation du processus de production, ont un rapport très étroit avec les conditions de travail, et qu'il peut aussi en résulter des limitations très importantes de la liberté de concurrence entre les entreprises sur le marché des biens et des services considéré. Quant à la finalité des dispositions, il est facile d'objecter que toutes les conventions collectives sont signées dans le dessein déclaré de protéger les travailleurs.

Par ailleurs, il n'est pas non plus facile de résoudre les problèmes qu'on doit affronter si on choisit de faire référence, non pas à la compréhension subjective des parties, mais aux effets objectifs du contrat collectif : quels peuvent être les critères pour savoir, au cas par cas, si la convention collective entraîne ou non une amélioration des conditions de travail ? Et encore, pour produire cet effet d'amélioration, faut-il seulement se référer à l'intérêt de l'ensemble des travailleurs représentés par les syndicats signataires (les insiders) ou également par les autres ? Et quels autres ?

La réalité est que la distinction juridique entre la limitation de la concurrence sur le marché des biens ou des services (illicite) et la limitation de la concurrence sur le marché du travail (licite) n'est claire et nette que dans l'abstrait. Elle apparaît souvent difficilement praticable quand on passe du discours théorique à l'application pratique, puisque le standard minimum de traitement des travailleurs peut se traduire dans de nombreux aspects, plus ou moins directement, par un standard maximum des conditions d'offre des

---

<sup>14</sup> *Ex art. 85, devenu 81 du traité.*

biens ou des services par des entreprises à leurs clients. Il faudrait rappeler, à ce propos, l'exemple de la disposition collective en matière d'horaire d'ouverture d'un service au public, qui influe directement sur l'intérêt des utilisateurs ; mais également, toute augmentation de rémunération définie conventionnellement a en plus pour effet d'augmenter le prix du bien ou du service produit par les entreprises auxquelles ce contrat s'applique, qui sera supporté par les consommateurs ou les utilisateurs. Enfin, on sait bien que dans les secteurs des services à forte intensité de main-d'œuvre (comme ceux du nettoyage, du portage, de la restauration, des services portuaires et aéroportuaires,...), la concurrence entre travailleurs peut aussi se manifester directement sous forme de concurrence entre les entreprises, la limitation de la première pouvant aussi se traduire immédiatement par une limitation de la seconde.

Toutes ces considérations incitent à penser que le débat amorcé par l'affaire Albany finira par avoir une portée plus large. Il ne suffira plus de s'interroger sur la frontière entre la limitation de la concurrence sur le marché des biens ou des services et la limitation de la concurrence sur le marché du travail, en considérant pour acquis que cette dernière est en elle-même licite. Mais il faudra davantage s'interroger, sur le fond, sur la raison d'être de l'exception à l'interdiction générale en faveur des pratiques limitatives de la concurrence sur le marché du travail. Et, la réflexion des juristes sur ce thème ne pourra pas éviter de se confronter à la réflexion développée depuis un certain temps par les économistes.

## **B. La nécessaire confrontation entre droit du travail et droit de la concurrence**

Les juristes du travail italiens (et, plus généralement, d'Europe continentale, avec pour chefs de file les Français) ont pu se permettre jusqu'à maintenant de s'écarter du débat des économistes sur la justification rationnelle du droit du travail et du droit syndical : de faire abstraction des théories économiques qui distinguent et expliquent les nobles (outre les moins nobles) raisons d'être d'une réglementation d'ordre public du contrat de travail, de la liberté d'association et de l'autonomie collective. Dans les premiers chapitres des manuels de droit du travail, ils ont pu se limiter à une référence générique et imprécise à la notion d'« infériorité économique » ou de « déséquilibre du pouvoir de négociation » entre salarié et employeur,

comme raison d'être indiscutée et indiscutable des principes constitutionnels de protection du travailleur, principes présentés comme une mesure de progrès. On est désormais bien loin de la loi Le Chapelier : le plus souvent oubliée, ou bien tout à la fois rappelée et exorcisée comme un instrument essentiel de la domination du capital sur le travail, appartenant à une époque révolue, définitivement enterrée par le progrès social.

Quel besoin y avait-il, sur le plan juridique, d'une justification rationnelle du droit du travail à partir du moment où les principes constitutionnels de protection de la personne, et du travailleur en particulier, contenaient déjà tout ce qui pouvait être nécessaire ? Seul celui qui, comme l'économiste, traitait le travail comme une marchandise pouvait se poser de telles questions, tandis que le juriste du travail pouvait les éluder, puisqu'il refusait de considérer le travail comme une marchandise. Au contraire, le droit du travail est justement né afin qu'on ne puisse plus considérer le travail comme une marchandise. Certes, des problèmes s'étaient également posés par le passé pour concilier le principe de protection du travailleur et celui de protection de la liberté d'entreprise. Mais, encore une fois, ce sont les normes constitutionnelles qui ont donné une solution facile en affirmant, a priori, la supériorité du premier sur le second.

L'affaire Albany permet de s'interroger sur la raison d'être du droit du travail dans un contexte, celui de l'ordre juridique communautaire, où le juriste du travail n'a pas ces « filets de sécurité » conceptuels (désormais un peu dépassés). Je veux parler de la raison d'être de tout le droit du travail, et non pas seulement de la négociation collective. Qu'on le veuille ou non, l'ordre juridique communautaire passe l'intervention protectrice du législateur national au crible de la compatibilité avec la réglementation sur la concurrence. Le problème soulevé dans l'affaire Albany par rapport à une convention collective peut être posé (ce fut le cas à plusieurs reprises<sup>15</sup>) dans des termes similaires par rapport aux lois nationales. Si on ne veut pas, à moyen ou long terme, que le droit du travail finisse par succomber au bénéfice du droit de la concurrence, il faut déterminer rationnellement, ou du moins de manière convaincante, la raison pour laquelle (et dans quelles limites) sur le marché du travail ne doit pas s'appliquer l'interdiction de limitation de la concurrence, ou qu'au contraire, on doit appliquer des

---

<sup>15</sup> V. par exemple le cas mentionné dans la note 9.

réglementations qui limitent directement la concurrence sur le marché entre les travailleurs, ou des réglementations qui soutiennent des organisations en mesure d'intervenir efficacement pour la limiter, fut-ce au risque d'entraîner indirectement une limitation de la concurrence entre les entreprises sur les marchés des biens et des services.

La réponse donnée à ce problème dans la première décision de la Cour de Justice pêche pour le moins par excès de caractère générique. La Cour a le mérite de ne pas avoir cherché à reproduire sur le plan communautaire le « raccourci » constitutionnel exploité jusqu'à maintenant par les juges nationaux. En d'autres termes, elle n'a pas nié l'existence du problème avec les argumentaires traditionnels dans la culture du droit du travail de l'Europe continentale. Elle a bien affirmé la nécessité de reconnaître à la négociation collective une immunité par rapport à la réglementation antitrust, mais pas une immunité absolue. La difficulté de déterminer rigoureusement la raison de cette immunité a cependant interdit qu'on en détermine les limites de manière précise et convaincante dans la décision. Le fait est que, dans l'ordre juridique communautaire, on ne trouve pas de réglementation constitutionnelle analogue à l'article 39 de la Constitution italienne, là ne peut donc pas résider la raison d'être de l'immunité qui ne peut dès lors être élaborée que par le juriste avec l'aide de l'économiste ; c'est justement la synapse entre le droit et l'économie qui fait totalement défaut dans la motivation de l'arrêt de la CJCE.

La Cour de Luxembourg n'est, du reste, pas la seule à avoir tenté d'accomplir ce passage difficile avec le seul instrument offert par la culture juridique traditionnelle. Les premiers commentateurs de l'arrêt Albany ont relaté d'autres affaires dans lesquelles s'est posé le même problème dans d'autres systèmes juridiques, et singulièrement aux Etats-Unis. Il semble ressortir de ces analyses que, même dans la patrie du Law & Economics, les juristes ne sont pas partis à la recherche de ce que la science économique dit des raisons d'être du syndicalisme et de la loi d'ordre public du travail. Cela n'est pas surprenant, parce que le filon consistant à étudier la raison d'être d'un droit du travail d'ordre public, de source législative ou conventionnelle, a commencé à être exploré il y a seulement quelques années par les études de

Law & Economics<sup>16</sup>. Cette littérature économique récente offre aux juristes les outils permettant de réaliser quelques progrès dans la détermination des frontières entre droit du travail et droit de la concurrence.

En attendant que, sur la base d'une construction doctrinale future sur le terrain juridique, le législateur communautaire puisse intervenir de manière ponctuelle, on doit pouvoir soutenir que le problème ne peut pas être résolu de manière simple et nette. Il peut l'être d'une manière articulée, en faisant de nombreux distinguos, et en s'inspirant d'un équilibre entre le principe de favor pour la libre concurrence et celui de la protection du travailleur contre les distorsions du marché du travail<sup>17</sup>. Cet équilibre peut

---

<sup>16</sup> Voir notamment, POSNER, RA. Some economics of Labor Law. *University of Chicago Law Review*, 1984, p. 988-1011. FREEMAN, RB, MEDOFF, JL. *What Do Unions Do?* New York : Basic Books, 1984. LINDBECK, A, SNOWER, DJ. *The insider-outsider Theory. Theory of Employment and Unemployment*. Cambridge : Mass., Mit Press, 1988. AGHION, P, HERMALIN, B. Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency. *Journal of Law, Economics and Organization*, 1990, n. 2, p. 381-409. HILTON, KN. Efficiency and Labor Law. *Northwestern University Law Review*, 1993, vol. 87. VERKERKE, JH. Labor Contract Law. In *New Law and Economics Dictionary*. London : Palgrave, 1998. DEAKIN, S, WILKINSON, F. Il diritto del lavoro e la teoria economica : una rivisitazione. *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1999, p. 587-622. Parmi toutes les recherches empiriques les plus significatives sur ce sujet, v. GRUBB, D, WELLS, W. Employment Regulation and Patterns of Work in EC Countries. *OCDE, Economic Studies*, 1993, n. 21, p. 7-58. OCDE, Protection de l'emploi et performance du marché du travail. In *Perspectives de l'emploi*, 1999, p. 51-86. HECKMAN, JJ, PAGES C. The Cost of Job Security Regulation : Evidence from Latin American Labor Markets. *NBER Working Paper Series*, n. 7773, juin 2000. Sur la méthode de la recherche empirique dans ce secteur, voir BERTOLA, G, BOERI, T, CAZES, S. La protection de l'emploi dans les pays industrialisés : repenser les indicateurs. *Rev. int. trav.*, 2000, p. 61-78. Pour la littérature italienne sur la législation du travail ouverte à une approche pluridisciplinaire, parmi les ouvrages qui abordent la question générale, voir ICHINO, A et P. A chi serve il diritto del lavoro? *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1994, I, p. 459-505. ICHINO, P. *Il Lavoro ed il Mercato*. Milan : Mondadori, 1996. Du même auteur, *Il diritto del lavoro ed i modelli economici. Lavoro e diritto*, 1998, p. 309-322 ; *Il contratto di lavoro*. Milano : Giuffrè, 2000). V. Également, LOI, P. Analisi economica del diritto e diritto del lavoro. *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*. 1999, p. 547-585. Cependant, la tendance est encore bien enracinée chez les juristes du travail de prendre pour axiome indiscutable et universel le déséquilibre du pouvoir contractuel entre employeur et salarié, et à soustraire à toute vérification critique, à l'instar des indications fournies par la science économique, le caractère approprié du lien entre les principes constitutionnels et la protection du travailleur par la loi ordinaire.

<sup>17</sup> Sous cet angle, nous sommes d'accord avec les conclusions exposées le 28 juin 1999 par l'Avocat général JACOBS dans l'affaire Albany, même si nous avons quelques doutes sur la longue dissertation (§§ 109 – 194) par laquelle il les a motivées. Sa thèse peut se résumer en

être opéré d'une manière d'autant plus rigoureuse qu'on distingue les fondements des intérêts en jeu : ce qui est possible, justement, en associant l'approche juridique du problème à l'analyse économique.

### **QUELQUES HYPOTHÈSES DE TRAVAIL EN GUISE DE CONCLUSION**

Les modalités de l'équilibre évoqué précédemment exigent une réflexion approfondie, qui, pour ce qui nous concerne, est encore bien loin d'être mûre. On avancera donc quelques hypothèses sur la manière dont le droit et l'économie peuvent entrer en interaction sur ce sujet, tant sur le plan du *ius conditum*, que sur celui du *ius condendum*.

Ce dont nous disposons aujourd'hui, c'est d'une élaboration relativement évoluée des justifications rationnelles possibles de l'intervention autoritaire du législateur, par le biais de la définition de standards minima obligatoires, par la correction des dysfonctionnements du marché du travail déterminée par sa structure monopsonne, par des dissymétries d'information et/ou par des coûts de négociation élevés. En première approximation, les raisons et les espaces de l'immunité qui doivent être garanties à la négociation collective peuvent être définies sur la base du même raisonnement : les distorsions sur le fonctionnement du marché du travail qui justifient l'intervention autoritaire du législateur justifient également, de la même manière, la protection de la liberté d'association et le soutien de l'ordre juridique étatique à la négociation collective. On doit cependant toujours garder à l'esprit qu'en général les consommateurs et les utilisateurs ne sont pas représentés à la table des négociations des conditions de travail. Or, ce sont eux qui supportent le coût de la limitation résultant, directement ou indirectement, de la convention collective et de la concurrence entre les producteurs (travailleurs et entreprises).

Dans cet ordre d'idées, des modèles et des schémas conceptuels élaborés par la science économique revêtent une certaine importance, même

-----  
ces trois affirmations : l'ordre communautaire ne prévoit pas une exception à la règle générale de la concurrence en faveur de la négociation collective en matière de travail (§ 160) ; on peut toutefois discerner dans l'ordre communautaire une faveur générique à l'égard de la négociation collective pour la réglementation des rapports de travail (§§ 181-183) ; l'exigence d'attribution des effets obligatoires au contrat collectif doit donc être raisonnablement tempérée avec la protection générale de la liberté de concurrence (§§ 190-194).

s'il faut toujours vérifier s'ils correspondent à la situation effective du marché du travail. Nous présentons ici ceux qui ont déjà fait la preuve de leur importance sur le plan juridique, et notamment sur celui du droit communautaire.

Les modèles insiders/outsideurs. Imposer un standard minimum de traitement<sup>18</sup> par la négociation collective (ou par la loi) peut répondre (selon les cas) au seul intérêt des insiders à se défendre contre la concurrence des outsiders, ou bien à un intérêt partagé par les premiers et les seconds à corriger des distorsions de différente nature sur le fonctionnement du marché du travail. Il est raisonnable d'estimer que c'est seulement dans le second cas, et non dans le premier, qu'il faut reconnaître à l'autonomie collective une immunité par rapport à la réglementation antitrust, en partant du principe qu'une amélioration générale de la condition des travailleurs peut justifier le sacrifice qui, indirectement, en découle pour les consommateurs ou les utilisateurs. Il est impensable de confier au juge le soin de définir, au cas par cas, si le fondement des intérêts effectivement en jeu correspond en outre au modèle du conflit insiders/outsideurs, ou bien au modèle de l'intérêt partagé par les deux catégories. Ce que le juge (ou un organe administratif) peut toutefois contrôler, c'est si, et, dans quelle mesure, les signataires de la convention collective, du côté des travailleurs comme des entreprises, peuvent être également considérés comme représentatifs des outsiders.

La question de la représentativité effective des signataires vis-à-vis des outsiders (en plus, naturellement, de leur représentativité vis-à-vis des insiders) a été proposée par un des premiers commentateurs de l'arrêt Albany comme critère à partir duquel reconnaître à la négociation collective un statut spécial par rapport à celui des contrats de droit privé commun, et notamment une immunité concernant la protection de la concurrence. On discerne dans la proposition un aspect essentiel de la question, susceptible d'entraîner des conséquences pratiques très importantes<sup>19</sup>. Mais elle a le

---

<sup>18</sup> On doit intégrer dans le standard minimum de traitement les limitations du pouvoir d'organisation de l'employeur et sa faculté d'utiliser des instruments ou des matières premières définis.

<sup>19</sup> À l'instar de ce critère, par exemple, on devrait exclure du caractère obligatoire et tout effet erga omnes une clause conventionnelle, comme celle de la convention du personnel aéroportuaire ou de personnel des sociétés et des groupes concessionnaires d'autoroutes et de tunnels, qui prévoient des critères préférentiels pour l'embauche de travailleurs ayant des liens

défaut de considérer seulement les intérêts des travailleurs qui peuvent être compromis par la limitation de la concurrence sur le marché du travail, sans donner aucunement voix au chapitre aux intérêts de ceux qui peuvent être lésés par la limitation de la concurrence sur le marché des biens ou des services, à savoir les consommateurs ou les utilisateurs. Une amélioration de la proposition (praticable toutefois seulement sur le plan du *ius condendum*) pourrait consister à soumettre à l'autorisation de l'Autorité antitrust toutes les conventions collectives contenant des dispositions limitatives du progrès technologique, de la qualité ou des horaires d'ouverture au public, ou des dispositions sur la possibilité de décentraliser la production de segments de l'organisation de l'entreprise, lorsque ces conventions concernent plusieurs entreprises, ou une entreprise occupant une position dominante sur le marché.

La stabilité du travail comme forme de répartition rationnelle du risque d'aléa économique. Une limitation importante de la concurrence entre entreprises, surtout sur le marché des services et notamment dans les secteurs à forte intensité de main-d'œuvre, peut résulter de la protection de la stabilité des emplois, à laquelle contribuent souvent les conventions collectives en matière de transfert d'entreprises dans des opérations d'adjudication et de décentralisation de la production<sup>20</sup>. Cette restriction peut, dans certaines limites, être justifiée au vu des modèles économiques qui expliquent la nécessité d'une distribution impérative entre employeurs et travailleurs du risque de survenances négatives, face à d'importantes dissymétries des informations qui empêchent la répartition optimale de ce risque comme effet spontané d'un marché du travail livré à lui-même<sup>21</sup>. Dans ces mêmes limites, mais pas au delà, la protection de la stabilité des emplois qui se traduit par une limitation de la possibilité de concurrence entre entreprises peut être raisonnablement conciliée avec la protection générale de la concurrence.

Il est également évident ici qu'on ne peut pas proposer une évaluation par le juge, au cas par cas, du caractère approprié de la protection conventionnelle de la stabilité par rapport à l'exigence générale d'une

-----  
de parenté avec des travailleurs travaillant déjà pour la même entreprise (la *job property* fait ainsi l'objet d'une sorte de transmission héréditaire).

<sup>20</sup> V. ci-dessus, § 3 et plus particulièrement notes 12 et 13.

<sup>21</sup> V. à ce propos AGHION, P, HERMALIN, B. Legal Restrictions on Private Contracts can enhance efficiency. *Journal of Law, Economics and Organisation*, op.cit.



répartition raisonnable entre les parties du risque de l'aléa économique. Cette évaluation peut toutefois être le fait des législateurs nationaux ; le contrôle raisonnable des choix des législateurs nationaux, à l'instar du principe de la liberté de concurrence, peut être exercé par la Cour de Justice, sur initiative de la Commission ou d'un État membre, chaque fois que la protection conventionnelle de la stabilité a en fait une incidence, directe ou indirecte, sur la liberté de concurrence entre entreprises.

La convention collective comme instrument de réduction des coûts de négociation. Dans un rapport, tel que celui du travail, qui implique la personne du prestataire (d'où de nombreuses interférences de ce rapport avec différents aspects de la vie personnelle et familiale du prestataire) et se caractérise par la longue durée, la convention collective a une fonction indispensable de réduction des coûts de négociation, en offrant à des individus une réglementation complète et articulée, fondée sur l'expérience séculaire dont sont dépositaires les signataires. Cette fonction de la convention collective doit être sauvegardée même dans l'hypothèse où ne sont pas réunies les conditions permettant d'attribuer à la convention le caractère obligatoire et/ou une efficacité erga omnes. On peut attribuer à la clause collective un caractère disponible, c'est-à-dire permettre une dérogation par accord individuel explicite (les économistes utilisent à ce propos le terme de « norme de default »). Tel est le cas de la disposition conventionnelle pour les entreprises fournissant un service déterminé, qui, sans autorisation des autorités garantes de la concurrence, exclut le travail du samedi, ou bien détermine un horaire de travail journalier commençant à 8.30 et finissant à 16.30. L'entreprise qui entend offrir le même service le soir ou le samedi en serait indubitablement empêchée, sauf s'il est permis de déroger à la règle susdite de l'horaire de travail, par des conventions explicites avec le personnel.

On observe, encore une fois, que le même raisonnement peut être proposé si l'on se réfère aux dispositions conventionnelles ou législatives dont la raison d'être consiste aussi et essentiellement à réduire des coûts de négociation.



**Diane VEILLEUX**

*Professeure*

*Université de Montréal*

## **LA MÉDIATION DES CONFLITS DE DROIT RELATIFS AUX CONDITIONS DE TRAVAIL — LE CAS DU QUÉBEC**

### **RÉSUMÉ**

La médiation comme mode de règlement des conflits de droit repose fondamentalement sur l'entente des parties - une alternative à la décision de justice. Cet article vise à cerner la place qu'occupe la médiation dans le processus de résolution des litiges portant sur l'application des conditions de travail découlant de la convention collective de travail et des lois d'ordre public. Selon qu'elle est à caractère privé ou public, la médiation prend diverses formes, lesquelles n'offrent pas les mêmes « opportunités » de justice.

### **SUMMARY**

As a way to resolve conflicts of law, the mediation is based on the agreement between the litigant and the opponent - an alternative to the justice decision. This article aims to define the place that the mediation takes up in the auction process of disputes relevant to the enforcement of working conditions provided for in the collective agreement or mandatory laws. Depending on its private or public character, the mediation gets various forms which do not offer the same « opportunities » of justice.

Tantôt appelé médiation, tantôt appelé conciliation, le règlement amiable à l'aide d'un tiers intervenant gagne en popularité dans les sociétés industrialisées et modernes, et en cela, le Québec n'y fait pas exception depuis plus de deux décennies. Au sens étymologique, la médiation et la conciliation recouvrent une même réalité. Dans les deux cas, il s'agit d'un processus le plus souvent structuré, au cours duquel une tierce personne cherche à favoriser les échanges entre les participants de façon à leur permettre de partager leurs points de vue et de trouver une solution au conflit qui les oppose<sup>1</sup>. Théoriquement, bien qu'on ait tenté d'imputer à la médiation une dimension plus active que la conciliation en réservant au médiateur le soin de proposer des alternatives et d'émettre des recommandations pour amener les parties à un règlement amiable de leur conflit, cette distinction demeure une vue de l'esprit dans la pratique. En ce domaine, on constate en effet que le médiateur et le conciliateur peuvent être appelés à utiliser des méthodes actives et passives pour favoriser le règlement d'un conflit<sup>2</sup>. C'est pourquoi dans les développements qui suivent, les deux termes ne seront pas exclusifs l'un de l'autre. Notons toutefois que l'utilisation de l'expression « conciliation » semble réservée par ailleurs aux mécanismes de règlement amiable à caractère public, alors que le vocable « médiation » paraît relever aussi bien du domaine privé que du domaine public. Pour alléger le texte, nous utiliserons généralement l'expression « médiation », à moins que la source de droit invoquée emploie spécifiquement le terme « conciliation ». Nous nous intéressons à la médiation comme mode de résolution des conflits de droit en matière d'application des conditions de travail aux salariés syndiqués et non syndiqués.

De façon générale, la médiation paraît répondre à la fois à des préoccupations d'ordre idéologique et pratique. D'une part, on la conçoit comme une façon de restituer le pouvoir aux acteurs dans la mesure où le médiateur est « un élément sans pouvoir sur le fond, aidant, facilitant la reprise de communication, face à un projet ou à un conflit »<sup>3</sup>. Personne

---

<sup>1</sup> Voir les définitions de médiateur et de médiation dans DION, Gérard. *Dictionnaire canadien des relations du travail*. Sainte-Foy, P.U.L., 1986, p.294-295.

<sup>2</sup> ROSS, Claudette. La conciliation, un mode de règlement encore mal connu. *Vingt-cinq ans de relations industrielles au Québec*. Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1990, p.395, 399

<sup>3</sup> BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, DAHAN, Jocelyne, SALZER, Jacques, SOUQUET, Marianne, VOUCHE, Jean-Pierre. *Les médiations, la médiation*. Ramonville Saint-Agne : Éditions Erès, 1999, p.10.

extérieure, le médiateur facilite la relation et la communication, et contribue à la gestion du désaccord en laissant aux parties le choix de son issue<sup>4</sup>. Vue sous cet angle, la médiation n'est pas seulement une technique de gestion des conflits, elle est aussi une forme de régulation sociale favorisant la restauration des liens sociaux et des réseaux de solidarité. D'un point de vue plus pragmatique, on l'utilise comme un moyen de favoriser l'accès à la justice en allégeant les coûts et les délais de résolution des litiges.

Mais de quelle justice s'agit-il ? La fonction du médiateur n'est pas de dire le droit, bien qu'il doive en tenir compte dans certains cas pour aider les parties à trouver une solution acceptable<sup>5</sup>. La mise en valeur de ce processus est basée avant tout sur les intérêts des parties, lesquels peuvent se situer au-delà de la règle de droit. La médiation est qualifiée, par certains, de « justice négociée » ou de « justice proposée »<sup>6</sup>. On va même jusqu'à dire qu'il s'agit d'une « justice secrète », « non publicisée », « à l'avantage des seules parties »<sup>7</sup>. On brandit le spectre d'une sous-justice ou justice au rabais si la médiation devient « un « mode normal » de règlement des plaintes aux fins d'application d'une loi dite « sociale » ou « d'ordre public »<sup>8</sup>. L'ordre public social serait ainsi progressivement réduit à une fonction pédagogique et à des lois propédeutiques<sup>9</sup>. D'autres croient au contraire que le concept de justice à rabais est révolu et qu'on est à l'ère « où la diversité des forums et des procédés et la pluralité des notions de droit et de justice sont admises »<sup>10</sup>. L'important est « de diriger les conflits vers le guichet privé ou public, libre ou institutionnel, qui promet un résultat optimal en fonction des valeurs sociales sans perdre de vue l'objectif indispensable de l'économie des dépenses »<sup>11</sup>.

---

<sup>4</sup> Id, voir aussi ANTAKI, Nabil. Perspectives nord-américaines en médiation. In *Développements récents en médiation* (1995). Cowansville : Les Éditions Yvon Blais inc., 1995, p.155, 174.

<sup>5</sup> ANTAKI, Nabil., id, p.175; MOCKLE, Daniel. Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif. in *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits : aspects nationaux et internationaux*. Cowansville : Les Éditions Yvon Blais inc., 1997, p. 85, 132.

<sup>6</sup> MOCKLE, Daniel. id., p. 132.

<sup>7</sup> Id.

<sup>8</sup> Id., dans le même sens voir : DESMARAIS, Jacques. Les modes de règlement des conflits en droit du travail. In *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits : Aspects nationaux et internationaux*. Op.cit. note 5, p. 71, 82.

<sup>9</sup> MOCKLE, Daniel. id., p. 124 et 132.

<sup>10</sup> ANTAKI, Nabil. Op.cit. note 4, p. 171.

<sup>11</sup> Id., p. 173.

Vers quels guichets, les conflits de droit portant sur l'application des conditions de travail sont-ils dirigés ? On s'entend en général pour dire que les conflits liés au travail se prêtent bien à la médiation. La relation d'emploi étant de nature privée, il revient aux parties au contrat individuel de travail ou à la convention collective de décider des conditions de travail applicables. Il est donc dans la logique des choses qu'elles puissent recourir à la médiation pour régler un désaccord portant sur la négociation de ces conditions ou sur leur interprétation et application. Au-delà de sa dimension contractuelle, la relation d'emploi demeure malgré tout fortement réglementée par l'État. La négociation collective des conditions de travail intervient dans des cadres juridiques bien définis selon les catégories de salariés visés. En outre, diverses lois d'ordre public s'appliquent au travail subordonné assurant au salarié des droits fondamentaux<sup>12</sup>, des normes minimales de travail<sup>13</sup>, ainsi que des droits en matière de santé et sécurité du travail<sup>14</sup>.

La médiation est donc susceptible d'intervenir dans différents types de conflits de travail. À notre avis, ceux qui portent sur la négociation de la convention collective ou du contrat individuel de travail ne soulèvent pas, d'un point de vue juridique, de questions particulièrement urgentes ou importantes en ce qui concerne la médiation. En effet, le processus de négociation dans lequel se situe le conflit d'intérêts relève avant tout de la responsabilité des parties. Il est créateur de droit et repose fondamentalement sur leur entente relativement aux conditions de travail. Dans ce contexte, la médiation s'inscrit naturellement dans ce processus puisqu'elle favorise le rapprochement des parties en vue justement de leur accord.

La médiation dans les conflits de droit suscite plus d'interrogations parce qu'il n'y a pas de concordance manifeste entre l'objet du processus d'adjudication dans lequel ces types de conflit s'insèrent, soit le respect de la loi et l'objectif de la médiation qui se résume finalement à l'entente des parties. Alors que l'adjudicateur doit assurer le respect de la loi, le médiateur invite les parties à transiger sur des droits et obligations sanctionnées par la loi. On dit que la médiation offre la possibilité de se dégager du formalisme

---

<sup>12</sup> Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12, appelée ci-après « CDLP ».

<sup>13</sup> Loi sur les normes du travail, L.R.Q., c. N-1.1, appelée ci-après « LNT ».

<sup>14</sup> Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., c. A-3.001, appelée ci-après « LATMP » et la Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.R.Q., c. S-2.1, appelée ci-après « LSST ».

juridique tant au niveau des règles de droit procédural que des règles de droit substantiel lesquelles ne peuvent plus, semble-t-il, satisfaire à elles seules, les attentes et les besoins diversifiés de justice des sociétés modernes. Les parties sont ainsi encouragées à retourner à la discussion, à la négociation pour régler elles-mêmes leurs litiges en recherchant une solution qui satisfasse leurs intérêts respectifs. Dans quels cadres sont-elles ainsi conviées à la recherche d'une solution consensuelle de leur conflit de droit? Qui sont les médiateurs? Quelle est l'issue de la médiation? Ces différentes questions seront traitées en distinguant la médiation à caractère privé de la médiation à caractère public. Dans le premier cas, il s'agit de conflits de droit naissant de la convention collective de travail (I) et dans le second, de conflits de droit fondés sur les lois d'ordre public reconnaissant aux salariés syndiqués ou non syndiqués des droits et avantages liés à l'emploi. (II)

## **I. LA MÉDIATION À CARACTÈRE PRIVÉ**

Lorsqu'on parle de médiation à caractère privé pour régler les conflits de droit dans les relations de travail, la médiation préarbitrale et la médiation arbitrale viennent aussitôt à l'esprit. En effet, les employeurs et les syndicats se penchent sur ce mode de résolution des litiges dans le but d'éviter l'arbitrage de grief (A) et de trouver un règlement amiable au litige découlant de la convention collective de travail (C). Le choix du médiateur et la définition de son rôle dépendent de la volonté du syndicat et de l'employeur signataires d'une convention collective de travail (B).

### **A. La médiation dans le régime d'arbitrage de grief**

Les salariés syndiqués chez un employeur donné sont régis par une convention collective de travail qui les lie, au même titre que le syndicat accrédité et l'employeur<sup>15</sup>. Dans la hiérarchie des sources de droit, la convention collective prime sur toute entente individuelle contraire, qu'elle soit moins ou plus avantageuse, à moins que le syndicat accrédité n'ait

---

<sup>15</sup> Article 67 Code du travail, L.R.Q., c. C-27. Le syndicat accrédité est l'association de salariés reconnue par un organisme public à titre de représentant exclusif d'un groupe de salariés d'un employeur donné, compte tenu de son caractère majoritaire à l'égard de ce groupe.

consenti à une dérogation ou que la loi le permette<sup>16</sup>. Le syndicat accrédité est non seulement le seul habilité à conclure une convention collective<sup>17</sup>, mais il est aussi titulaire du droit à l'arbitrage<sup>18</sup>. Les salariés syndiqués doivent donc compter sur leur syndicat pour déposer un grief à l'arbitrage puisqu'ils ne peuvent le faire eux-mêmes, sauf dans certaines conditions particulières<sup>19</sup>. En outre, l'arbitrage de grief est l'unique voie juridictionnelle pour régler les contestations portant sur l'interprétation et l'application de la convention collective. L'arbitre de grief possède une compétence exclusive pour décider de toute mésentente relevant d'une disposition de la convention collective de travail<sup>20</sup>. À cet égard, sa compétence s'étend aussi au respect des lois d'ordre public qu'il a le devoir de lire et d'appliquer en vertu de sa loi habilitante<sup>21</sup>. Bien que l'arbitre puisse être choisi par les parties<sup>22</sup> et qu'elles ont charge de le rémunérer<sup>23</sup>, l'arbitrage de grief demeure un tribunal d'origine législative, à caractère obligatoire et quasi-judiciaire<sup>24</sup>. L'arbitre doit interpréter et appliquer la convention collective sans en modifier le contenu en tenant compte de la preuve recueillie au cours de l'audition. Sa décision est finale et sans appel<sup>25</sup>.

Pour éviter l'imposition d'une décision d'où résultera un gagnant et un perdant, le syndicat et l'employeur, en tant que parties à la convention collective, peuvent d'un commun accord recourir à la médiation au moment qu'ils estiment opportun, bien qu'il soit souhaitable qu'ils le fassent avant que l'arbitre n'entende l'affaire. Si la médiation n'est pas prévue, comme

---

<sup>16</sup> BLOUIN, Rodrigue, MORIN, Fernand. *Droit de l'arbitrage de grief*. 5<sup>e</sup> édition, Cowansville : Les Éditions Yvon Blais inc., 2000, p.234.

<sup>17</sup> Article 67 Code du travail.

<sup>18</sup> Articles 100 et 69 Code du travail.

<sup>19</sup> Dans le cas de manquement au devoir de représentation syndicale, un salarié ayant subi un renvoi ou une mesure disciplinaire peut être autorisé à déposer lui-même un grief à l'arbitrage selon les articles 47.3 à 47.6 Code du travail. En vertu de l'article 100 Code du travail, le salarié peut aussi déférer son grief à l'arbitrage si la convention collective le permet.

<sup>20</sup> Article 100 et 1 f) Code du travail. À ce sujet, voir : BLOUIN, Rodrigue, MORIN, Fernand. *Op.cit.* note 16, p. 232 à 237.

<sup>21</sup> Article 100.12 a) Code du travail.

<sup>22</sup> Article 100 Code du travail. Ce n'est qu'à défaut d'accord entre les parties que le ministre du Travail désigne un arbitre de grief.

<sup>23</sup> Règlement sur la rémunération des arbitres, c. C-27, r.4.2, art. 8. Sauf dispositions contraires à la convention collective, les parties assument conjointement et à parts égales le paiement des honoraires, des frais et des allocations de l'arbitre de grief.

<sup>24</sup> BLOUIN, Rodrigue, MORIN, Fernand. *Op.cit.* note 16, p. 219-223.

<sup>25</sup> Article 101 Code du travail.



c'est généralement le cas, dans la convention collective, les parties doivent s'entendre pour déroger à la procédure d'arbitrage qui y est indiquée. Celle-ci comporte habituellement une procédure interne de règlement des griefs pendant laquelle les parties tentent elles-mêmes de régler leur mésentente sans l'assistance d'un tiers. À cette procédure interne s'ajoute la procédure d'arbitrage visant le déféré du grief à un arbitre choisi par les parties ou, à défaut d'accord, désigné par le ministre du Travail.

Le régime légal d'arbitrage laisse à l'arbitre et aux parties à la convention collective beaucoup de souplesse dans le déroulement de la procédure. Ces dernières ont la possibilité, à toute étape de la procédure interne ou de la procédure d'arbitrage proprement dite, de recourir à la médiation. Le syndicat et l'employeur peuvent choisir de détacher le processus de médiation du dossier d'arbitrage en nommant un médiateur qui n'agira pas comme arbitre. Selon ce premier scénario, les parties opteront pour une médiation préarbitrale<sup>26</sup>. Elles peuvent par ailleurs d'un commun accord s'entendre pour qu'un médiateur tente, dans une première phase, d'amener les parties à un règlement amiable et pour qu'il agisse, dans une phase subséquente, comme arbitre habilité à décider du sort final du grief non résolu. Ce second scénario donnera lieu à une médiation arbitrale.

Même en l'absence de données disponibles quant à l'utilisation de la médiation comme mode de règlement des griefs, il reste que son coût et les contraintes de temps susceptibles de l'accompagner risquent d'en freiner l'accès. Qu'il s'agisse de la médiation ou de l'arbitrage, les parties en paient entièrement les frais. Or, lorsqu'elles optent pour la médiation, elles s'exposent à des dépenses additionnelles si elles ne parviennent pas à une entente parce qu'elles devront assumer les coûts de cette procédure, en plus de ceux de l'arbitrage. À part les cas où la médiation constitue véritablement, aux yeux des parties, une alternative à l'arbitrage, la médiation arbitrale demeure probablement plus attrayante et abordable que la médiation préarbitrale puisque le médiateur et l'arbitre sont la même personne. Il paraît aussi plus facile d'intégrer la médiation arbitrale à la procédure d'arbitrage conventionnelle. Les parties n'ont qu'à nommer l'arbitre, en lui demandant aussi d'agir, dans un premier temps, comme médiateur. Ce « deux dans un » soulève toutefois la crainte de partialité de

---

<sup>26</sup> De façon générale concernant la médiation préarbitrale et arbitrale : BLOUIN, Rodrigue, MORIN, Fernand. Op.cit. note 16, p. 315-316.

l'arbitre dans la mesure où il a pu obtenir, au moment de la médiation, des informations qui ne seraient pas admissibles comme preuve lors de l'arbitrage. Par contre, dans l'état actuel du droit, cette crainte ne justifierait pas légalement, peut-on croire, un empêchement au cumul des deux fonctions<sup>27</sup>.

## **B. Le médiateur et son rôle dans une médiation préarbitrale ou arbitrale**

Le choix du médiateur dans une médiation préarbitrale ou arbitrale dépend essentiellement des parties. Celui-ci est un vacataire dont les services sont établis par contrat. Être médiateur ou arbitre n'est pas un titre réservé ni un champ de pratique exclusif selon le Code des professions<sup>28</sup>. Toutefois, le Conseil consultatif du travail et de la main-d'oeuvre<sup>29</sup> (CCTM) est chargé par le législateur de dresser la Liste annotée d'arbitres de griefs<sup>30</sup> qu'il sélectionne en prenant en considération l'impartialité, les connaissances et l'expérience dans le domaine des relations du travail<sup>31</sup>. En outre pour être inscrit sur la Liste annotée, le candidat à la fonction d'arbitre doit faire l'unanimité au sein du CCTM. Celui-ci est aussi responsable des stages de formation<sup>32</sup> et du contrôle<sup>33</sup> de la fonction arbitrale tenant compte des règles de compétence et de conduite applicables aux arbitres inscrits sur la Liste<sup>34</sup>.

---

<sup>27</sup> Voir à ce sujet dans la partie II, section B, 3, la discussion concernant l'impartialité du conciliateur-décideur.

<sup>28</sup> L.R.Q., c. C-26.

<sup>29</sup> Loi sur le Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre, L.R.Q., c. C-55, art. 2.1. et Code du travail, art.100 et 77.

<sup>30</sup> Préparée et publiée par le Conseil Consultatif du Travail et de la Main-d'œuvre, Québec. La dernière mise à jour de la Liste annotée date du mois d'août 2002 (site internet [www.cctm.gouv.qc.ca](http://www.cctm.gouv.qc.ca)).

<sup>31</sup> « Politique générale du Conseil concernant la confection et la gestion de la Liste annotée d'arbitres de griefs », dans Liste annotée d'arbitres de griefs, id., art. 1-8.

<sup>32</sup> Art. 2.1.Loi sur le CCTM, précitée note 29 et « Politique générale du Conseil concernant la confection et la gestion de la Liste annotée d'arbitres de griefs », id., art. 9-18.

<sup>33</sup> Art. 2.1 Loi sur le CCTM et « Politique générale du Conseil concernant la confection et la gestion de la Liste annotée d'arbitres de griefs », id., art.52-63.

<sup>34</sup> « Politique générale du Conseil concernant la confection et la gestion de la Liste annotée d'arbitres de griefs », id., art. 30-46. Les arbitres membres de la Conférence des arbitres du Québec sont également soumis à un Code de déontologie apparaissant à l'article 12 (art. 1 – 30) des Statuts et règlements de cet organisme sans but lucratif à caractère privé (site internet [www.conference-des-arbitres.qc.ca](http://www.conference-des-arbitres.qc.ca)).

Notons également que la décision de l'arbitre est soumise au contrôle judiciaire en cas d'excès de compétence<sup>35</sup>.

Quant à la médiation arbitrale ou préarbitrale, elle n'est pas réglementée par des règles déontologiques à caractère public spécifiques à cette fonction<sup>36</sup>. Il est clair que le médiateur arbitre doit satisfaire aux exigences de la fonction arbitrale pour agir, mais il est tout aussi important qu'il ait la personnalité et les qualités professionnelles d'un médiateur<sup>37</sup>. Outre l'impartialité, ces deux fonctions ne requièrent pas les mêmes aptitudes et habiletés, la médiation passant par la communication et l'arbitrage par l'adjudication. Pour choisir un médiateur, les parties vont donc se laisser guider par leurs connaissances et expériences personnelles de ce champ de pratique.

L'intervention neutre et impartiale du médiateur vise à favoriser la communication entre les parties pour qu'elles en viennent à régler le grief à leur satisfaction. La question est de savoir s'il peut agir en marge du droit conventionnel, voire même d'une loi lorsqu'elle s'applique? Pour le moment, il est clair qu'aucune règle de droit n'impose au médiateur appelé à intervenir dans le cadre d'un grief de tenir compte de la loi ou de la convention collective de travail. Par ailleurs, les avis sont partagés à ce sujet<sup>38</sup>. D'un côté, certains misent sur le fait que la médiation permet de se dégager de la règle de droit et de l'étroitesse de la réponse qu'elle peut engendrer, laissant ainsi entendre que le droit peut, sans être ignoré, être modelé, puisque les parties sont en définitive libres de régler le grief à leur satisfaction. Sans rejeter cette première approche, d'autres insistent sur l'objet d'un grief, soit le respect de la convention collective et le rôle du médiateur appelé à aider les parties pour le régler. Selon cette seconde

---

<sup>35</sup> Article 139 Code du travail.

<sup>36</sup> RENAUD, Pierre. L'élaboration d'un code de déontologie en médiation : une réflexion. *R.d.U.S.*, (1996-97), 27, p. 327. GAUTHIER, Denis F. Déontologie en médiation. In *Développements récents en médiation*, Cowansville : Les Éditions Yvon Blais inc., 1995, p.83-86. Notons toutefois que les membres d'organismes regroupant des arbitres et médiateurs dans le domaine commercial sont régis par les règles d'éthique de ces organismes.

<sup>37</sup> De façon générale concernant les qualités professionnelles d'un médiateur : LEGAULT, Georges A. La professionnalisation de la médiation. In *Développements récents en médiation*. Cowansville : Les Édition Yvon Blais inc., 2001, p.97, 119-122.

<sup>38</sup> Concernant la problématique générale de la prise en compte du droit substantiel dans la médiation : THIBAUT, Joëlle. *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2000, p.259-268.

approche, le médiateur ne peut amener les parties vers une voie d'évitement de la convention collective, à moins que toutes les parties intéressées n'y aient consenti après en avoir saisi pleinement les conséquences et suivant les formes qui peuvent aller bien au-delà d'un simple règlement<sup>39</sup>.

### **C. L'issue de la médiation préarbitrale ou arbitrale**

Qu'il intervienne pendant une médiation ou autrement, le règlement n'a pas besoin de prendre la forme d'une transaction civile<sup>40</sup> pour avoir un effet juridique. Il importe qu'il émane de l'accord des parties, qu'il prévoit le correctif apporté au grief et la renonciation à le poursuivre en arbitrage. Toutefois, le règlement d'un grief n'aura pas nécessairement l'autorité de la chose jugée. Lorsqu'il est conclu avant qu'un arbitre ne soit saisi du grief et qu'une des parties refuse de donner suite à l'entente, l'article 100.0.2 du Code du travail autorise que le grief soit déféré à l'arbitrage malgré les délais de prescription du grief prévus dans la convention collective ou à défaut dans la loi et malgré toute clause de renonciation à l'arbitrage dans le cas d'une mésentente sur le sens et la portée du règlement. Néanmoins, l'arbitre saisi d'un tel grief devrait donner priorité à l'entente des parties, sous réserve de sa conformité aux lois d'ordre public et se pencher, s'il y a lieu, sur les questions de fait ou de droit soulevées par le grief que cette dernière entente laisse en suspens.

Pour que le règlement ait un effet juridique lorsqu'il intervient après le renvoi du grief à l'arbitrage, les parties doivent le transmettre à l'arbitre afin qu'il prenne acte de son contenu conformément à l'article 100.3 Code du travail. L'arbitre s'il en est requis par l'une des parties à l'entente, pourra en vérifier la légalité et la validité.

## **II. LA MÉDIATION À CARACTÈRE PUBLIC DANS LES CONFLITS DE DROIT EMPLOYEUR-EMPLOYÉ**

---

<sup>39</sup> BLOUIN, Rodrigue, MORIN, Fernand. Op.cit. note 16, p.317. Concernant les formalités, notons que l'article 72 Code du travail, impose le dépôt de la convention collective de travail, de ses annexes et modifications au Bureau du commissaire général du travail, une composante du ministère du travail pour qu'elle ait effet juridique.

<sup>40</sup> Les conditions de validité de cet acte juridique seront traitées dans la seconde partie du texte.

La médiation est sans contredit un mode privilégié de règlement des conflits de droit opposant un employeur et un employé lorsqu'ils sont fondés sur les lois d'ordre public garantissant des droits fondamentaux (CDLP), des normes du travail (LNT), ou encore des droits en matière de santé et de sécurité du travail (LATMP et LSST). Il convient de décrire d'abord la place qu'occupe ce mode de résolution des litiges tenant compte des systèmes d'adjudication prévus par ces lois (A) avant de traiter de la fonction de médiateur (B) et de l'issue de la médiation (C).

### **A. La place de la médiation dans le règlement des conflits de droit employeur - employé fondés sur l'ordre public**

Politique législative importante dans le règlement des plaintes, la médiation occupe cependant une place différente selon qu'il s'agit de la CDLP (1), de la LNT (2) ou de la LATMP et LSST (3).

#### ***1. La médiation des plaintes relevant de la CDLP***

Qualifiée de loi quasi-constitutionnelle<sup>41</sup>, la CDLP s'applique aux relations entre les personnes privées physiques ou morales et à celles entre le gouvernement et ses administrés relevant de la juridiction québécoise. Dans le domaine du travail, l'importance de la CDLP est majeure à cause de la nature des droits qu'elle protège. Parmi ceux-ci, le droit à l'égalité est sans conteste l'un des plus importants. Ainsi, il est interdit à l'embauche ou durant l'emploi<sup>42</sup> d'exercer une discrimination<sup>43</sup> fondée sur l'un des quatorze (14) motifs prévus dans la loi<sup>44</sup>. Parmi les autres droits protégés, mentionnons entre autre le droit à la vie privée<sup>45</sup>, à la dignité, l'honneur et la réputation<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> L'article 52 CDLP accorde préséance à cette loi sur toute autre loi, même celles qui lui sont postérieures, à moins que ces dernières ne prévoient s'appliquer nonobstant la CDLP.

<sup>42</sup> Article 16 CDLP.

<sup>43</sup> Selon l'article 20 *CDLP*, la discrimination est permise lorsqu'elle est fondée sur une exigence professionnelle normale. Celle-ci inclut tant en matière de discrimination directe et indirecte une obligation d'accommodement en l'absence de contrainte excessive : *Colombie-Britannique (PSERC) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

<sup>44</sup> Article 10 CDLP.

<sup>45</sup> Article 5 CDLP.

<sup>46</sup> Article 4 CDLP.

Le législateur a confié l'administration et la surveillance de la mise en oeuvre de cette loi garantissant des libertés et droits fondamentaux à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (CDPDJ).<sup>47</sup> Outre les autres fonctions qui lui sont dévolues par le législateur québécois, cet organisme doit « favoriser un règlement entre la personne dont les droits auraient été violés ou celui qui la représente et la personne à qui cette violation est imputée »<sup>48</sup>. Le législateur met donc le règlement amiable des conflits de droit au premier plan des responsabilités de la CDPDJ.

Pour accomplir cette tâche qui lui incombe, la CDPDJ offre un service de médiation dans le processus d'enquête visant à vérifier les allégations de la plainte et à rechercher les faits prouvant l'atteinte à un droit protégé par la CDLP, ainsi que le préjudice subi par la victime présumée. L'enquête se déroule selon un mode non contradictoire<sup>49</sup> au cours de laquelle les parties ont l'occasion de présenter leur point de vue et leur version des faits. Le début de l'enquête est aussi l'occasion pour informer les parties qu'elles peuvent procéder en tout temps pendant l'enquête à un règlement amiable si elles le souhaitent et qu'elles peuvent à cet égard bénéficier de l'assistance de l'enquêteur qui tient aussi un rôle de médiateur<sup>50</sup>. Lorsque le règlement amiable s'avère impossible à atteindre et si l'arbitrage est refusé, la CDPDJ propose les mesures de redressement qu'elle estime appropriées<sup>51</sup>. À défaut de mettre en oeuvre ces mesures dans le délai fixé, la CDPDJ peut alors porter l'affaire devant le Tribunal des droits de la personne afin qu'il en dispose<sup>52</sup>. La CDPDJ prend fait et cause pour la victime et assume les frais du procès<sup>53</sup>.

Dans son rapport annuel de l'année 2000, la CDPDJ indique que 954 dossiers<sup>54</sup> ont fait l'objet d'une décision du Comité des plaintes (la recommandation d'une mesure de redressement ou la décision de fermer le

---

<sup>47</sup> Article 57 CDLP.

<sup>48</sup> Article 71 paragraphe 2 CDLP.

<sup>49</sup> Article 71 paragraphe 1 CDLP.

<sup>50</sup> Article 9 Règlement sur le traitement des plaintes et la procédure applicable aux enquêtes, Gazette officielle du Québec, 20 mars 1991, no 12, Partie 2, 1458.

<sup>51</sup> Article 79 CDLP.

<sup>52</sup> Articles 80 et 111 CDLP.

<sup>53</sup> Article 83 CDLP.

<sup>54</sup> CDPDJ, Rapport annuel 2000, p.34.

dossier par manque de preuve) ou ont été fermés par le président à la suite d'un règlement ou d'un désistement. Seulement 9,8% de ces dossiers ont donné lieu à la recommandation d'une mesure de redressement<sup>55</sup>. Tous les autres dossiers ont été fermés: 45,6% d'entre eux par manque de preuve; 23,3% au motif d'un règlement amiable et 21,3% à cause d'un désistement<sup>56</sup>. Sur les 222 dossiers ayant fait l'objet d'un règlement amiable, 67,6% relèvent du secteur du travail<sup>57</sup>. Plus de 60% des règlements amiables dans le secteur du travail donnent lieu essentiellement à une compensation pécuniaire<sup>58</sup>. Dans ce même rapport annuel, la CDPDJ indique que l'augmentation du nombre de règlements constitue l'un de ses objectifs majeurs<sup>59</sup>. C'est donc dire que l'enquêteur-médiateur de la CDPDJ insistera fortement auprès des parties pour qu'elles recourent à la médiation bien qu'il ne puisse par ailleurs leur imposer.

## ***2. La médiation dans les plaintes fondées sur la LNT***

La surveillance de la mise en œuvre de la LNT est confiée par le législateur québécois à la Commission des normes du travail (CNT).<sup>60</sup> Une partie importante de son mandat consiste à recevoir les plaintes des salariés s'estimant lésés relativement à l'application de la LNT<sup>61</sup>. Parmi les fonctions qui lui incombent en vertu de la loi, elle doit « tenter d'amener les employeurs et les salariés à s'entendre quant à leurs mécontentes relatives à l'application de la présente loi et des règlements »<sup>62</sup>. La LNT distingue trois types de plaintes : les plaintes à caractère pécuniaire<sup>63</sup>, les plaintes à l'encontre d'une pratique interdite<sup>64</sup> et les plaintes à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante<sup>65</sup>. La procédure de médiation prévue dans la LNT s'applique seulement dans les cas de pratiques interdites et de congédiement sans cause juste et suffisante.

---

<sup>55</sup> Id.

<sup>56</sup> Id.

<sup>57</sup> Id., p.34-35.

<sup>58</sup> Id., p.35.

<sup>59</sup> Id.

<sup>60</sup> Article 4-5 LNT.

<sup>61</sup> Article 5 paragraphe 3 LNT . Voir aussi CNT, Rapport annuel 2000-2001, p. 22.

<sup>62</sup> Article 5 paragraphe 5 LNT.

<sup>63</sup> Article 102 et 98-99 LNT.

<sup>64</sup> Article 122-123.3 LNT.

<sup>65</sup> Article 124-131 LNT.

Les plaintes pécuniaires ne se prêtent pas à une médiation dans la mesure où elles portent sur des normes de travail d'application stricte ne pouvant donner lieu, en règle générale, à une évaluation subjective. Ces normes concernent le salaire, les heures supplémentaires, les congés annuels, les jours fériés, la fête nationale, les congés sociaux, le préavis de fin d'emploi ou le versement de l'indemnité en tenant lieu et d'autres normes comme les périodes de repos et l'uniforme de travail. Ce serait aller carrément à l'encontre de la loi si la CNT acceptait que des plaintes soient réglées en deçà des seuils minima prévus alors qu'elle a pour mission de les faire respecter. Toutefois, ceci n'empêche pas la CNT de viser le règlement des plaintes pécuniaires sans intervention judiciaire. Elle préconise en effet une entente amiable avant qu'elle ne ferme le dossier d'enquête et qu'elle ne le transmette à son contentieux pour qu'une action soit intentée devant l'instance judiciaire compétente. D'ailleurs, au stade de l'enquête menée à la suite du dépôt d'une plainte, 65,4% des plaintes pécuniaires en 2001-2002 se sont soldées par le paiement des sommes dues au salarié en vertu de la loi<sup>66</sup>. Un désistement a été enregistré dans 20,9% des dossiers<sup>67</sup>. Si la plainte n'est pas réglée à cette étape, elle est ensuite transmise au contentieux de la CNT qui peut tenter une action civile en faveur du salarié lésé. Un règlement hors cours est intervenu dans 54,2% des cas réglés en 2001 par le contentieux<sup>68</sup>.

Dans le cas de plaintes contestant une pratique interdite ou un congédiement sans cause juste et suffisante, la procédure de médiation est expressément prévue dans la loi. Les pratiques interdites visent toute décision de l'employeur ayant pour effet de rompre définitivement le lien d'emploi ou de le suspendre ou qui impose un changement d'occupation ou encore qui constitue une mesure discriminatoire ou de représailles pour l'un ou l'autre des motifs prévus par la loi<sup>69</sup>. Parmi ceux-ci, on trouve l'absence pour cause de maladie ou d'accident, l'exercice d'un droit prévu par la loi, le fait pour une salariée d'être enceinte, l'atteinte de l'âge de la retraite, le fait pour un salarié d'être sous le coup d'une saisie-arrêt ou d'être débiteur d'une pension alimentaire. Le salarié qui se croit victime d'une pratique interdite peut porter plainte à la CNT<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> CNT, Rapport annuel 2001-2002, Annexe 4, p.60.

<sup>67</sup> Id.

<sup>68</sup> Id.

<sup>69</sup> Article 122-122.2 LNT.

<sup>70</sup> Article 123-123.1 LNT.



Un salarié ayant au moins trois (3) ans de service continu chez le même employeur peut aussi adresser une plainte à la CNT s'il croit avoir été renvoyé sans une cause juste et suffisante<sup>71</sup>. La loi interdit à l'employeur de mettre fin à l'emploi d'un salarié, à moins qu'il n'ait un motif sérieux et grave justifiant l'imposition d'une mesure aussi sévère que la fin d'emploi. La plainte contre une pratique interdite et contre un congédiement sans cause juste et suffisante donne ouverture à une réclamation en réintégration d'emploi avec remboursement du salaire perdu depuis la date d'application de la mesure contestée.

Dès réception de la plainte, la CNT charge un médiateur d'offrir aux parties l'aide nécessaire pour tenter de régler la contestation à leur satisfaction<sup>72</sup>. Pour l'année 2001-2002, 66,3% des plaintes reçues ont fait l'objet d'une médiation, les parties l'ayant acceptée<sup>73</sup>. Sur ce nombre, 65,7% ont donné lieu à une entente<sup>74</sup>. En outre, plus des deux tiers des ententes conclues entre les parties ont conduit seulement au versement d'une indemnité, sans réintégration dans l'emploi<sup>75</sup>.

Si la médiation ne se solde pas par une entente, la CNT peut offrir gratuitement les services d'un avocat de son contentieux qui se chargera de représenter le salarié qui a déféré sa plainte pour adjudication<sup>76</sup>. À ce stade, le litige peut faire l'objet, si les parties y consentent, d'une autre médiation offerte cette fois-ci par le Bureau du commissaire général du travail (BCGT), une unité administrative du ministère du Travail chargée des dossiers d'accréditation syndicale selon le Code du travail et de l'adjudication de diverses plaintes, notamment celles pour pratique interdite et celles pour congédiement sans cause juste et suffisante. Les données disponibles ne permettent pas cependant de dire, de façon précise, combien de dossiers se règlent par la voie de cette médiation, mais il est de notoriété publique que le taux de règlement reste élevé.

---

<sup>71</sup> Article 124 LNT.

<sup>72</sup> Articles 123.3 et 125 LNT.

<sup>73</sup> CNT, Rapport annuel 2001-2002, p.30.

<sup>74</sup> Id.

<sup>75</sup> Id., p.27 et 29.

<sup>76</sup> Articles 123 in fine et 126.1 LNT.

#### ***4. La médiation dans les plaintes fondées sur le régime légal de santé et de sécurité au travail***

Le régime de la santé et la sécurité au travail au Québec est administré par la Commission de la santé et la sécurité du travail (CSST)<sup>77</sup>. Cet organisme public est responsable de la mise en œuvre de la LSST<sup>78</sup> visant les aspects préventifs en matière de santé et sécurité au travail et de la LATMP<sup>79</sup> instituant un régime d'indemnisation et de réadaptation en cas de lésions professionnelles. Ce régime est financé à part entière par les employeurs du Québec qui en sont, en effet, les seuls cotisants<sup>80</sup>.

En tant que gestionnaire du régime, la CSST rend des décisions en matière d'indemnisation. À ce niveau décisionnel, le législateur n'a pas prévu de procédure de médiation puisque la CSST est elle-même impliquée dans le dossier, étant l'agent payeur. Les décisions administratives qu'elle rend peuvent cependant être contestées devant la Commission des lésions professionnelles (CLP)<sup>81</sup> qui offre une procédure de conciliation.

Préalablement, il faut mentionner que la CSST agit comme adjudicateur dans le cas de plainte d'un salarié contestant une fin d'emploi, une suspension d'emploi, un déplacement ou toute autre mesure discriminatoire ou de représailles au motif qu'il a exercé un droit résultant de la LSST<sup>82</sup> ou de la LATMP<sup>83</sup>. Si le travailleur y consent, la CSST peut tenter une conciliation.<sup>84</sup> La loi n'exige pas le consentement des deux parties pour que la conciliation soit initiée. C'est pourquoi, dans la pratique, le conciliateur dira que la conciliation a échoué lorsque l'employeur la refuse. En l'absence d'une entente entre les parties, le conciliateur peut agir comme décideur dans le même dossier. On l'appelle le conciliateur-décideur. En 2000, le processus de conciliation au niveau du conciliateur-décideur a permis de régler 87% des plaintes<sup>85</sup>. Comme les décisions administratives de

---

<sup>77</sup> Article 137 LSST.

<sup>78</sup> Article 166-167 LSST.

<sup>79</sup> Article 589 LATMP.

<sup>80</sup> Article 281 LATMP.

<sup>81</sup> Articles 367-368 LATMP.

<sup>82</sup> Article 227 LSST.

<sup>83</sup> Article 252 LATMP.

<sup>84</sup> Article 254 LATMP.

<sup>85</sup> CSST, Rapport d'activités 2000, p. 73.

la CSST, celles qui sont rendues par le conciliateur-décideur peuvent être portées en appel à la CLP.

La CLP, constituée en 1998 en remplacement de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles, est un organisme administratif compétent pour décider des recours formés contre des décisions rendues par la CSST. Depuis la mise en place de la CLP, la conciliation prévue à la LATMP<sup>86</sup> est considérée comme un mode privilégié de règlement amiable des contestations dont elle est saisie. Son président note d'ailleurs qu'elle « s'inscrit tout à fait dans l'esprit de la réforme de 1998 qui visait, entre autres, à humaniser et à simplifier le processus de contestation des décisions de la CSST »<sup>87</sup>. Selon les données présentées dans le Rapport annuel 2000-2001 de la CLP, 47% des dossiers qui ont été fermés pour cette année-là sont reliés à la conciliation : dans 12,4% des cas, les parties ont conclu une entente et dans 34,4% des dossiers, un désistement est survenu à la suite de la conciliation<sup>88</sup>. Ces chiffres démontrent que la CLP, tout comme la CDLP, la CNT et la CSST, investit beaucoup d'énergie pour mettre en œuvre la politique législative en matière de règlement amiable des contestations.

## **B. Le médiateur et son rôle dans les conflits de droit relevant de l'ordre public**

La médiation qui intervient en application de la CDLP, de la LNT ou de LATMP/LSST relève essentiellement du domaine public dans la mesure où les parties n'ont pas le choix du médiateur, ni de son rôle. Celui-ci est employé et désigné par l'organisme public chargé de mettre en œuvre la procédure de médiation. La médiation est entièrement à la charge de l'organisme auquel se rattache le médiateur. On peut dégager trois types de médiateur selon qu'il intervient en vertu de l'une ou de l'autre des lois précitées : l'enquêteur-médiateur (1), le médiateur ou conciliateur (2) et le conciliateur-décideur (3).

---

<sup>86</sup> Article 429.44 prévoit que la CLP peut charger un conciliateur de rencontrer les parties à une contestation et de tenter d'en arriver à un accord à la condition que ces dernières y consentent.

<sup>87</sup> CLP, Rapport annuel 2000-2001, p. 29.

<sup>88</sup> CLP, Rapport annuel 2000-2001, p.29.

### ***1. L'enquêteur-médiateur***

L'enquêteur-médiateur agit en vertu de la CDLP et cumule deux fonctions, une première étant celle de recueillir tous les faits permettant de déterminer le bien-fondé des allégations dans une plainte fondée sur la CDLP et la seconde visant à favoriser un règlement entre les parties. L'enquêteur agit comme médiateur quand les parties acceptent de tenter de régler la contestation à l'amiable. Cependant, la médiation ne suspend pas, ni ne met fin à l'enquête. Les renseignements recueillis par l'enquêteur-médiateur sont consignés dans le dossier et pourront, en l'absence d'un règlement, être utilisés par la CDPDJ pour établir les mesures de redressement dont elle recommandera ensuite l'application. Ces renseignements pourront aussi servir à la CDPDJ si elle décide de représenter la victime présumée devant le Tribunal des droits de la personne dans l'éventualité où la proposition de mesures de redressement n'est pas mise en œuvre dans le délai imparti.

Dans ce contexte, la médiation conduite par l'enquêteur-médiateur ne semble pas offrir les garanties de neutralité et d'impartialité qui caractérisent un tel processus. Elle n'assure pas non plus la confidentialité des informations recueillies. En somme, le processus de médiation à la CDPDJ n'étant pas une démarche distincte de la procédure d'enquête menée par cet organisme permet à l'enquêteur tout au long du processus, qui peut durer dans le meilleur des cas 15 mois, de faire pression sur les parties à la contestation pour qu'elles règlent à l'amiable tenant compte des allégations de la plainte, des faits révélés par l'enquête, de l'application de la Charte et de l'intérêt des parties quant aux objectifs poursuivis. En l'absence d'un règlement amiable, la CDPDJ décidera si des mesures de redressement doivent être proposées et en toute dernière ligne si elle doit prendre fait et cause pour la présumée victime devant le Tribunal des droits de la personne. Si l'on en juge par les données fournies dans le Rapport annuel 2000 de la CDPDJ, seulement 9,8% des dossiers fermés en 2000 ont fait l'objet de mesures de redressement.

### ***2. Le médiateur ou conciliateur***

La LNT prévoit une procédure de médiation et la LATMP, une procédure de conciliation offrant toutes les deux des garanties d'impartialité et de confidentialité dans la mesure où le médiateur et le conciliateur ne cumulent pas d'autres fonctions lorsqu'ils agissent à ce titre et que les renseignements recueillis pendant cette procédure ne peuvent être utilisés autrement que pour les fins de cette dernière<sup>89</sup>, à moins que les parties consentent à ce qu'ils servent dans le cadre de l'adjudication de leur affaire.

Au niveau de la LNT, le médiateur intervient dès qu'une plainte contestant une pratique interdite ou un congédiement sans cause juste et suffisante est adressé à la CNT. Celle-ci offre le service de médiation à la réception de la plainte. Si la médiation échoue, la CNT peut représenter la partie plaignante devant l'instance d'adjudication compétente si cette dernière y a déféré sa plainte. Lorsqu'il s'agit de santé et sécurité au travail, le mécanisme de conciliation prévu par le législateur se situe au stade de l'appel à la CLP dont la compétence d'appel s'étend à toutes les décisions de la CSST. Employé par la CLP, le conciliateur exerce, avec certaines variantes non négligeables, des responsabilités générales analogues à celles du médiateur désigné par la CNT.

Le conciliateur à la CLP et le médiateur à la CNT doivent expliquer aux parties à la contestation les règles relatives à la conciliation ou médiation. Ils doivent de part et d'autre les informer de leurs droits et obligations selon la loi applicable et les aider à faire part de leurs intérêts réciproques. À la différence du médiateur qui peut être appelé par les parties à rédiger l'entente, cette responsabilité incombe au conciliateur qui est lui-même en vertu de la loi, partie signataire au règlement amiable<sup>90</sup>.

À la différence du médiateur à la CNT, le conciliateur à la CLP est régi par un code de déontologie<sup>91</sup> dont la responsabilité de l'édicter et d'en assurer le respect incombe au président de la CLP en vertu de l'article 426 de la LATMP. Parmi les diverses règles que comporte ce code, on y indique

---

<sup>89</sup> Article 123.3 et 125 LNT; article 429.48 LATMP.

<sup>90</sup> Article 429.46 LATMP.

<sup>91</sup> Code de déontologie des assesseurs et des conciliateurs de la Commission des lésions professionnelles, CLP, publié dans la Gazette officielle le 22 novembre 2000 (site internet [www.clp.gouv.qc.ca](http://www.clp.gouv.qc.ca)).

les motifs pour lesquels le conciliateur doit suspendre ou mettre fin à une conciliation<sup>92</sup>.

### **3. Le conciliateur-décideur**

Employé de la CSST, le conciliateur-décideur exerce les pouvoirs que lui délègue cette dernière<sup>93</sup> pour disposer des plaintes relevant de sa compétence. À la suite du dépôt d'une plainte en vertu de la LSST ou de la LATMP, celle-ci est confiée à un conciliateur-décideur qui peut tenir, dans un premier temps, une conciliation en vue d'un règlement amiable. Lorsqu'elle échoue, le conciliateur-décideur décide du sort de la contestation. Le fait qu'une seule et même personne assume à la fois le rôle de conciliateur et celui de décideur laisse planer des craintes quant à son objectivité et son impartialité<sup>94</sup>. En effet, bien que les offres et les concessions que les parties se sont dites prêtes à faire pendant la conciliation ne puissent être mises en preuve à l'étape de l'adjudication, il n'en demeure pas moins que le conciliateur-décideur a eu connaissance de la teneur des négociations et des concessions envisagées lui permettant de se faire une opinion des parties et de leurs positions respectives, risquant ainsi d'influencer sa décision. Notons cependant que la jurisprudence rendue à ce jour ne donne pas raison à ces craintes puisqu'elle conclut que les dispositions relatives à l'exercice de la fonction de conciliateur-décideur ne compromettent pas le droit d'un citoyen, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Id., l'article 17 prévoit cinq (5) motifs : la continuation de la conciliation risque d'être préjudiciable à une partie; une partie n'est pas en mesure de la continuer ou ne la désire plus; une partie n'est pas en mesure de participer à un processus de conciliation équitable pour des raisons physiques et psychologiques; le conciliateur estime peu probable la conclusion d'un règlement conforme à la loi; la présence d'une autre partie s'avère nécessaire.

<sup>93</sup> Article 172 LSST.

<sup>94</sup> CLICHE, Bernard, GRAVEL, Martine. *Les accidents du travail et les maladies professionnelles*. Cowansville : Les Éditions Yvon Blais inc., 1997, p.720-721. AUDET, Georges, BONHOMME, Robert, GASCON, Clément. *Le congédiement en droit québécois*, Cowansville : Les Éditions Yvon Blais, dernière mise à jour mai 2002, p.38-2-38-3.

<sup>95</sup> Id.

### C. L'issue de la médiation à caractère public

À l'exception de la procédure de règlement amiable au niveau de la CLP (2), l'entente conclue dans le cadre d'une médiation ou conciliation en vertu de la CDLP, la LNT et la LATMP (conciliateur-décideur) prendra la forme d'une transaction civile pour mettre définitivement fin à la contestation (1).

#### 1. *Le règlement amiable donnant lieu à une transaction civile*

La transaction est définie dans les termes suivants à l'article 2631 Code civil du Québec:

**2631.** La transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques. Elle est indivisible quant à son sujet.

La transaction est soumise aux conditions générales de formation des obligations contractuelles. À cet égard, les parties à une transaction doivent avoir la capacité de contracter; leur consentement doit être libre et éclairé et l'objet de la transaction doit être licite<sup>96</sup>. La présence d'un médiateur devrait, peut-on croire, favoriser le respect de ces différents éléments.

La transaction décrite par certains comme étant « une renonciation mutuelle au droit d'obtenir une décision de justice »<sup>97</sup> est valide lorsque les trois conditions suivantes sont satisfaites : l'existence d'une contestation, une renonciation au recours juridictionnel et la réciprocité des concessions. Selon les règles du Code civil du Québec, la transaction n'a pas à être consignée par écrit, bien qu'il soit prudent de le faire pour en faciliter la preuve. L'entente conclue dans le cadre d'une médiation menée par l'enquêteur-médiateur de la CDPDJ ou par le médiateur de la CNT ou encore par le conciliateur-décideur de la CSST prendra la forme d'une transaction pour que le règlement ait l'autorité de la chose jugée<sup>98</sup> entre les parties, mettant ainsi un terme final à la contestation. Notons cependant que

---

<sup>96</sup> Articles 1385 et suivants Code civil du Québec.

<sup>97</sup> THIBAUT, Joël. Op.cit. note 38, 246.

<sup>98</sup> Article 2633 Code civil du Québec.

le règlement intervenant selon la CDLP doit être constaté par écrit.<sup>99</sup> À part cette condition de forme particulière, les règles relatives à la transaction s'appliquent.

Le règlement qui intervient dans les cas énoncés ci-dessus vise à régler une contestation née et actuelle. La question est de savoir si un salarié peut valablement renoncer à l'exercice d'un droit d'ordre public. En règle générale, il est interdit de prévoir dans un contrat individuel de travail ou dans une convention collective une clause comportant un avantage qui soit inférieur à celui que la loi confère, tant en vertu de la CDLP<sup>100</sup>, de la LNT<sup>101</sup>, de la LATMP<sup>102</sup> et de la LSST<sup>103</sup>. Par conséquent, un salarié ne peut renoncer aux droits d'ordre public accordés par ces lois au moment de la conclusion des conditions de travail avec l'employeur<sup>104</sup>. La règle perd cependant de son caractère absolu lorsque le temps arrive d'exercer l'un ou l'autre de ces droits. On distingue alors les droits d'ordre public adoptés dans l'intérêt général de ceux qui visent à protéger les intérêts de certaines catégories d'individus jugés, pour une raison ou pour une autre,

---

<sup>99</sup> Article 79 CDLP.

<sup>100</sup> Soulignons que l'article 13 CDLP interdit seulement la stipulation de clause discriminatoire. Or la CDLP reconnaît d'autres droits fondamentaux, notamment le droit à la vie privée. Art 13: « Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. Une telle clause est sans effet ». Par contre, il est permis d'accorder une plus grande protection contre la discrimination que celle offerte par la loi : Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Center), [1996] 2 R.C.S. 3.

<sup>101</sup> Article 93 LNT : « Sous réserve d'une dérogation permise par la présente loi, les normes du travail contenues dans la présente loi et les règlements sont d'ordre public. Une disposition d'une convention ou un décret qui déroge à une norme du travail est nulle de nullité absolue. » L'article 94 permet cependant de prévoir des conditions plus avantageuses dans une convention ou un décret.

<sup>102</sup> Article 4 LATMP : « La présente loi est d'ordre public ». Cet article prévoit aussi le droit de prévoir des conditions de travail plus avantageuses dans une convention, une entente ou un décret.

<sup>103</sup> Article 4 LSST : « La présente loi est d'ordre public et une disposition d'une convention ou d'un décret qui y déroge est nulle de nullité absolue ». L'article permet néanmoins de prévoir des conditions de travail plus avantageuses par convention ou décret.

<sup>104</sup> Concernant la CDLP : Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke, [1982] 1 R.C.S. 202. Notons que dix années plus tard, la Cour suprême du Canada a reconnu la validité d'une disposition de la convention collective restreignant le droit à la non discrimination : Dickason c. Université de l'Alberta, [1992] 2 R.C.S. 1103.



particulièrement vulnérables<sup>105</sup>. Dans le premier cas, un particulier ne peut légalement renoncer à l'application de ces droits puisqu'ils n'ont pas été édictés en sa faveur. Dans le second cas, les dispositions dites d'ordre économique de protection peuvent, dans certaines circonstances, faire l'objet d'une renonciation de la part du particulier qu'elle vise à protéger à la condition qu'elle soit consentie après l'acquisition du droit et non avant. On suppose que la personne est alors en mesure de faire un choix éclairé entre la protection que la loi lui accorde et les avantages qu'il compte obtenir de son cocontractant en échange de la renonciation à cette protection.

Tenant compte de cette distinction et dans la mesure où l'on assume que la CDLP<sup>106</sup> (malgré qu'elle garantisse le droit à l'égalité), la LNT<sup>107</sup> et la LATMP sont des lois de protection, il serait légal d'y renoncer par la voie d'une entente visant à mettre un terme final à une contestation née et actuelle. Notons que le fait de classer une loi comme étant d'ordre économique de protection n'empêche pas le caractère d'intérêt général de certaines de ses dispositions. Par exemple, on ne pourrait permettre à un salarié, victime d'une lésion professionnelle, de renoncer au droit d'être indemnisé en vertu de la LATMP en contrepartie de dommages-intérêts que lui accorderaient l'employeur parce qu'on ferait renaître, de cette manière, un régime de responsabilité civile que le législateur a aboli<sup>108</sup>, d'une part et d'autre part, on permettrait à l'employeur d'éluder l'application de la loi en réduisant sa cotisation perçue par la CSST<sup>109</sup>.

Outre la renonciation à l'adjudication de la plainte ainsi qu'à toutes créances s'y rapportant, la transaction doit aussi comporter des « concessions réciproques ». La notion de « concessions réciproques » n'étant pas définie

---

<sup>105</sup> CÔTÉ, Pierre-André. *Interprétation des lois*. 3<sup>e</sup> édition, Montréal : Les Éditions Thémis, 1999, p.306-309. De façon générale relativement à l'énoncé de principe : Garcia Transport Ltée c. Compagnie Trust Royal, [1992] 2 R.C.S. 499.

<sup>106</sup> La Cour d'appel du Québec dans un obiter paraît accepter ce principe : Compagnie minière Québec-Cartier c. Commission des droits de la personne du Québec, D.T.E. 99T-52.

<sup>107</sup> Concernant la possibilité de renoncer à un droit prévu dans la LNT : Bouchard c. Services des espaces verts Ltée, D.T.E. 94T-561 (C.T.); Cossette c. Ed. Archambault Musique inc., [1998] R.J.D.T. 1248 (C.T.).

<sup>108</sup> L'article 438 LATMP : « Le travailleur victime d'une lésion professionnelle ne peut intenter une action en responsabilité civile contre son employeur en raison de la lésion ».

<sup>109</sup> Cette cotisation est déterminée en fonction de l'expérience associée au risque de lésions professionnelles et des taux personnalisés applicables à certaines catégories d'employeurs : articles 284.1-284.2 LATMP.

par le législateur, il revient aux tribunaux d'en préciser la portée. Or, on trouve peu de cas jurisprudentiels à ce sujet<sup>110</sup>. Par rapport aux lois sous étude, nous n'avons répertorié que quelques décisions portant sur la LNT<sup>111</sup>. Rien n'indique cependant dans ces décisions que les règlements, dont la validité est contestée, soient intervenus dans le cadre d'une médiation menée en vertu de cette loi. Mentionnons qu'étant témoin des échanges et des discussions des parties, le médiateur devrait être en bonne position pour détecter les iniquités et rétablir l'équilibre entre ces dernières. Bien que le médiateur n'exerce pas une autorité contraignante auprès des parties, il reste maître du processus. Aussi, devrait-il suspendre, voire même mettre fin à la médiation s'il estime qu'il en résultera immanquablement une injustice. Cependant, n'est-ce là que pure rhétorique dans la mesure où les tribunaux adoptent eux-mêmes une approche non interventionniste dans le contrôle des « concessions réciproques ».

La jurisprudence nous apprend en effet que les concessions réciproques sont la résultante d'une négociation ou d'une conciliation entre les parties<sup>112</sup>. On reconnaîtra qu'il y a concessions réciproques lorsque les deux parties obtiennent quelque chose en échange, sans égard, selon toute vraisemblance, à la commune mesure de cet échange. Les tribunaux ne semblent pas, pour le moment, accorder beaucoup d'importance au qualificatif utilisé par le législateur pour préciser le caractère des concessions qu'il exige. La crainte de porter atteinte à la liberté contractuelle des parties et d'entraîner une remise en question perpétuelle des règlements amiables explique peut-être la raison pour laquelle les tribunaux évitent de scruter le sens du terme « réciproques »<sup>113</sup>.

Pour l'instant, cette exigence de « concessions réciproques » semble surtout servir à distinguer la transaction du désistement et de l'acquiescement à une poursuite. Contrairement à la transaction, contrat synallagmatique formé par un échange de volonté, le désistement et

---

<sup>110</sup> L'auteur suivant en fait un constat général : THIBAUT, Joëlle. Op.cit. note 38, p. 251.

<sup>111</sup> Par exemple : Marchand c. Bussière, D.T.E. 98T-475 (C.A.) (autorisation d'appeler refusée : (1998) 2 R.C.S. IX); Beaudoin c. Marchands en alimentation Aogora inc., [1999] R.J.D.T. 1695 (C.T.); Cassir c. Lapor inc., [1997] C.T. 477.

<sup>112</sup> Beaudoin, id.; Gagné c. Agences Claude Marchand inc., [1999] R.J.D.T. 560 (C.T.).

<sup>113</sup> En France, la Cour de cassation a restreint en cette matière l'intervention judiciaire pour éviter de heurter l'autorité de la chose jugée découlant d'une transaction : Ch.soc., 21 mai 1997, Bull.civ. V, no 185; Voir aussi concernant une décision récente de cette Cour rendue le 18 décembre 2001, le commentaire dans Droit social, 2002, p. 360.

l'acquiescement sont des actes de procédure unilatéraux par lesquels une seule partie renonce à faire valoir ses droits. Cependant souligne-t-on, le désistement et l'acquiescement constituent tantôt des effets, tantôt des conditions de la transaction dans la mesure où la demanderesse s'engage bien souvent à se désister de la procédure introduite ou encore l'intimée acquiesce en tout ou en partie à la réclamation de cette dernière<sup>114</sup>.

En règle générale, lorsque les concessions portent sur l'objet du litige et de la réclamation, elles sont jugées valides. Ce n'est pas le cas cependant lorsque le salarié, contestant son renvoi et réclamant sa réintégration dans son emploi avec remboursement du salaire perdu, consent à signer une quittance en contrepartie seulement des droits minima que la loi lui confère, par exemple : sa paie de vacances et le paiement de l'indemnité minimale de fin d'emploi<sup>115</sup>.

## ***2. Le règlement amiable dans le cadre d'une conciliation à la CLP***

Avant de disposer en appel d'une décision de la CSST, la CLP offre aux parties une conciliation qui pourra éventuellement conduire à une entente. Lorsqu'elle est conclue en présence du conciliateur de la CLP, elle doit être consignée par écrit et doivent être annexés tous les documents qui y sont faits mention.<sup>116</sup> Il est important de rappeler que l'accord est signé par les parties et le conciliateur. Pour avoir effet juridique, cette entente doit ensuite être ratifiée par un commissaire de la CLP.

Pour être entérinée, l'entente doit être conforme à la loi<sup>117</sup>. À cet effet, elle ne doit pas déborder le cadre de l'appel adressé à la CLP. Elle est donc censée porter sur des éléments et des questions qui ont été soumis en appel. Les conclusions de l'entente doivent être conformes à l'ordre public, en particulier aux lois et règlements relevant de la compétence de la CLP. De plus, l'entente ne peut être fondée sur des faits faux ou inexacts. Lorsque l'entente satisfait à ces différentes conditions, la CLP la confirmera dans sa

---

<sup>114</sup> THIBAUT, Joëlle. Op.cit. note 38, 251.

<sup>115</sup> Beaudoin, précité note 111; Cassir, précité note 111.

<sup>116</sup> Article 429 LATMP.

<sup>117</sup> Article 429.46 LATMP. De façon générale concernant les conditions de ratification de l'entente : SANSFAÇON, Michel. *L'indemnisation des victimes d'accidents du travail et des maladies professionnelles*. 2<sup>e</sup> édition, Montréal : Wilson & Lafleur, 2000, p.381-382.

décision ayant alors force obligatoire et liant les parties. À défaut, elle tiendra une audition pour disposer de l'appel à son mérite.

## CONCLUSION

La médiation des conflits de droit portant sur l'application des conditions de travail est de toute évidence l'une des politiques législatives majeures que les organismes publics ont la responsabilité de mettre en œuvre. Toutefois, cette politique n'inclut pas la médiation des griefs relevant de la convention collective de travail. En ce domaine, le législateur n'intervient pas pour favoriser le règlement amiable des conflits de droit. La médiation reste somme toute, dans ce contexte, une avenue moins accessible pour le règlement des litiges à cause des coûts qu'elle implique pour les parties à la convention collective et aussi à cause des difficultés de coordonner ce processus avec la voie d'adjudication qu'est l'arbitrage de grief. Actuellement, lorsque la médiation s'inscrit dans une politique législative, les parties n'ont rien à déboursier pour bénéficier de cette procédure que le législateur ou l'organisme public qu'il a désigné se charge d'imbriquer dans le régime de règlement des plaintes menant à l'adjudication, en l'absence d'une entente amiable. Les statistiques fournies dans les rapports annuels de ces divers organismes démontrent sans équivoque l'accessibilité de la médiation à caractère public.

La médiation privée, bien que plus coûteuse et plus compliquée à organiser, laisse par contre aux parties plus d'initiative, plus de souplesse dans la définition de l'objet de la médiation et du rôle du médiateur. Le danger réside justement dans cette latitude, ce laisser-faire qui pourrait conduire les parties vers des solutions à la pièce pouvant miner à la longue l'effet juridique de la convention collective, laquelle lie non seulement l'employeur et le syndicat mais aussi, au même titre, tous les salariés qu'il représente. La médiation publique n'exclut pas, pour autant, ce danger dans la mesure où le règlement amiable conclu avec l'encouragement ou avec l'aide du médiateur n'est généralement soumis à aucun contrôle de qualité. Dans l'état actuel de la législation, seul le règlement signé par le conciliateur de la CLP fait ensuite l'objet d'un « test de qualité ». Pourquoi, le législateur impose-t-il un tel contrôle quand il s'agit de la santé et sécurité du travail? L'article 429.46 indique que le commissaire de la CLP entérine l'accord « dans la mesure où il est conforme à la loi ». C'est donc pour faire respecter la loi que le législateur exige un contrôle de qualité. Alors pourquoi, se

préoccupe-t-il autant du respect de cette loi? La CDLP, la LNT ne sont-elles pas tout aussi importantes? Certes, le régime d'indemnisation des lésions professionnelles malgré qu'il affecte les conditions de travail des travailleurs, touche fondamentalement à leur santé. Cette matière est incontestablement d'intérêt public, bien qu'elle concerne directement chaque individu. On peut en dire autant du droit à l'égalité, du droit à des conditions de travail justes et raisonnables qui font en sorte que la dignité du travailleur est protégée. Pourtant, le législateur ne favorise pas le contrôle des règlements amiables qui interviennent au niveau de ces droits alors que ce sont des médiateurs mandatés par l'État qui encouragent les parties à les conclure. La différence de traitement dans le cas du régime d'indemnisation des lésions professionnelles tient essentiellement au fait que la presque totalité<sup>118</sup> des dossiers soumis à la CLP mettent en cause des sommes d'argent souvent très élevées qui devront être prélevées dans le fonds d'indemnisation, constitué à partir seulement des cotisations versées par les employeurs du Québec, que la CSST a la responsabilité d'administrer.

La médiation comme mode de résolution des conflits de droit est sans conteste une avenue qu'il vaut la peine d'emprunter. Toutefois, si la médiation devient à cause de politiques législatives comme celles que nous avons exposées la voie privilégiée de règlement des conflits de droit, on devrait mieux baliser le terrain pour éviter l'égarement des droits en chemin.

---

<sup>118</sup> CLP, Rapport annuel 2000-2001, p.55. Sur 2455 dossiers fermés par voie de conciliation, dans au moins 2400 d'entre eux, la CSST est susceptible d'en supporter les coûts d'une manière ou de l'autre.



**Roberto FRAGALE FILHO**

*Professeur*

*Université Fédérale Fluminense Niterói - Rio de Janeiro<sup>1</sup>*

*Magistrat du travail à Rio de Janeiro*

## **LA JUSTICE DU TRAVAIL AU BRÉSIL**

### **RÉSUMÉ**

La justice du travail au Brésil vient de connaître d'importantes modifications, dont la suppression de la « représentation des classes », qui ont renouvelé l'intérêt pour son analyse. Cet article aborde quelques questions relatives à sa structure (I), ses compétences (II), le contentieux (III) et la procédure (IV). L'analyse suggère que cette justice du travail, malgré les transformations qu'elle a subies au cours de ses soixante ans d'existence et son insertion dans un environnement économique particulièrement instable, joue encore un rôle, complexe mais important, dans l'élaboration et la mise en oeuvre des politiques publiques brésiliennes.

### **SUMMARY**

Labor justice in Brazil has faced recent major changes, such as the abolition of « class representation », which have renewed the interest for its analysis. This article goes over some relevant matters pertaining its structure (I), its competences (II), the litigation it deals with (III) and its procedures (IV). In this analysis, it suggests that Brazilian labor justice, despite the transformations it has undergone throughout the sixty years of its existence within a particularly unstable economical environment, has still an important and complex role to play in the elaboration and implementation of Brazilian public policies.

---

<sup>1</sup> Professeur du programme doctoral en sociologie et droit, Docteur en Science Politique de l'Université de Montpellier I. voir notamment, avec FRAGALE FILHO, Roberto, DE REZENDE ALVIM, Leonel, et JEAMMAUD, Antoine. *Trabalho, Cidadania e Magistratura*. Rio : Ed. Trabalhistas, 2000. Ce texte reprend une conférence présentée en novembre 2001 à l'Institut d'Etudes du Travail de Lyon (Université Lumière - Lyon 2).

La Justice du travail existe, au Brésil, depuis les années trente. Conçue, en 1932, comme un organe du Ministère du Travail, de l'Industrie et du Commerce, elle a acquis une certaine autonomie à partir de 1939, avant de faire l'objet de dispositions dans la Consolidation des Lois du Travail (CLT) de 1943, puis d'être incorporée au Pouvoir Judiciaire par la Constitution Fédérale de 1946. Ces quatorze premières années d'existence ont fait, dans la période récente, l'objet de recherches académiques visant à comprendre les origines de la législation sociale et de l'actuel système de justice du travail au Brésil. Malgré le risque d'arbitraire de tout découpage explicatif, il est possible de proposer une typologie en distinguant trois types d'argumentaires.

Une première interprétation cultive « le mythe de l'octroi »<sup>2</sup>, selon lequel la législation sociale n'aurait pas été une conquête des travailleurs, mais procéderait d'une initiative de l'Etat, comme fruit de la générosité des dirigeants politiques. L'Etat aurait su récupérer les premières revendications pour apparaître comme l'auteur de cette législation, qui serait ainsi le résultat d'une concession spontanée de l'Etat et serait née sans effusion de sang, ni lutte, ni même conflit. En contrepoint de cette représentation lénifiante, s'est développée une « doctrine de l'artificialité », illustrée tant par une critique de droite (le Ministre du Travail et de l'Industrie, Morvan Dias Figueiredo, déclarant, en 1946, que « le Brésil possède une législation sociale trop avancée pour l'actuelle réalité de la structure économique et financière de la société ») que par une certaine pensée de gauche (les ouvriers ne méritent pas ce qu'ils n'ont pas obtenu par la lutte, ce qu'ils n'ont conquis).

Selon une autre opinion, cette législation sociale, comprise comme « un avenir inévitable »<sup>3</sup>, serait le fruit de l'industrialisation tardive de la société brésilienne. Conséquence inévitable du procès d'accumulation capitaliste - produit de l'Histoire en quelque sorte - cette législation serait indépendante de toute volonté gouvernementale. En contrepoint de cette lecture « marxiste », la thèse de ce que l'on pourrait appeler un « consensus corporatif » accorde un rôle excessif à l'intervention corporative de l'Etat et à son impact négatif sur la conscience et l'auto-organisation des travailleurs.

---

<sup>2</sup> PARANHOS, Adalberto, ROUBO DA FALA, O. *Origens da ideologia do trabalhismo no Brasil*, São Paulo : Boitempo Editorial, 2000.

<sup>3</sup> NEDER, Gizlene. *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil*. Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1995.



Le modèle légal brésilien est ainsi facilement associé au modèle italien de la Carta del Lavoro fasciste, qui serait à la base du modèle légal brésilien, ce qui alimente une critique axée sur son caractère autoritaire.

Enfin, en prenant « l'idéologie comme base »<sup>4</sup>, on impute la formation de la législation sociale au cynisme et à la « mauvaise foi » de la classe dirigeante ainsi qu'à la clairvoyance de Getúlio Vargas<sup>5</sup>. Selon cette interprétation, ce dernier aurait su anticiper les revendications ouvrières et utiliser les concessions législatives pour édifier une bureaucratie, un Etat fort et centralisé. En contrepoint idéologique, il serait possible de comprendre la législation sociale comme le fruit d'une philosophie politique de l'élite, le positivisme. La nouvelle société serait ainsi bâtie sur l'idée de coopération des classes et la notion « comtienne » d'incorporation du prolétariat à la vie moderne<sup>6</sup>.

En dépit de leurs différences, ces explications convergent quant à l'essence de la politique sociale. Elle aurait été bâtie « à partir de la combinaison de mécanismes régulatoires et disciplinaires ainsi que de concessions patrimoniales et politiques, dont les objectifs étaient : de coopter pour désamorcer les oppositions, de diviser pour mieux contrôler, d'utiliser les normes pour ôter aux conflits collectifs leur poids idéologique, et d'utiliser un mécanisme d'accréditation officielle des syndicats pour les maintenir sous le contrôle de la bureaucratie gouvernementale »<sup>7</sup>.

Or, la justice du travail est fondamentale dans ce scénario pour opérer une médiation entre la politique sociale et les actions en justice des travailleurs, qu'elles soient individuelles ou collectives. Elle établit l'espace où les demandes doivent être formulées en leur imposant des limites et des formes juridiques. Puisqu'il s'agit d'une juridiction tournée vers la pacification de la lutte des classes, elle peut ainsi devenir un espace symbolique où l'antagonisme et les conflits s'évanouissent. Cette médiation est alors assumée par les « représentants de classe » - c'est-à-dire, les

---

<sup>4</sup> FRENCH, John. *Afogados em Leis. A CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo : Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

<sup>5</sup> Président de la République de 1930 à 1945, puis à nouveau de 1950 à 1954.

<sup>6</sup> FRAGALE FILHO, Roberto. *A Aventura Política Positivista : Um projeto republicano de tutela*. São Paulo : Editora LTr, 1998.

<sup>7</sup> EDUARDO FARIA, José. *Os novos desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo : Editora LTr, 1995.

représentants des employeurs et des salariés - qui siègent dans les Juntas de conciliation et de jugement (JCJ), chargées de traiter les demandes individuelles, et dans les Tribunaux régionaux du travail (TRT) appelés à statuer sur les actions collectives et les recours contre les décisions des Juntas ; mais qui siègent aussi au Tribunal Supérieur du Travail (TST). Ce dernier a, en tant que juridiction supérieure, statué sur les pourvois contre les décisions en matière collective mais est aussi chargé d'unifier la jurisprudence en matière de droits individuels. Il reste que, dans toutes ces juridictions, on retrouve, à côté des « représentants de classe », des magistrats professionnels, censés assurer le fondement juridique des décisions.

Malgré l'absence de légitimité des « représentants de classe » (qui étaient en fait choisis par les présidents des Tribunaux), ce schéma a été maintenu pendant presque soixante ans. Conçu pendant la période de Getúlio Vargas (1930-1945), il a réussi à s'adapter à la démocratisation de l'après-guerre, puis à la période militaire (1964-1985), soit à trois régimes constitutionnels successifs (1946, 1967 et 1988). Cette capacité d'adaptation ne lui a pourtant pas permis de résister aux plus récentes transformations du rôle de l'Etat. Depuis la promulgation, en décembre 1999, de l'amendement constitutionnel n° 24, la justice du travail connaît une nouvelle organisation institutionnelle dans laquelle la « représentation des classes » est absente. Ainsi est-elle devenue une justice professionnelle, sans aucun représentant des justiciables. Cela invite à poser quelques questions relatives à sa structure (I), ses compétences (II), le contentieux qu'elle traite (III) et ses procédures (IV).

## I. LA STRUCTURE

La Justice du travail brésilienne comporte trois degrés : les juntas de conciliation et jugement (JCJ), les tribunaux régionaux du travail (TRT) et le tribunal supérieur du travail (TST).

Jusqu'à la réforme de 1999, les représentants « classistes », dont le mandat était de trois ans, étaient présents dans des proportions différentes aux trois niveaux. Chaque junta de conciliation et jugement était composée d'un représentant des travailleurs, d'un représentant des employeurs, et d'un juge professionnel qui la présidait. La décision était proposée par ce dernier

et soumise à la délibération des représentants de classe. Quatre possibilités pouvaient alors être envisagées : l'accord de ces deux représentants avec la solution proposée, l'accord d'un seul avec cette solution, l'accord de ces représentants sur une solution différente, le désaccord complet au sein de la juridiction chacun des représentants soutenant une solution, différente de celle proposée par le magistrat. La règle de procédure imposant l'obtention d'une majorité, dans les deux premières hypothèses prévalait la décision proposée par le président, et dans le troisième cas de figure la décision conçue par les « représentants classistes ». Mais, dans la dernière hypothèse, en l'absence de toute majorité, prévalait la solution proposée par le magistrat, censé avoir une connaissance technique du droit, donc apte à concevoir la solution la plus adéquate du litige. Dans tous les cas de figure, la rédaction de la décision incombait au président, également responsable de son exécution.

La composition des tribunaux régionaux du travail était en partie fournie par la représentation des « classes », avec un nombre égal de travailleurs et d'employeurs. Mais, tandis que le Tribunal de l'Etat de Rio de Janeiro comptait dix-huit « représentants de classe » sur un total de cinquante quatre personnes, il n'y en avait que deux sur huit dans le Tribunal de l'Etat d'Amazonas. Le principe constitutionnel selon lequel chaque Etat possède son Tribunal Régional n'était et n'est toujours pas appliqué dans l'Etat de São Paulo, où deux Tribunaux sont établis respectivement à São Paulo et à Campinas, le premier avec vingt deux représentants de classe sur soixante quatre personnes, le second avec douze sur trente six.

Les tribunaux régionaux pouvaient être divisés en chambres, composées chacune de trois magistrats et de deux « représentants de classe », dans le respect de l'exigence de parité entre ces derniers. Elles ne pouvaient fonctionner sans la présence de trois membres au moins, dont ces deux représentants. Mais, si ces derniers pouvaient participer à toutes les délibérations, quelques tribunaux établissaient des restrictions à leur participation en qualité de rapporteur des procédures judiciaires ; au surplus, ils ne pouvaient accéder aux postes de direction et d'administration. On retrouvait cette même interdiction au Tribunal Supérieur du Travail, dont la composition prévoyait la présence de dix représentants de classe, dans le respect de la parité.

La « représentation de classe » ne faisait pourtant pas l'unanimité. D'abord très utile au contrôle des travailleurs par le pouvoir exécutif, elle a été contestée à plusieurs égards depuis l'insertion de la Justice du Travail dans le Pouvoir Judiciaire en 1946. Ces critiques ont notamment mis en avant le défaut de connaissances techniques et juridiques des représentants des justiciables, les nominations malencontreuses, le gaspillage de l'argent public (ces représentants étaient rémunérés par l'Etat). C'est que, plus fondamentalement, la présence des « représentants de classe » heurtait la tradition judiciaire brésilienne et rendait donc plus difficile l'incorporation de ces juridictions du travail au Pouvoir Judiciaire, pourtant décidée par la loi. Les magistrats du travail professionnels faisaient figure, pour bien d'autres magistrats, de juges de deuxième catégorie, traitant une matière peu « noble » avec le concours de juges illégitimes puisque non professionnels. En prônant la suppression de la « représentation de classe », les magistrats du travail aspiraient à s'intégrer davantage à ce Pouvoir Judiciaire.

Cette structure a été bouleversée par l'amendement constitutionnel n° 24 du 9 décembre 1999, supprimant la « représentation de classe » dans la justice du travail. Ainsi, les juntas de conciliation et jugement, désormais dénommées varas du travail, sont devenues des juridictions de magistrats professionnels, dites « singulières » parce qu'unipersonnelles. Par ailleurs, la composition du Tribunal Supérieur du Travail a été réduite à dix-sept magistrats. Mais, si cette réforme a entraîné la suppression des postes dans l'organigramme de l'administration publique, cette conséquence n'a pas été tirée en ce qui concerne les tribunaux régionaux du travail : en l'absence d'indication claire du texte de l'amendement constitutionnel, le Tribunal Supérieur du Travail a considéré que les postes en cause n'avaient pas été supprimés, mais qu'avait seulement disparu l'obligation de les pourvoir par des « représentants de classe ». Le Tribunal Régional de Rio de Janeiro se refuse toutefois, depuis deux ans, à envoyer toute liste de candidats à ces postes. Cette position minoritaire doit bientôt faire l'objet d'une appréciation définitive de la part des juridictions supérieures. Il reste que la « représentation de classe » a été supprimée, et que le profil de la justice du travail brésilienne s'en est trouvé profondément changé. Il faudra probablement quelques années pour évaluer les résultats de l'intégration de la justice du travail au Pouvoir Judiciaire.

## **II. LES COMPÉTENCES**

Selon l'article 114 de la Constitution Fédérale de 1988, la justice du travail a mission de concilier et juger les litiges individuels et collectifs entre travailleurs et employeurs, ainsi que tous les différends découlant d'une relation de travail et les litiges relatifs à l'exécution de ses propres décisions. Malgré la généralité de sa rédaction, le texte a toujours été interprété de façon restrictive : les aspects pénaux et fiscaux de la relation de travail et les accidents du travail ont toujours été exclus de la compétence des juridictions du travail pour relever soit de la justice fédérale soit de la justice des Etats. En schématisant, on pourrait dire que la justice du travail a compétence pour statuer sur les litiges opposant directement travailleurs et employeurs, mais non sur les questions indirectes liées aux multiples aspects du rapport de travail.

Or, la professionnalisation croissante de la justice du travail s'est accompagnée d'une forte demande d'extension de sa compétence, afin que celle-ci embrasse tous les différends découlant de la relation de travail. La jurisprudence désormais dominante considère qu'elle est compétente pour statuer sur les questions concernant le défaut d'inscription du salarié au programme d'intégration sociale (système de participation des travailleurs aux bénéfices des entreprises) et la privation des allocations d'assurance chômage, lorsque cela résulte d'un manquement ou d'une carence de l'employeur<sup>8</sup>. Par ailleurs, les juridictions du travail commencent à affirmer leur compétence en matière de réparation des dommages moraux engendrés dans la relation de travail. La jurisprudence antérieurement dominante soutenait que ce type de litige relevait du juge civil parce que les éventuels dommages relevaient des droits de la personnalité et n'étaient pas liés à la relation de travail. Opérant revirement de jurisprudence, une décision du Tribunal Fédéral Suprême (STF) a estimé que la compétence revenait aux juridictions du travail indépendamment de la nature de la règle appliquée, qu'elle soit civile ou « travailliste », parce que la compétence découle de l'existence d'une relation de travail. En outre, depuis décembre 1998, en vertu de l'amendement constitutionnel n° 20, la Justice du Travail est aussi compétente pour veiller à l'exécution des contributions dues à la sécurité sociale en conséquence de ses propres décisions.

---

<sup>8</sup> Enoncé 300 et Orientations Jurisprudentielles 210 et 211 du Tribunal Supérieur du Travail.

La compétence des juridictions du travail est donc en cours d'élargissement par voie jurisprudentielle comme par voie législative. Cependant, deux questions au moins restent controversées : la compétence relative aux compléments de pension payés par les fonds de pension privés et sa compétence limitée s'agissant des litiges entre fonctionnaires et Administration publique.

S'agissant du premier point, la jurisprudence dominante reconnaissait la compétence de la Justice du travail au motif que le litige procédait de la relation de travail, puisque, dans la plupart des affaires, est en cause un fonds de pension lié à l'employeur, auquel le travailleur adhère au moment de l'embauchage et auquel les contributions sont versées par l'employeur. Telle était la position adoptée par la grande majorité des décisions judiciaires, bien qu'elle n'ait jamais été confortée par un énoncé ou une orientation jurisprudentielle<sup>9</sup>. Mais le débat a été récemment relancé par l'amendement constitutionnel n° 20 (relatif à l'art. 2002 de la Constitution Fédérale consacré à la prévoyance sociale), disposant que les avantages découlant de l'adhésion au fonds de pension ne s'intègrent pas au contrat de travail. Dès lors, peut-on dire encore que les litiges en la matière se rapportent au contrat de travail ? Les prises de position des différents tribunaux sont trop divergentes, pour que l'on puisse parler aujourd'hui d'une réponse jurisprudentielle. Il nous semble toutefois que le raisonnement suivi pour résoudre la question de compétence relative aux demandes de réparation d'un dommage moral peut être logiquement transposé ici : peu importe la nature de la règle à appliquer, dès lors que le litige s'avère lié au rapport de travail.

La compétence en matière de litiges du travail entre fonctionnaires et Administration publique est résiduelle. La Justice du travail n'est compétente que si les faits sont antérieurs à l'adoption du Statut du fonctionnaire public en décembre 1990. Comme le recrutement de fonctionnaires par contrat de travail n'est plus possible et que la prescription en matière de travail est de cinq ans, cette compétence se limite aujourd'hui aux exécutions de décisions

---

<sup>9</sup> Le Tribunal Supérieur du Travail peut, en formation plénière, édicter des énoncés (procédé, classique dans la Justice brésilienne, des *sumulas*, littéralement « brefs résumés »), qui expriment synthétiquement la jurisprudence uniforme, consolidée à propos d'une question de droit, ainsi que des orientations jurisprudentielles, qui représentent la jurisprudence réitérée des Chambres du Tribunal, mais sans l'uniformité requise pour les *Enoncés*.

antérieures. Il est permis de penser que l'Administration a préféré soustraire les différends avec ses agents à des magistrats dont la culture serait trop « ouvrière » ; mais cette exclusion ne concerne pas les entreprises publiques, qui relèvent de « l'Administration indirecte » et restent sans aucun doute soumises à la Justice du travail.

### III. LE CONTENTIEUX

Le contentieux du travail peut être examiné sur le plan quantitatif puisque, depuis sa création, la Justice du travail tient des statistiques assez fiables. Celles-ci révèlent une impressionnante croissance des demandes qui pousse l'activité juridictionnelle vers l'impasse. Le nombre de ces demandes a en effet progressé de façon exponentielle.

#### ÉVOLUTION DES DEMANDES À LA JUSTICE DU TRAVAIL 1941-2001

Période	Reçues	Réglées
1941-1945	163.128	146.790
1946-1950	346.609	341.981

<b>1951-1955</b>	538.238	467.245
<b>1956-1960</b>	713.107	699.799
<b>1961-1965</b>	1.316.566	1.256.030
<b>1966-1970</b>	2.356.958	2.121.203
<b>1971-1975</b>	2.042.441	1.945.653
<b>1976-1980</b>	3.037.948	2.762.994
<b>1981-1985</b>	4.232.785	3.913.091
<b>1986-1990</b>	5.582.119	4.967.282
<b>1991-1995</b>	9.744.846	8.981.483
<b>1996-2000</b>	11.979.148	12.016.795
<b>2001</b>	2.272.760	2.380.907
<b>Total</b>	42.053.893	39.620.346

Si une observation attentive révèle que cette croissance a été lente mais sûre, l'année 1999 marque néanmoins un tournant avec une légère décroissance du volume annuel de demandes.

**EVOLUTION DES DEMANDES  
JUSTICE DU TRAVAIL  
1990-2001  
(chiffres annuels)**

<b>Année</b>	<b>Reçues</b>	<b>Réglées</b>
<b>1990</b>	1.399.332	1.203.089



<b>1991</b>	1.730.090	1.437.422
<b>1992</b>	1.799.992	1.540.851
<b>1993</b>	1.882.388	1.816.164
<b>1994</b>	2.048.944	2.067.129
<b>1995</b>	2.283.432	2.119.917
<b>1996</b>	2.396.040	2.281.044
<b>1997</b>	2.441.272	2.421.519
<b>1998</b>	2.475.630	2.453.948
<b>1999</b>	2.399.564	2.461.270
<b>2000</b>	2.266.642	2.399.014
<b>2001</b>	2.272.760	2.380.907

La répartition par niveaux de l'appareil de la Justice du travail enseigne que, dans les varas du travail, cette tendance s'est manifestée de façon identique, y compris la baisse du nombre de demandes à partir de 1998. En revanche, le mouvement d'augmentation des demandes n'a pas fléchi pour les tribunaux régionaux du travail, tandis que, s'agissant du Tribunal supérieur du travail, l'oscillation depuis 1997 est frappante.

**ÉVOLUTION DES DEMANDES  
TRIBUNAL SUPÉRIEUR DU TRAVAIL  
DÉCENNIE 1990-2000**

<b>Année</b>	<b>Reçues</b>	<b>Réglées</b>
<b>1990</b>	20.276	20.473
<b>1991</b>	22.039	24.713
<b>1992</b>	24.758	28.447
<b>1993</b>	34.408	35.938
<b>1994</b>	65.792	44.695

<b>1995</b>	93.484	56.033
<b>1996</b>	106.730	57.863
<b>1997</b>	91.853	87.607
<b>1998</b>	131.415	111.814
<b>1999</b>	115.870	121.181
<b>2000</b>	125.484	98.808
<b>2001</b>	114.615	102.788

**ÉVOLUTION DES DEMANDES  
TRIBUNAUX RÉGIONAUX DU TRAVAIL  
DÉCENNIE 1990-2000**

<b>Année</b>	<b>Reçues</b>	<b>Réglées</b>
<b>1990</b>	145.646	129.379
<b>1991</b>	211.222	149.217
<b>1992</b>	257.318	174.418
<b>1993</b>	312.379	272.271
<b>1994</b>	358.498	346.248
<b>1995</b>	363.576	358.832
<b>1996</b>	348.240	358.427
<b>1997</b>	367.857	411.545
<b>1998</b>	385.621	413.502
<b>1999</b>	406.672	421.048
<b>2000</b>	418.378	403.026
<b>2001</b>	415.574	478.104

**ÉVOLUTION DES DEMANDES  
VARAS DU TRAVAIL  
DÉCENNIE 1990-2000**

<b>Année</b>	<b>Reçues</b>	<b>Réglées</b>
<b>1990</b>	1.233.410	1.053.237
<b>1991</b>	1.496.829	1.263.492
<b>1992</b>	1.517.916	1.337.986

<b>1993</b>	1.535.601	1.507.955
<b>1994</b>	1.624.654	1.676.186
<b>1995</b>	1.826.372	1.705.052
<b>1996</b>	1.941.070	1.864.754
<b>1997</b>	1.981.562	1.922.367
<b>1998</b>	1.958.594	1.928.632
<b>1999</b>	1.877.022	1.919.041
<b>2000</b>	1.722.780	1.897.180
<b>2001</b>	1.742.751	1.800.015

Les statistiques du Tribunal Régional du Travail de l'Etat de Rio de Janeiro traduisent la croissance du volume d'affaires pendant la décennie 1990-2000, malgré un léger recul en 1993, puis une décroissance à partir de 1999. Cette tendance peut aussi être constatée à l'analyse des chiffres d'une vara du travail de cet Etat.

**ÉVOLUTION DES DEMANDES  
VARAS DU TRAVAIL  
TRIBUNAL RÉGIONAL DU TRAVAIL DE L'ETAT DE RIO DE  
JANEIRO  
DÉCENNIE 1990-2000**

<b>Année</b>	<b>Reçues</b>	<b>Réglées</b>
<b>1990</b>	173.141	149.932
<b>1991</b>	187.917	149.914
<b>1992</b>	196.298	160.888
<b>1993</b>	179.788	195.322

<b>1994</b>	195.765	213.998
<b>1995</b>	213.251	204.822
<b>1996</b>	240.861	218.514
<b>1997</b>	247.178	230.780
<b>1998</b>	255.481	248.010
<b>1999</b>	252.878	244.136
<b>2000</b>	233.830	260.577
<b>2001</b>	228.969	235.016

**ÉVOLUTION DES DEMANDES  
33<sup>e</sup> VARA DU TRAVAIL <sup>10</sup>  
TRIBUNAL RÉGIONAL DU TRAVAIL DE L'ÉTAT DE RIO DE  
JANEIRO  
1997-2001**

<b>Année</b>	<b>Reçues</b>
<b>1997</b>	2.715
<b>1998</b>	2.327
<b>1999</b>	2.160
<b>2000</b>	2.024
<b>2001</b>	2.197

Bien que l'on observe une oscillation, voire une baisse du nombre de demandes, ces chiffres attestent globalement une croissance du volume d'affaires soumises à la Justice du travail. Mais ces affaires n'ont pas toujours présenté le même profil ; celui-ci a évolué en fonction des politiques publiques et des transformations du travail. C'est ce qu'enseigne l'examen du contentieux individuel d'un point de vue qualitatif. Par exemple, si l'on met l'activité contentieuse en rapport avec l'évaluation du régime de protection des travailleurs face au licenciement, trois périodes peuvent alors être distinguées dans cette trajectoire : de la création de la Justice du travail à 1966, de 1966 à 1988 et de 1988 à nos jours.

---

<sup>10</sup> Vara dont est chargé l'auteur.

La fin de la première période peut être fixée à 1966 parce qu'il n'y avait, jusqu'à cette date, qu'un seul régime de protection contre le licenciement : celui dit « de la stabilité de l'emploi ». En effet, tout salarié comptant plus de dix ans d'ancienneté dans l'entreprise ne pouvait être licencié, sauf « juste cause »<sup>11</sup> constatée par une enquête judiciaire. Le contentieux, alors, portait essentiellement sur le bénéfice de ce régime, c'est-à-dire sur l'accès à la stabilité. Une question récurrente apparaissait parmi toutes celles soumises aux juridictions : comment comptabiliser les dix ans ? Ainsi fut-il établi que les périodes discontinues devaient être additionnées (sauf celles ayant pris fin par licenciement pour « juste cause »<sup>12</sup>), ou le licenciement prononcé au cours de la dixième année devait être présumé effectué pour empêcher l'acquisition de la stabilité.<sup>13</sup> La jurisprudence de cette période révélait une culture judiciaire favorable au salarié, adaptée à une politique de conciliation du conflit entre classes sociales.

Or, les années cinquante ont été marquées par une industrialisation rapide et intense, avec l'ouverture du marché national à des entreprises étrangères confrontées à une législation sociale jugée « trop rigide ». Deux arguments différents ont alors été développés pour critiquer ce régime de l'emploi : la perte de productivité avérée du salarié devenu stable, et la « nécessité » dans laquelle se trouvait placé l'employeur de « contourner » la loi afin d'éviter l'accès à la stabilité ou le coût trop élevé du licenciement. Bien qu'on ne dispose d'aucune preuve empirique de ces effets pervers, ces arguments ont été mobilisés pour justifier l'adoption de la loi n° 5.107 du 13 septembre de 1966, créant le « Fonds de garantie du temps de service » (FGTS). Il s'agit là d'un système alternatif de protection contre le licenciement, qui consiste pour l'employeur à créer un fonds au bénéfice du salarié, fonds alimenté par un versement mensuel égal à 8% de la

---

<sup>11</sup> Selon les art. 492 et suiv. de la Consolidation des Lois du Travail (CLT), le salarié comptant plus de dix ans de services ne peut être licencié que pour force majeure ou faute grave (définie par référence à un autre article fixant une liste de « justes causes » de rupture du contrat par l'employeur, et dont la répétition ou la nature rend impossible le maintien du salarié sans dommage pour l'entreprise) dûment vérifiée ; le salarié accusé d'une telle faute grave peut être suspendu de ses fonctions, mais la rupture du contrat ne peut survenir qu'après enquête par la juridiction du travail permettant de vérifier le bien-fondé de cette accusation ; si cette faute n'est pas vérifiée, le salarié doit être réintégré dans son emploi avec versement des salaires correspondant au temps de la suspension.

<sup>12</sup> Enoncés 21 et 138 du Tribunal Supérieur du Travail.

<sup>13</sup> Enoncé 26 du Tribunal Supérieur du Travail.

rémunération : en cas de licenciement, le travailleur peut percevoir l'équivalent des sommes versées au cours de l'exécution du contrat de travail, augmenté d'un dernier versement égal à 10% du solde. Même si les deux régimes de protection coexistaient, le régime de la stabilité allait, dans les faits, décliner rapidement. En effet, si le choix revenait au salarié, celui-ci devait décider de l'option au moment de l'embauche, ce qui faisait peser une évidente contrainte sur la personne désireuse d'obtenir un emploi. De fait, depuis les années soixante-dix, la plupart des salariés « optaient » pour le système du FGTS.

L'applicabilité désormais résiduelle du régime de la stabilité et l'augmentation du taux de rotation de la main-d'œuvre allaient induire un changement dans la nature du contentieux du travail. Dans une deuxième période, le contentieux de la stabilité a ainsi cédé la place à des demandes indemnitaires fondées sur des manquements de l'employeur au cours du contrat de travail. Le contentieux portait alors essentiellement sur le défaut de formalisation du contrat du travail, le non paiement d'heures supplémentaires effectuées, le paiement de salaires sans écriture comptable. Au cours des années quatre-vingt, une autre catégorie de litiges est venue s'ajouter aux précédentes : les demandes découlant des nombreux plans économiques qui se sont succédés à partir du « Plan Cruzado » en 1986. De très nombreuses décisions accordant des indemnités ont alors permis à des travailleurs de récupérer les pertes salariales découlant, soit des fautes commises par les employeurs, soit de la politique économique du Gouvernement.

La troisième phase s'ouvre en octobre 1988 avec la promulgation de la Constitution Fédérale, qui abolit définitivement le régime de la stabilité, et ne laisse subsister que celui du FGTS. Pour obtenir l'assentiment des constituants, divisés entre partisans de la disparition et du retour du régime de la stabilité, le texte final a, dans ses dispositions transitoires, augmenté le montant de l'indemnisation due en cas de licenciement pour le porter à 40% du solde du compte de FGTS. La disparition complète du régime de la stabilité, associée aux transformations du travail, a suscité un nouveau changement dans la nature du contentieux individuel. Avec l'intensification du processus d'extériorisation de la main-d'œuvre, on a pu constater une augmentation des demandes tendant à faire reconnaître l'existence d'un contrat de travail entre défendeur et demandeur. Le contentieux, auparavant centré sur la rémunération et la durée du travail, s'est en partie déplacé pour faire plus grande place aux différends sur la nature de la prestation de

services et les limites de son exécution. Le contentieux porte essentiellement : la subordination, des modifications qualitatives et quantitatives du contrat de travail et le partage de responsabilité (solidaire ou subsidiaire) entre des entrepreneurs partenaires dans des opérations d'extériorisation.

Il est possible de dire que le contentieux collectif a connu une évolution comparable à celle du contentieux individuel. Si l'on se réfère à la trajectoire du « pouvoir normatif » de la Justice du travail, on constate que les différends collectifs sont également passés par trois moments distincts : de la création de cet appareil aux années soixante, des années soixante à la première moitié des années quatre-vingt et de la deuxième moitié des années quatre-vingt à aujourd'hui.

Il incombait en effet à la Justice du travail, dans l'exercice de son « pouvoir normatif », de fixer les augmentations salariales en cas de litiges collectifs. Or, pendant la première période, elle a fait grand usage de ce pouvoir, jouant ainsi un rôle très actif dans la politique salariale nationale. Mais, cela compliquant la politique économique, dans la première moitié des années soixante, diverses mesures légales sont venues réserver les décisions en la matière au Gouvernement. Le Ministère des Finances a dès lors joué un rôle beaucoup plus actif dans l'élaboration de la politique salariale, tandis qu'était institué un système universel de sécurité sociale (jusqu'alors éclatée entre les diverses activités professionnelles). Aussi, même si la Justice du travail a conservé son « pouvoir normatif », celui-ci s'est trouvé affaibli par cette concentration de la décision entre les mains de l'exécutif. A partir de la seconde moitié des années quatre-vingts, par l'effet conjugué des plans économiques successifs destinés à faire face à l'inflation galopante et de nouvelles règles de procédure accentuant le formalisme des litiges collectifs, le « pouvoir normatif » est devenu presque abstrait, sans rapport avec son importance antérieure. Bref, la Justice du travail ne joue presque plus aucun rôle dans la définition de la politique salariale.

Il ne serait pas excessif de conclure que les affaires individuelles - tributaires d'une précarité croissante - prennent le pas sur les affaires collectives dans l'activité de la Justice du travail. Ce qui peut en partie expliquer l'explosion contentieuse révélée par l'analyse quantitative. Cette prépondérance de l'individuel dans un contexte marqué par les changements du travail peut aussi expliquer la nature présente du contentieux d'un

appareil asphyxié par la quantité des demandes. Pour faire face à ce problème, quelques solutions de procédure ont alors été envisagées.

#### IV. LES PROCÉDURES

En 2000, deux lois ont introduit d'importantes innovations dans la procédure réglée par la Consolidation des lois du travail : la « procédure sommaire », créée par la loi n° 9957, et les Commissions de conciliation préalable (CCP), établies par la loi n° 9958.

La « procédure sommaire » s'applique aux demandes dont le montant est inférieur à quarante salaires minimums<sup>14</sup>. Elle exclut la citation par « avis » écrit et impose que le règlement du litige en première instance - par la vara du travail - intervienne dans un délai maximum de quinze jours à compter de l'introduction de la demande. Tous les actes sont concentrés en une seule audience, dont la transcription par le secrétariat ne doit enregistrer que les actes essentiels, les prétentions et les affirmations fondamentales des parties, les informations livrées par les témoins utiles à la solution de l'affaire. Par ailleurs, le magistrat doit mentionner dans sa décision les éléments qui ont contribué à la formation de sa conviction sans être tenu de relater l'affaire.

Le régime de la « procédure sommaire » comporte une autre disposition significative : pourvu qu'il respecte « les fins sociales de la loi et les exigences du bien commun », le magistrat doit adopter la décision qu'il estime la plus juste et équitable. Or, l'équité a toujours été traitée par le droit brésilien comme une source hiérarchiquement inférieure à la loi, ce qui ne permettait de l'invoquer qu'à titre subsidiaire, le recours à l'équité n'étant fondé qu'en cas de lacune de la loi. Le nouveau dispositif légal marque une subtile rupture avec cette tradition juridique, puisque la décision doit, certes, être conforme à la loi mais doit aussi être « juste et équitable ». Si cette innovation ouvre une intéressante perspective sur le plan de la politique judiciaire, elle ne vaut toutefois que pour les litiges dont l'enjeu pécuniaire est inférieur à quarante salaires minimums. Au demeurant, la « procédure sommaire » existe depuis trop peu de temps pour que l'on puisse déjà mesurer son impact sur la Justice du travail.

---

<sup>14</sup>Cela correspond aujourd'hui à 7.200 reais, soit à peu près 2.600 euros



Les Commissions de conciliation préalable (CCP) peuvent, quant à elles, être constituées par les entreprises et les syndicats pour tenter un règlement amiable des litiges individuels du travail. Elles doivent avoir une composition paritaire, avec un minimum de deux et un maximum de dix membres, lorsqu'elles sont implantées dans les entreprises. Pour les Commissions établies dans le cadre des syndicats, la composition et les règles de fonctionnement doivent être fixées par la convention ou l'accord collectif. Si l'accord de conciliation, qui bénéficie de l'autorité de la chose jugée, n'est pas respecté par l'une des parties, son exécution incombe directement à la Justice du travail. Mais, la plus importante innovation introduite dans le droit du travail brésilien par la création des CCP est l'obligation imposée aux parties au rapport de travail de se soumettre à cette tentative de conciliation avant tout recours contentieux. Autrement dit, le procès ne peut pas être engagé sans le passage préalable et obligatoire par la CCP. Un grand débat s'est ouvert, entre les diverses instances de la Justice du travail, quant à la constitutionnalité de cette innovation, puisque la Constitution de 1988 énonce, au titre des droits et garanties fondamentaux, qu'aucune loi ne peut faire obstacle à l'appréciation d'une menace ou de la lésion d'un droit par le Pouvoir Judiciaire. Le Tribunal fédéral suprême (STF) a été saisi, mais n'a pas encore tranché cette question. Toutefois, son refus de prendre une mesure d'urgence pour suspendre les effets de la loi sur les CCP constitue sans doute un indice de son accord avec l'esprit de la loi. Cela convainc que les CCP ont assez profondément modifié le profil de la Justice du travail, parce qu'elles permettent la constitution d'un nouvel espace institutionnel pour la participation des représentants des employeurs et des salariés et visent à réduire le volume des demandes soumises aux juridictions.

Cet allègement quantitatif est aussi recherché par la troisième innovation de procédure qu'il convient ici de mentionner, à savoir la Mesure Provisoire n° 2226 de septembre 2001. Cet acte dispose que pour être examinés les pourvois en cassation soumis au Tribunal supérieur du travail doivent, présenter par leurs conséquences générales de nature économique, politique, sociale ou juridique un intérêt transcendant le cas d'espèce. Par ailleurs, il revient au TST d'adopter des règles de procédure propres à assurer, d'une part, la possibilité pour les demandeurs de soutenir oralement leur recours, d'autre part, l'exposé des fondements de l'appréciation de cette « transcendance ». Or, si une fois de plus, des discussions s'élèvent à propos de la constitutionnalité de cette nouvelle norme, sans que réponse ait encore

été apportée par le Tribunal fédéral suprême, il importe que la « transcendance » soit précisément définie sous peine de voir s'imposer un critère d'admissibilité des pourvois très restrictif. Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue le statut précaire des mesures provisoires qui, pour devenir lois, doivent faire l'objet d'une validation par le Congrès National. Comme elles ne sont en vigueur que pour une brève période, elles doivent, si elles ne sont pas validées, être renouvelées par le Gouvernement. Cela est source d'une insécurité juridique considérable qu'il faudrait éviter à tout prix.

Ces trois innovations procédurales sont encore trop récentes pour autoriser une appréciation définitive. Il n'empêche qu'elles constituent autant de tentatives législatives de réduire le volume des demandes soumises à la Justice du travail.

## CONCLUSION

La Justice du travail a joué un rôle très complexe dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques du pays. Dans un premier temps, elle a activement participé à la politique nationale en raison de sa position fondamentale dans les institutions destinées à servir la nation. Elle a contribué, à la fois, à la fixation des travailleurs dans l'espace urbain et, en établissant une logique de conciliation, à la réduction des revendications ouvrières. Dans une deuxième phase, elle a subi l'impact d'un profond changement de la politique économique, dorénavant marquée par l'insertion dans le capitalisme international et l'industrialisation croissante. Enfin, dans la période présente, elle paraît tributaire d'un environnement très instable, marqué par de profondes transformations du travail. La nature de son action s'est, en conséquence, modifiée. Si elle n'est plus ce qu'elle était il y a une soixantaine d'années, dans quelle direction s'oriente-t-elle ?

Se livrer à un exercice prospectif peut sembler être assez commode mais est aussi assez risqué. Pourtant, nous ne renoncerons pas à l'exercice. Il nous semble en effet que le parcours ci-dessus décrit suggère que nous nous orientons vers une double flexibilisation : l'une concernant le droit substantiel, l'autre l'intervention juridictionnelle.

La flexibilisation du droit substantiel repose sur l'importance croissante reconnue à l'individu, perçu comme sujet autonome de droit, apte

à contracter sans restriction, ce qui se traduit par une extension de la liberté contractuelle dans les rapports de travail au détriment de la protection collective qui est à la base du droit social. Cela signifie-t-il que nous sommes en train de revenir à la logique du contrat civil de louage de services ? Nous ne le croyons pas. Mais, force est de constater que s'est récemment produit un affaiblissement de la protection sociale, ce qui peut conduire, en exagérant à peine, à voir désormais dans le droit du travail une simple régulation juridique d'une politique purement économique de l'emploi.

La flexibilisation de l'intervention juridictionnelle apparaît à travers les innovations récemment conçues dans l'espoir de réduire le nombre d'affaires soumises à la Justice du travail. Or, on peut identifier deux positions idéales typiques (au sens weberien du terme) qui sont comme les extrêmes de l'éventail des conceptions de la réforme de cette justice. La première considère que cette justice ne connaît pas de problèmes de fond mais souffre d'un déficit de moyens en personnel, infrastructure, finances, tandis que, selon la seconde estime qu'elle souffre d'un déficit démocratique, c'est-à-dire d'un manque d'accountability par rapport à la société. Puisque les récentes modifications de la procédure tendent à pallier l'absence de moyens sans toucher aux questions de fond, c'est qu'est mise en œuvre la première de ces conceptions de la réforme. Choix regrettable car la Justice - y compris celle du travail - devient ainsi une affaire de chiffres et non d'hommes et femmes. C'est pour eux, pourtant, qu'elle existe.





**Anna CHAPMAN**

*Centre de Droit du Travail et des Relations Sociales*

*Faculté de Droit*

*Université de Melbourne*

## **VIE PRIVÉE ET SURVEILLANCE SUR LE LIEU DE TRAVAIL EN AUSTRALIE**

### **RESUMÉ**

Depuis une dizaine d'années, les employeurs australiens sont devenus des utilisateurs enthousiastes des technologies de surveillance électronique sur le lieu de travail. Ils utilisent ces technologies non seulement pour protéger leurs biens contre le vol et les dommages qui peuvent être causés par les salariés et des tiers, mais aussi pour contrôler les performances du salarié. La technologie utilisée en Australie comprend du matériel de vidéo et d'audio surveillance, des systèmes informatiques permettant aux employeurs d'avoir accès au courrier électronique, à l'Internet, à l'Intranet, aux systèmes téléphoniques utilisés par les salariés et d'en contrôler l'utilisation ; des portes électroniques permettent aussi aux employeurs de suivre le déplacement des salariés dans les locaux et des systèmes informatiques enregistrent la vitesse de frappe des opérateurs d'ordinateur.

### **SUMMARY**

In the last ten years Australian employers have become enthusiastic users of electronic surveillance technology in their workplaces. They use this technology both to protect their property against theft and damage by employees and others, and to monitor employee performance. The technology being used in Australia includes video and audio surveillance equipment, computer systems that enable employers to access and monitor employee use of email, internet, intranet and telephone systems, electronic door passes that enable employers to track the movement of employees around the premises, and computer systems that record the keystroke speed of computer operators.

En Australie, depuis environ une dizaine d'années, les employeurs installent et utilisent de plus en plus des technologies de surveillance. En 1995, une enquête du gouvernement concluait « qu'il est clair que les caméras vidéos sont devenues pour les moyennes et grandes organisations une caractéristique classique des systèmes de sécurité [dans l'Etat du New South Wales] »<sup>1</sup>. Les technologies de surveillance électronique en Australie comprennent du matériel de vidéo et d'audio surveillance, des systèmes informatiques permettant aux employeurs d'avoir accès au courrier électronique, à l'Internet, à l'Intranet, aux systèmes téléphoniques utilisés par les salariés et d'en contrôler l'utilisation ; des portes électroniques permettent aux employeurs de suivre le déplacement des employés dans les locaux. De plus, les employeurs peuvent utiliser des systèmes informatiques qui enregistrent la vitesse de frappe des opérateurs d'ordinateur. Diverses raisons sont avancées pour justifier l'utilisation de ces technologies de surveillance par les entreprises en Australie :

- Protéger les biens contre le vol et les dommages causés par les clients et les salariés ;
- Contrôler et avoir des éléments sur les performances professionnelles de chaque salarié ;
- Aider l'employeur, tout en respectant ses responsabilités, à prendre des mesures raisonnables en faveur de la santé et de la sécurité des salariés et du public, et s'assurer qu'il n'y ait aucun harcèlement sexuel sur le lieu de travail<sup>2</sup>.

L'utilisation d'appareils de surveillance électronique dans les lieux de travail est aujourd'hui un des sujets les plus controversés dans le droit du travail australien. En particulier, l'utilisation de technologies de surveillance pour contrôler les performances des salariés, l'utilisation d'appareils cachés ou invisibles au lieu d'une surveillance visible, et dans des lieux où le salarié peut s'attendre à une haute protection de sa vie privée (par exemple dans les toilettes, les vestiaires et les salles de restaurant), sont des sujets qui concernent particulièrement les salariés, les syndicats et les organisations de défense de la liberté civile<sup>3</sup>. Les objectifs poursuivis ne sont pas nouveaux.

---

<sup>1</sup> The Privacy Committee of New South Wales, *Invisible Eyes : Report on Videosurveillance in the Workplace* (1999) paragraph 1.4.

<sup>2</sup> *Ibid*, paragraph 2.3. Voir également, New South Wales Law Reform Commission, *Surveillance*, Issues Paper 12 (1997) paragraph 6.2 ; Victorian Law Reform Commission, *Privacy Law : Options for Reform*, Information Paper, paragraph 7.3.

<sup>3</sup> Privacy Committee of New South Wales, *above n 1*, paragraphs 3.5, 4.2, 2.2.3.

Les employeurs en Australie, comme ailleurs dans le monde, ont toujours cherché à protéger leurs biens contre le vol et les dommages, comme ils ont toujours recherché à contrôler le travail et les performances des salariés<sup>4</sup>. En revanche, ce contrôle était effectué dans le passé par la présence physique d'un surveillant sur le lieu de travail. Aujourd'hui, le suivi des salariés s'opère de plus en plus par des moyens technologiques électroniques sophistiqués qui permettent à l'employeur d'avoir accès à des informations sur le salarié considérablement plus approfondies et potentiellement d'une plus grande objectivité. Tout cela est réalisé à moindres frais pour les employeurs et les moyens mis à leur disposition pour suivre de près leurs salariés se sont considérablement améliorés.

Le débat en Australie sur l'utilisation de matériel de surveillance électronique sur le lieu de travail s'est généralement construit autour de la recherche d'un bon « équilibre » entre les intérêts des employeurs et ceux des salariés, antagonistes en ce domaine. Les employeurs ont un intérêt légitime à protéger à la fois leurs biens et leurs intérêts en termes de rentabilité optimale. En revanche, on considère que les salariés ont droit au respect de la vie privée sur le lieu de travail. Le sens du concept vie privée dans ce contexte manque totalement de clarté dans les études australiennes<sup>5</sup>. En 1983, une étude d'envergure sur la réforme de la loi nationale du gouvernement définit la vie privée dans les termes suivants : « Parmi les revendications relatives à la vie privée figure celle sur la protection de l'autonomie de chaque personne et le respect de son intégrité.

Cela comporte plusieurs aspects :

- la personne physique de l'individu doit être respectée, c'est-à-dire que rien ne peut être entrepris sans son consentement ;
- l'individu doit être capable de contrôler ses relations avec autrui. En d'autres termes, une personne doit être en mesure de s'autocontrôler dans la mesure où sa correspondance, ses communications et ses activités sont mises à disposition d'autrui dans une communauté ; elle doit être capable de contrôler l'étendue de l'information mise à disposition d'autrui dans la communauté »<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> SEMPILL, Julian. Under the Lens: Electronic Workplace Surveillance. *Australian Journal of Labour Law*, 2001, 13, p. 111-115.

<sup>5</sup> Voir GAZE, Beth, JONES, Melinda. *Law, Liberty and Australian Democracy*. 1990, chapitre 9.

<sup>6</sup> Australian Law Reform Commission, Privacy (1983) paragraphs 1032, 1033.



L'étude la plus récente du gouvernement sur la vie privée dans la société australienne, y compris sur le lieu de travail, a adopté cette définition de la notion de vie privée<sup>7</sup>. Cette étude envisage le droit à la vie privée comme étant le « droit de protéger certains aspects de sa vie privée du regard et de l'intrusion éventuels d'autrui ». Le raisonnement consiste « à préserver la dignité humaine, à permettre et à renforcer l'épanouissement personnel et à offrir la possibilité de créer et de maintenir des relations sérieuses »<sup>8</sup>.

Notre article examine l'utilisation par les employeurs de technologies électroniques de surveillance sur le lieu de travail. Il apporte une vision d'ensemble de la législation applicable à l'utilisation par les employeurs de cette technologie vis-à-vis des salariés. Le droit australien en vigueur assure aux salariés une protection limitée contre l'utilisation de matériel de surveillance. Cette protection est à la fois décousue et incomplète. Il n'existe pas en Australie un régime général de l'utilisation par les employeurs de technologies de surveillance, mais plutôt des contraintes issues de lois disparates. Bien que l'Australie ait ratifié en 1980 le Pacte International des Droits Civils et Politiques, la loi australienne ne reconnaît pas un droit général à la vie privée. La Constitution australienne ne contient aucun de ces droits et la loi Australienne ne s'est pas orientée vers la reconnaissance du droit général à la vie privée<sup>9</sup>.

Notre article ne traite pas de la question de la divulgation à autrui par un employeur, et en dehors du lieu de travail, d'informations collectées à l'aide de ces technologies. Telle est l'hypothèse de l'employeur qui transmet des informations recueillies par vidéosurveillance sur un salarié en poste ou qui l'a été à un employeur potentiel<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Victorian Law Reform Commission, above n 2, paragraph 1.3.

<sup>8</sup> Ibid, paragraphe 1.4.

<sup>9</sup> Victoria Park Racing & Recreation Grounds Company Ltd v Taylor (1937) 58 CLR 479. Voir TAYLOR, Greg. Why is There No Common Law Right to Privacy? *Monash Law Review*, 2000, 26, p. 235, HUGHES, Gordon. Data Protection in Australia, 1990, p.19-21, p.24-29.

<sup>10</sup> Dans le même sens, voir CHAPMAN, Anna, THAM, Joo-Cheong. The Legal Regulation of Information in Australian Labour Markets : Disclosure to Employers of Information about Employees. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2000, 21, p.613.

Notre article examine principalement le positionnement de la Common law<sup>11</sup> en Australie à l'égard des appareils de surveillance électronique sur le lieu de travail (I). Puis, l'article s'oriente vers un examen de la législation applicable (II).

## I. LA COMMON LAW ET LE CONTRAT DE TRAVAIL

En Australie, toute relation individuelle de travail repose sur un contrat de travail de droit commun. Les deux parties au contrat de travail sont l'employeur et l'employé. La forme et le contenu des contrats de travail sont très variables. Un contrat peut être constitué d'un long document écrit, ou d'une série de documents comprenant un manuel du personnel ou de

---

<sup>11</sup> Historiquement, le droit australien a été largement influencé par le modèle anglais. Colonie de la Grande Bretagne, l'Australie a hérité, à la fin du dix-huitième siècle, de la loi anglaise et a repris les systèmes du gouvernement anglais. Depuis environ deux cents ans, le système juridique australien est devenu indépendant du système juridique britannique. Bien qu'aujourd'hui le système australien soit très différent, la loi anglaise exerce toujours une influence sur les évolutions du système australien. La Constitution australienne établit un système fédéral de gouvernement. En d'autres termes, il existe deux principaux niveaux de gouvernement – celui du Commonwealth (avec un parlement fédéral) et celui de l'Etat et du Territoire (avec un parlement dans chacun des six Etats et dans deux Territoires du continent). Le système fédéral australien connaît une division du pouvoir législatif entre le parlement fédéral et les parlements de l'Etat et du Territoire énoncée par la Constitution australienne. Le parlement fédéral a le pouvoir d'édicter des textes de loi uniquement sur des sujets explicitement prévus par la Constitution australienne. Les parlements de l'Etat et du Territoire ont le pouvoir de légiférer sur pratiquement toutes les autres questions. La législation fédérale s'applique sur tout le territoire de l'Australie alors que celle de l'Etat et du Territoire s'applique seulement dans la zone géographique propre à cet Etat ou à ce Territoire. La législation fédérale et celle de l'Etat et du Territoire peuvent ainsi se chevaucher. En cas d'incohérence entre un texte fédéral et un texte de l'Etat ou du Territoire, la Constitution australienne prévoit que le texte fédéral prime. Le système juridique comprend de nombreuses sources différentes. La loi (fédérale, étatique et territoriale) est aujourd'hui la première source ; c'est la principale source des règles de droit qui s'appliquent sur le lieu de travail. La seconde source du système australien est la Common law, y compris en matière de règles applicables sur le lieu de travail en Australie. La Common law est un droit créé par les autorités judiciaires (en premier lieu en Angleterre et ensuite en Australie). La doctrine jurisprudentielle (élaborée en Angleterre dans le milieu du 19<sup>ème</sup> siècle) s'applique en Australie avec quelques variantes. Cette doctrine prévoit que le raisonnement adopté dans une affaire antérieure doit être repris dans les affaires futures et similaires qui sont examinées par des instances inférieures dans la hiérarchie juridictionnelle. Le rôle de cette doctrine est d'assurer la cohérence et la continuité du droit commun. La loi est prioritaire sur la Common law. Un parlement fédéral, de l'Etat ou du Territoire est ainsi libre de modifier les principes de la Common law.

travail de l'employeur. De plus, les contrats de travail peuvent contenir des clauses verbales provenant d'un accord verbal explicite entre l'employeur et l'employé. En plus des clauses expresses, les contrats de travail peuvent contenir des clauses implicites. Celles-ci sont des clauses qui résultent d'une convention tacite, d'un usage ou d'une pratique ; elles peuvent aussi être déduites de la loi. Ces dernières sont régies par la Common law. Elles sont implicitement incorporées dans tous les contrats de travail, sauf si les parties les ont explicitement exclues. Il s'agit par exemple du devoir du salarié d'obéir aux directives de l'employeur. C'est également le droit des employeurs de contrôler la performance des salariés.

La Common law australienne conçoit le contrat de travail comme un accord passé librement entre deux parties égales. Elle ignore l'absence de choix du salarié et, en conséquence, crée une inégalité dans le pouvoir de négociation entre salarié et employeur<sup>12</sup>. Ainsi, le contrat de travail est en théorie un accord librement négocié entre salarié et employeur ; en pratique, la plupart des employeurs ont le pouvoir d'imposer au salarié les termes de leur choix. Ainsi, les contrats de travail favorisent systématiquement les intérêts de l'employeur.

En ce qui concerne l'introduction de technologies de surveillance électronique sur le lieu de travail par l'employeur, la Common law, comme la loi, reconnaissant le droit de propriété de l'employeur sur les locaux, les machines et le matériel, accorderont généralement le droit à l'employeur d'utiliser ces technologies. Dans ce contexte, la Common law reconnaît aussi le droit de l'employeur de sanctionner et congédier un salarié pour mauvaise conduite basée sur des informations données par les technologies de surveillance. Il a les mêmes droits en cas d'utilisation incorrecte par le salarié des technologies d'information qui lui appartiennent, comme le courrier électronique et les systèmes d'Internet. Le salarié est présumé avoir accepté ce type de contrôle de la direction<sup>13</sup>. Il est difficile d'imaginer un salarié doté d'un pouvoir suffisant pour négocier une clause du contrat de travail qui imposerait des contraintes sur l'utilisation par l'employeur des technologies de surveillance électronique.

---

<sup>12</sup> LORD WEDDERBURN. *The Worker and the Law*, 1971, p.77.

<sup>13</sup> Voir SEMPILL, Julian. Op. cit. p.119-128. CREIGHTON, Breen and FENWICK, Colin. Australia. In BLANPAIN, Roger. (dir). *The Evolving Employment Relationship and the New Economy. Bulletin of Comparative Labour Relations* 2001, 41, p.1-13-20.

Bien que le contrat de travail, selon la Common law, renforce le pouvoir de l'employeur dans l'utilisation du matériel de surveillance électronique sur le lieu de travail, les évolutions récentes du droit australien concernant le contrat de travail pourraient prochainement imposer des contraintes liées au respect de la vie privée du salarié. Depuis le milieu des années 90, les autorités judiciaires australiennes se préparent à reconnaître l'existence d'une clause supplémentaire déduite de la loi dans les contrats de travail selon laquelle l'employeur n'agira pas de façon à amoindrir ou à détruire la confiance inhérente à la relation de travail<sup>14</sup>. Cette clause implicite pourrait être intéressante à évoquer face à l'utilisation par l'employeur d'appareils de surveillance sur le lieu de travail. Les affaires judiciaires australiennes sont influencées par la jurisprudence anglaise qui reconnaît l'existence d'une telle clause implicite<sup>15</sup>. Dans une des plus importantes décisions rendues en Angleterre, le devoir était ainsi défini : « [l'employeur ne doit] pas sans motif raisonnable se conduire de manière à ce que les rapports de confiance puissent être endommagés ou détruits entre les parties à la relation de travail »<sup>16</sup>. Le comportement de l'employeur, perçu de manière objective, peut amoindrir ou détruire les rapports entre les parties. Généralement, l'intention d'un employeur ne constitue pas un point saillant dans de telles recherches<sup>17</sup>. Il a été dit que l'objectif de cette clause implicite est d'assurer aux salariés d'être traités avec respect et dignité<sup>18</sup>.

Pour l'instant, seules quelques affaires judiciaires australiennes ont abordé ce devoir. Mais aucune n'avait directement traité à ces questions relatives aux appareils de surveillance. Comme il a été relevé par des

---

<sup>14</sup> Voir par exemple, *Russian v Woolworths (SA) Pty Ltd* (1995) 64 IR 169 at 172; *Burazin v Blacktown City Guardian Pty Ltd* (1996) 142 ALR 144 at 151; *Perkins v Grace Worldwide (Aust) Pty Ltd* (1997) 72 IR 186 at 191. Voir également McCARRY, Greg. Damages for Breach of the Employer's Implied Duty of Trust and Confidence. *Australian Business Law Review*, 1998, 26, p.141. NAUGHTON, Richard. The Implied Obligation of Mutual Trust and Confidence – A New Cause of Action for Employees? *Australian Journal of Labour Law*, 1997, 10, p.287. Voir également *Burazin v Blacktown City Guardian Pty Ltd* (1996) 142 ALR 144 at 151, 154.

<sup>15</sup> Voir en général BRODIE, Douglas. The Heart of the Matter : Mutual Trust and Confidence. *Industrial Law Journal*, 1996, 25, p.121. Du même auteur, Beyond Exchange : The New Contract of Employment. *Industrial Law Journal*, 1998, 27, p.79.

<sup>16</sup> *Bliss v SF Thames RHA* [1987] ICR 700 at 714, cité in BRODIE, Douglas. The Heart of the Matter: Mutual Trust and Confidence. p. 124.

<sup>17</sup> BRODIE, Douglas. The Heart of the Matter: Mutual Trust and Confidence, p.121–122.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid.

auteurs, la clause implicite de confiance mutuelle peut imposer des contraintes importantes sur la collecte et l'utilisation d'informations sur le lieu de travail<sup>19</sup>. Le caractère vaste, par nature, de la clause implicite et le fait qu'en Australie les règles de droit sur ce type de clause implicite n'en soient encore qu'à leurs balbutiements, conduisent à considérer que cette clause peut devenir importante. La clause implicite peut imposer d'importantes contraintes quand un employeur a légalement le droit, au titre du contrat de travail, de contrôler l'utilisation par un employé du téléphone, de l'e-mail, des systèmes d'Internet et d'installer des systèmes de surveillance dans les locaux. En 1995, des auteurs ont suggéré que la clause implicite puisse limiter l'utilisation par l'employeur d'appareils de surveillance cachés dans des endroits comme les vestiaires du personnel<sup>20</sup>. Cependant, en 2001, un autre auteur a posé quelques questions intéressantes sur ce scénario à propos des vestiaires du personnel : « Et si la surveillance était visible? Et si elle était autorisée par une clause expresse dans le contrat de travail ? ... Et s'il a été constaté que des drogues ont été vendues et consommées dans les vestiaires ? Et si plusieurs salariés concernés par l'utilisation de la drogue ont demandé la mise en place d'une surveillance »<sup>21</sup> ? D'autres questions peuvent être formulées : Et si l'employeur avait reçu des plaintes de salariés pour harcèlement sexuel ou autres formes de harcèlement sur le lieu de travail et qu'il avait installé des appareils de surveillance dans l'intention de résoudre ces problèmes ? Ces questions démontrent clairement que la Common law n'a pas de réponses directes. On peut tout au plus estimer que lorsque l'employeur utilise des moyens de surveillance électronique, objectivement perçus comme intimidants et que les informations recherchées sont d'un intérêt discutabile pour les relations de travail, cela pourrait vraisemblablement constituer une violation par l'employeur du devoir implicite de maintenir la confiance. Ce facteur d'intimidation sera toutefois jugé au regard des normes du secteur industriel concerné et des pratiques commerciales courantes<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> CREIGHTON, Breen, STEWART, Andrew. *Labour Law : An Introduction*. 3<sup>rd</sup> ed, 2000, paragraph 9.50. Pour une opinion contraire voir SEMPILL, Julian. p.128-133.

<sup>20</sup> McCALLUM, Ronald C, McCARRY, Greg. *Worker Privacy in Australia*. *Comparative Labor Law Journal*, 1995, 17, p.13-17.

<sup>21</sup> SEMPILL, Julian., p.129.

<sup>22</sup> Sempill soutient qu'une norme se référant à des pratiques commerciales courantes aura pour effet que les autorités judiciaires accorderont crédit aux décisions prises par la direction, SEMPILL, Julian. *Op. cit.* p.130-131. Voir aussi NAUGHTON, Richard. *Op. cit.*

En matière de contrat de travail, la Common law n'impose aujourd'hui que quelques contraintes sur l'utilisation par l'employeur de technologies de surveillance électronique sur le lieu de travail. Il n'existe pas de législation d'ensemble sur la vie privée en Australie, que ce soit d'une manière générale ou en rapport avec le lieu de travail.

## **II. LES CONTRAINTES IMPOSÉES PAR DES LOIS DISPARATES.**

Les principaux régimes législatifs qui ont un impact sur l'utilisation par l'employeur d'appareils de surveillance sur le lieu de travail en Australie relèvent respectivement de la législation sur les relations industrielles (A), de la législation sur la vie privée (B) et de la législation d'Etat (C).

### **A. Les accords collectifs sur les lieux de travail conclus selon la législation sur les relations industrielles**

Selon la législation sur les relations industrielles, des accords peuvent être enregistrés sur les lieux de travail par une organisation gouvernementale<sup>23</sup>. Dès l'enregistrement, chaque accord entre en vigueur.

Avant l'enregistrement, chaque accord est minutieusement examiné par l'organisation gouvernementale afin de veiller au respect de certaines normes minimales. Des accords peuvent être conclus entre différentes parties:

- un employeur et un ou plusieurs syndicats qui représentent les employés sur un lieu de travail particulier ;
- un employeur et un groupe d'employés sur un lieu de travail particulier ;
- un employeur et un seul employé.

Ces accords peuvent contenir des dispositions relatives à l'utilisation par l'employeur de technologies de surveillance afin de suivre les actions de son personnel. Actuellement, seuls quelques accords ont essayé de

---

<sup>23</sup> Voir par exemple, les accords agréés et les accords australiens sur les lieux de travail conclus selon la loi des relations sociales sur les lieux de travail 1996 (Cth).

réglementer l'introduction et l'utilisation de technologies d'information et de communication sur les lieux de travail<sup>24</sup>.

## **B. La législation sur la vie privée**

Le Parlement du Commonwealth et quelques Parlements d'Etat ont adopté une législation réglementant la collecte, l'utilisation, la conservation et la divulgation d'informations personnelles.

### ***1. La législation du Commonwealth***

La loi du Commonwealth sur la Vie Privée de 1988 s'applique aux « informations personnelles » recueillies et détenues par la plupart des services et des agences gouvernementales du Commonwealth<sup>25</sup>. Cette information pourrait concerner par exemple une personne atteinte du Sida qui reçoit une pension du gouvernement ; elle pourrait aussi viser des renseignements qu'une personne, en tant que réfugiée, a fourni au gouvernement du Commonwealth lors de la demande de carte de résident en Australie. Bien que la loi ne concerne pas directement le gouvernement du Commonwealth en tant qu'employeur, elle règle les relations entre le gouvernement du Commonwealth et ses employés ; elle impose d'une manière spécifique des contraintes à ce gouvernement lorsque celui-ci recueille, conserve et divulgue des « informations personnelles » sur ses propres employés. Cela inclut des informations personnelles qu'un service ou une agence gouvernementale du Commonwealth rassemble à l'aide de technologies de surveillance électroniques.

---

<sup>24</sup> Voir par exemple, *National Union of Workers and Nuance Global Traders Ltd (C No 31303 de 1999) Annexe C*, identifié dans Sempill, ci-dessus n 4, 118. Dans ce cas, l'accord a adopté le Code d'usage du gouvernement du New South Wales (cité en dessous à la note 46 de bas de page).

<sup>25</sup> La formule information personnelle est définie comme des informations identifiant une personne physique. La définition précise que ce sont des « renseignements ou une opinion », ... si elles sont exactes ou inexactes, et si elles sont enregistrées sous une forme matérielle ou d'autres formes, sur un individu dont l'identité est évidente ou bien qui peut être raisonnablement vérifiée à partir des données de l'information : Loi sur la vie privée 1988 (Cth) s 6. Sauf exceptions : « dossier » signifie un document, une base de données ou une représentation illustrée.

La loi sur la vie privée oblige la plupart des services et des agences gouvernementales du Commonwealth à respecter un ensemble de principes concernant la collecte, la conservation, l'utilisation et la divulgation « d'informations personnelles »<sup>26</sup>. Ces principes sont énoncés dans la loi et sont connus sous l'appellation Principes d'Information sur la Vie Privée (« IPP »). Il sont au nombre de onze<sup>27</sup> et prévoient :

- Quel que soit l'objet et les moyens utilisés, un service ou une agence gouvernementale peut légalement recueillir des « informations personnelles » ;
- La nécessité d'assurer que les « informations personnelles » sont mises à jour, complètes, exactes et sûres ;
- Les conditions de conservation et de sécurité des enregistrements contenant les « informations personnelles » ;
- Des dispositions permettant aux personnes d'avoir accès à leurs « informations personnelles » ;
- Limitations sur les conditions d'utilisation des « informations personnelles », à moins que la personne concernée ait donné son accord ;
- Limites à la divulgation d'« informations personnelles » à autrui.

Ces dispositions s'appliquent à l'utilisation par le Commonwealth de tout type d'appareils de surveillance destinés à recueillir des « informations personnelles » sur ses propres employés. Les IPPs 1 à 3 concernent plus directement la collecte d'informations personnelles à l'aide d'appareils de surveillance. L'IPP 1 rappelle que les agences du Commonwealth « peuvent seulement recueillir des informations personnelles à des fins légales directement liées aux fonctions, et si le recueil de ces informations est nécessaire pour répondre à ces finalités ou si elles sont directement en rapport avec elles. Les Agences ne doivent pas recueillir des informations personnelles de manière illégale ou abusive »<sup>28</sup>. L'IPP 2 prévoit que si une agence du Commonwealth « demande à une personne des informations personnelles, elle doit normalement aviser cette personne de la raison pour laquelle elle réunit ces informations, si elle est légalement habilitée à recueillir ces informations et à qui elle peut habituellement fournir ce type

---

<sup>26</sup> Privacy Act 1988 (Cth) s 16.

<sup>27</sup> Privacy Act 1998 (Cth) s 14.

<sup>28</sup> Directives sur les Principes d'Information de la Vie Privée 1-3, Bureau du Commissaire pour la vie privée en Australie, Federal Privacy Handbook : A Guide to Federal Privacy Law and Practice (1996) page 11,051.



d'information »<sup>29</sup>. L'*IPP* 3 rappelle que lorsqu'une agence du Commonwealth demande des informations personnelles, « elle doit s'assurer au mieux que les informations correspondent bien à la raison pour laquelle elles sont réunies, et sont mises à jour et complètes. Il est aussi précisé que lorsqu'une agence obtient d'autrui des « informations personnelles », elle « doit s'assurer au maximum de ne pas s'immiscer d'une manière déraisonnable dans les affaires personnelles »<sup>30</sup>.

Ces dispositions limitent dans une certaine mesure l'utilisation d'appareils de surveillance par des services et des agences gouvernementales du Commonwealth concernant leurs propres employés. En particulier, le concept d'intrusion « abusive » dans l'*IPP* 1 et « déraisonnable » dans l'*IPP* 3 imposent d'importantes contraintes d'impartialité sur l'utilisation d'appareils de surveillance par le Commonwealth en tant qu'employeur. Le Commissaire Fédéral pour la vie privée a émis des directives sur les *IPPs*. Bien que ces directives ne constituent pas des contraintes légales, leur objectif consiste à donner des conseils pratiques quant au sens des principes. Les directives indiquent que l'abus dans le cadre de l'*IPP* 1 consiste à piéger ou à tromper une personne dans le but d'obtenir des informations et à mettre une forte pression sur la personne pour qu'elle délivre l'information. L'intrusion dans le cadre de l'*IPP* 3 consiste à poser des questions personnelles sensibles, à pénétrer dans la propriété privée des personnes, à toucher physiquement les personnes, à observer leurs fonctions corporelles, et à poser d'une manière répétitive et inutile les mêmes questions. Les directives rappellent que « l'utilisation de surveillances visuelles invisibles est une grande intrusion dans la vie privée des gens qui sont surveillés »<sup>31</sup>. Le Commonwealth a fait publier des directives sur « la conduite de surveillance optique invisible dans l'Administration du Commonwealth »<sup>32</sup>. Ces directives s'appliquent à l'utilisation par le Commonwealth de moyens de surveillance invisibles sur ses propres employés. Les directives ne sont pas des contraintes légales, mais suggèrent que, lorsqu'une surveillance invisible est utilisée, les agences devraient prendre en compte les facteurs suivants :

---

<sup>29</sup> Ibid, page 11,051.

<sup>30</sup> Ibid, page 11,052.

<sup>31</sup> Ibid, page 11,351.

<sup>32</sup> Ibid, page 15,254.

- Existe-il véritablement un motif amenant à suspecter qu'une faute criminelle ou un autre acte illégal soit sur le point d'être commis ?
- Existe-t-il d'autres formes d'investigations plus recommandées ?
- Est-ce que les avantages tirés d'une information obtenue par un système de surveillance invisible compensent dans une certaine mesure l'intrusion dans la vie privée d'un individu ?

Jusqu'en décembre 2001, la collecte et l'utilisation d'informations sur la vie privée dans le secteur privé ont été réglementées par des codes de conduite libres basés sur un ensemble de principes développés par le Commissaire Fédéral pour la vie privée en concertation avec des groupes d'entreprises et de consommateurs. En décembre 2000, la loi portant modification de la loi relative à la vie privée a été adoptée par le Parlement du Commonwealth. Cette législation modifie la loi sur la vie privée de 1988 (*Cth*) afin de réglementer la collecte, l'utilisation, la conservation et la divulgation d'informations personnelles dans le secteur privé. Cette nouvelle loi est entrée en vigueur le 21 décembre 2001.

Les dispositions de la nouvelle législation s'appliquent à la collecte, à l'utilisation et à la divulgation d'informations personnelles par des organisations du secteur privé<sup>33</sup>. Il s'agit :

- des entreprises ayant un chiffre d'affaires annuel de 3 millions de dollars australiens ou plus ;
- des fournisseurs du gouvernement fédéral ;
- des organisations à but non lucratif comme des œuvres caritatives, des clubs sportifs et des syndicats ;
- des fournisseurs de services de santé qui détiennent des informations de santé ;
- des organisations qui dirigent une entreprise menant une activité à but lucratif dans la collecte ou la divulgation d'informations personnelles ;
- des entreprises publiques de l'Etat ;
- de toute organisation énoncée dans les Règlements<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> La définition de la formule « information personnelle » contenue dans la Loi de 1988 relative à la vie privée (*Cth*) s'applique à ces nouvelles dispositions du secteur privé.

<sup>34</sup> Loi sur la vie privée de 1988 (*Cth*) s 6C. L'organisation peut être une personne physique, une personne morale, une société en nom collectif, un groupe ou toute autre association non enregistrée.

Un plus grand nombre d'employeurs seront soumis à ces nouvelles dispositions. Les organisations concernées par ces dispositions doivent en effet respecter les dix principes nationaux sur la vie privée (« *NPP* ») lorsqu'elles recueillent, utilisent, conservent et divulguent des « informations personnelles ». Le *NPP1* est le plus adapté quant à l'utilisation d'appareils de surveillance par un employeur pour contrôler ses employés. Le *NPP 1* rappelle beaucoup l'*IPP 1* mentionné ci-dessus : une organisation « peut recueillir des informations personnelles seulement par des moyens légaux et justes et non de manière intrusive à l'excès ». De plus, le *NPP 1* rappelle que l'organisation doit prendre des mesures raisonnables pour informer la personne qu'elle détient des informations la concernant, et, en second lieu, que l'organisation ne doit pas recueillir des informations personnelles sauf si cela se révèle nécessaire au développement de ses activités<sup>35</sup>.

Il faut remarquer que les *NPPs* ne comprennent pas d'interdictions générales lorsque les « informations personnelles » sont détenues comme des éléments faisant partie des « dossiers de salariés »<sup>36</sup>. Dans ce cas, les « dossiers de salariés » supposent un enregistrement<sup>37</sup> d'informations personnelles relatives à l'emploi d'un salarié. En clair, des informations qu'un employeur détient par des appareils de surveillance, ayant pour conséquence une sanction disciplinaire, la démission du salarié ou la rupture du contrat pour des raisons de mauvaise conduite ou de manque de performance, feraient partie du « dossier du salarié ». A ce titre, le *NPP* ne s'appliquerait pas à la collecte, à l'utilisation et à la conservation d'informations.

L'étendue de cette dérogation est incertaine. En introduisant le projet de loi au Parlement, le Procureur Général a expliqué que la dérogation se limitait à des situations dans lesquelles la divulgation, l'utilisation etc....sont « directement liées » aux relations de travail. Le Procureur Général a expliqué que cela « était destiné par exemple à empêcher un employeur de vendre des informations contenues dans le dossier d'un

---

<sup>35</sup> Australian Privacy Commissioner's Office, above n 27, page 20,572.

<sup>36</sup> Privacy Act 1988 (Cth) s 7B(3).

<sup>37</sup> « Dossier » est défini comme un document, une base de données, une photographie mais n'inclut pas par exemple une publication généralement disponible ou un document conservé dans une bibliothèque etc. : Loi sur la Vie Privée de 1988 (Cth) s 6(1).

employé directement à un marchand »<sup>38</sup>. Le Commissaire pour la vie privée a relevé que cette dérogation ne s'appliquait pas à des dossiers concernant des salariés potentiels mais seulement à ceux en poste ou l'ayant été<sup>39</sup>. Bien que cette dérogation reste ambiguë, elle semble à première vue être assez étendue. Elle semble englober la situation d'une organisation fournissant des informations en provenance du dossier personnel d'un salarié actuel ou ancien (par exemple, des questions relevant de mesures de discipline, des circonstances de licenciement) à un employé potentiel, lorsque la recherche de ces informations fait partie du procédé de recrutement éventuel de l'employeur.

Une victime peut se plaindre au Commissaire Fédéral pour la vie privée d'une violation d'un *IPP* ou d'un *NPP*<sup>40</sup>. Le Commissaire a un pouvoir d'investigation et de conciliation ; il peut décider si une indemnité doit être payée à la victime, ou de stopper le comportement portant atteinte à la victime. Ces décisions ont force exécutoire devant un tribunal<sup>41</sup>.

## ***2. La législation de l'Etat***

Des parlements d'Etats ont aussi adopté une législation relative à la vie privée. Les parlements des deux Etats les plus peuplés de l'Australie, le New South Wales et le Victoria, ont promulgué une loi<sup>42</sup> similaire au régime de la loi sur la vie privée du Commonwealth qui concerne des autorités et des agences publiques. La principale disposition dans chacune des lois est d'empêcher des organisations du secteur public de recueillir et de traiter des informations personnelles en violation aux principes de la protection de l'information (« *IPP* ») contenus dans chaque loi d'Etat. La législation s'applique à des organisations du secteur public en tant qu'employeurs. Les *IPPs* et le sens du terme « information personnelle » dans chaque loi d'Etat sont similaires dans leur contenu et leur étendue à ceux de la loi du

---

<sup>38</sup> House of Representatives, Hansard, 12 April 2000, page 15749 at page 15752. See also House of Representatives, Privacy Amendment (Private Sector) Bill (2000)(Cth) Explanatory Memorandum (2000) paragraph 100.

<sup>39</sup> Office of the Federal Privacy Commissioner, Fact Sheet 5 – Exemptions (2001).

<sup>40</sup> Privacy Act 1988 (Cth) s 36.

<sup>41</sup> Privacy Act 1988 (Cth) s 55A.

<sup>42</sup> Privacy and Personal Information Protection Act 1998 (NSW) ; Information Privacy Act 2000 (Vic).

Commonwealth<sup>43</sup>. Une caractéristique intéressante de ces lois d'Etat réside dans le fait que chacune d'elle permet aux organisations gouvernementales de l'Etat de renoncer à chacun de ces *IPP* d'Etat en établissant un code d'usage<sup>44</sup>.

### C. La législation sur la surveillance

Les Etats du New South Wales et du Victoria ont récemment adopté une législation dans le but de réglementer l'utilisation par les entreprises d'une gamme d'appareils de surveillance dans leur Etat respectif<sup>45</sup>.

La loi du New South Wales est spécifique aux lieux de travail et à la vidéosurveillance<sup>46</sup>. Elle ne pose aucune limite à l'utilisation par les employeurs de vidéosurveillances visibles ou apparentes<sup>47</sup>. La loi cherche uniquement à réglementer l'utilisation par les employeurs d'une vidéosurveillance cachée ou invisible. La surveillance est définie comme étant cachée sauf si :

- l'employé concerné a été informé par écrit 14 jours avant la surveillance prévue ;
- les caméras de surveillance sont clairement visibles ;
- des panneaux indiquant le fonctionnement de caméras sont placés à l'entrée du lieu de travail mis sous vidéo surveillance<sup>48</sup>.

La disposition générale de la loi du New South Wales interdit à un employeur de recourir à une vidéo surveillance cachée destinée aux

---

<sup>43</sup> Privacy and Personal Information Protection Act 1998 (NSW) Part 2A ; Information Privacy Act 2000 (Vic) Schedule 1.

<sup>44</sup> Privacy and Personal Information Protection Act 1998 (NSW) Part 3, Division 1 ; Information Privacy Act 2000 (Vic) Part 4.

<sup>45</sup> Workplace Videosurveillance Act 1998 (NSW) ; Surveillance Devices Act 1999 (Vic). See also Surveillance Devices Act 1998 (WA) ; Listening Devices Act 1991 (Tas) ; Listening Devices Act 1972 (SA). Il n'existe pas de législation équivalente au niveau fédéral.

<sup>46</sup> Voir aussi the listening Devices Act 1984 (NSW).

<sup>47</sup> Un ensemble de directives sans aucune contrainte légale sur l'utilisation de vidéo surveillance visible a été adopté par le gouvernement du New South Wales government : New South Wales Department of Industrial Relations, Code of Practice for the Use of Overt Videosurveillance in the Workplace.

<sup>48</sup> Workplace Videosurveillance Act 1998 (NSW) s 4(1).

employés sauf dans certaines circonstances, notamment lorsque la surveillance est liée à des soucis de sécurité du lieu de travail ou des personnes sur le lieu de travail<sup>49</sup>, ou lorsqu'un magistrat a autorisé la surveillance<sup>50</sup>. La loi prévoit que les magistrats sont compétents pour donner ces autorisations lorsqu'il existe des motifs raisonnables de suspecter qu'un salarié pratique une « activité illégale » sur le lieu de travail. Avant de délivrer une telle autorisation, le magistrat doit évaluer si la surveillance cachée constitue une intrusion excessive dans la vie privée du salarié concerné (ou d'autres personnes) sur le lieu de travail<sup>51</sup>. Le concept d'« activité illégale » n'est pas défini dans la loi. Cependant, la législation prévoit qu'une autorisation de surveillance cachée ne peut pas être utilisée lorsqu'il s'agit de contrôler la performance de travail d'un employé<sup>52</sup>. Cela suppose qu'une « activité illégale » corresponde à une activité réalisée par des salariés pouvant entraîner une responsabilité pénale (comme le vol, la destruction de biens ou une agression), plutôt qu'à un acte illégal constitué par la violation du contrat de travail par le salarié. En plus de ce système d'autorisations de surveillance cachée, la loi considère que l'utilisation d'un enregistrement vidéo autorisée à des fins non pertinentes, constitue une infraction<sup>53</sup>. Une fin non pertinente signifie qu'elle n'a aucun rapport avec les raisons pour lesquelles le magistrat a accordé l'autorisation (activité ou installation de sécurité illégales suspectées sur le lieu de travail)<sup>54</sup>. Les autorisations sont en vigueur pour une période déterminée qui ne doit pas dépasser 30 jours<sup>55</sup>. A la fin de cette période, l'employeur doit fournir un rapport écrit au magistrat ayant donné l'autorisation qui précise les résultats obtenus par la surveillance effectuée<sup>56</sup>.

La loi du Victoria régleme l'utilisation de surveillances optiques, d'audio surveillances et de surveillances de données, et dans certaines circonstances, des appareils de repérage. Elle s'applique dans tout l'Etat du Victoria, y compris dans les commerces, les banques, les restaurants et les

---

<sup>49</sup> Workplace Videosurveillance Act 1998 (NSW) s 7(3). Il est demandé à l'employeur d'informer par écrit les salariés de la mise en service d'une vidéosurveillance pour des raisons de sécurité : Workplace Videosurveillance Act 1998 (NSW) s 7(4).

<sup>50</sup> Workplace Videosurveillance Act 1998 (NSW) s 7. Note the exceptions in s 7(2) & s 7(3).

<sup>51</sup> Workplace Videosurveillance Act 1998 (NSW) s 13 & s 14.

<sup>52</sup> Workplace Videosurveillance Act 1998 (NSW) s 9(3)(a).

<sup>53</sup> Workplace Videosurveillance Act 1998 (NSW) s 8.

<sup>54</sup> Workplace Videosurveillance Act 1998 (NSW) s 8(3).

<sup>55</sup> Workplace Videosurveillance Act 1998 (NSW) s 16.

<sup>56</sup> Workplace Videosurveillance Act 1998 (NSW) s 23(1).

lieux de travail. La loi interdit l'utilisation d'appareils de surveillance pour enregistrer ou transmettre des conversations ou des activités<sup>57</sup>. Les définitions des termes « activité privée » et « conversation privée » sont bien sûr d'une importance majeure et sont reprises dans la législation<sup>58</sup>. Une activité ou une conversation est considérée comme « privée » lorsqu'il est raisonnablement spécifié que les parties concernées désirent être entendues ou observées seulement par elles-mêmes. La législation prévoit qu'une activité ou une conversation n'est pas « privée » si elle a lieu en dehors d'un immeuble ou dans des circonstances dans lesquelles les parties concernées peuvent raisonnablement s'attendre à être observées ou entendues par autrui. La loi contient diverses exceptions aux interdictions sur l'utilisation de surveillances concernant des activités « privées », y compris lorsque les parties acceptent l'utilisation d'un appareil de surveillance<sup>59</sup>, ou la communication d'informations, et lorsque des officiers de la force publique ont été autorisés en vertu d'un mandat à utiliser un tel appareil lors d'investigations menées à l'occasion d'un acte criminel grave<sup>60</sup>.

Il est difficile de prévoir l'efficacité de cette nouvelle législation lorsqu'il s'agit d'imposer des contraintes relatives à l'utilisation d'appareils de surveillance sur les lieux de travail situés dans l'Etat du Victoria. Cela est dû à la portée aléatoire par nature du concept de « privé » auquel recourt la Loi. Sa signification et son ampleur sont loin d'être précises pour ce qui est des lieux de travail. Selon le gouvernement, les salariés doivent plus ou moins s'attendre à être observés par autrui lors d'activités déployées « sur les lieux de travail accessibles à d'autres salariés ou à des personnes extérieures »<sup>61</sup>. Il semblerait que des lieux comme l'étage d'un magasin, la chaîne de production d'une usine, les salles et les couloirs du personnel, en fassent partie. Le mémorandum explicatif prévoit en outre que les salariés peuvent néanmoins s'attendre à ne pas être observés dans les toilettes, les salles de douche, les vestiaires et dans « ces espaces du lieu de travail où les parties à la relation de travail peuvent se protéger du regard des autres, comme un bureau avec des fenêtres fermées »<sup>62</sup>. Il est clair que cela dépend

---

<sup>57</sup> Surveillance Devices Act 1999 (Vic) s 6, s 7 and s 8.

<sup>58</sup> Surveillance Devices Act 1999 (Vic) s 3(1) definitions.

<sup>59</sup> L'employeur peut obtenir le consentement à la condition que chaque contrat de travail spécifie explicitement l'accord entre les parties.

<sup>60</sup> Surveillance Devices Act 1999 (Vic) s 6(2), s 7(2), s 8(2), s 9(2), s 11(2) & s 12(2).

<sup>61</sup> Legislative Assembly (Victoria), Surveillance Devices Bill 1999 Explanatory Memorandum (1999) page 1.

<sup>62</sup> Ibid.

de circonstances particulières, de la culture du lieu de travail et, apparemment, de la qualité des locaux, par exemple, la qualité d'insonorisation des murs de bureaux. Il est probable que dans quelques, et peut-être beaucoup de lieux de travail, des conversations dans des bureaux avec des portes fermées, ne soient pas privées au sens de la loi. Il existe sûrement beaucoup de lieux de travail dans lesquels les salariés ne s'attendent pas vraiment à ne pas être surpris ou observés par autrui lors de leurs conversations ou de leurs activités.

De plus, le concept de vie privée dans la loi peut être manipulé par un salarié. Il n'y a rien dans la loi qui empêche un employeur de se protéger contre l'accusation d'atteinte à la vie privée par le simple fait d'informer les salariés qu'une surveillance sera mise en place sur le lieu de travail. Un employeur pourrait aussi choisir de rendre visible les appareils de surveillance. Il supprimerait ainsi toute atteinte au respect de la vie privée des salariés. Dans de telles conditions, les conversations et les activités ne sont plus « privées » et de ce chef l'utilisation d'appareils de surveillance devient légale. Ce sont les raisons pour lesquelles la protection offerte aux salariés au titre de la loi du Victoria est plus limitée que celle procurée par la législation du New South Wales.

## CONCLUSION

Il n'existe pas de droit général au respect de la vie privée en Australie. Jusqu'à aujourd'hui, la Common law a plutôt facilité l'utilisation par les employeurs d'appareils de surveillance, et ceci à travers une fiction légale basée sur l'acceptation par le salarié d'un tel contrôle. Il a été néanmoins remarqué qu'en Australie, le devoir naissant d'un employeur de maintenir la confiance dans les relations de travail pourrait être à l'origine de nouvelles contraintes pour l'employeur. Le droit commun a été modifié pour plusieurs raisons. La Loi du Commonwealth relative à la vie privée impose des obligations dans l'utilisation d'appareils de surveillance par des services et des agences gouvernementales du Commonwealth. Les amendements de décembre 2001 concernant le secteur privé sont importants quant à l'utilisation d'appareils de surveillance par certains employeurs du secteur privé, notamment les très grandes entreprises. Il est particulièrement regrettable que la dérogation relative aux « dossiers de salarié » soit d'une portée incertaine. La législation d'Etat impose aussi des obligations aux



services et aux agences gouvernementales concernant l'utilisation de technologies de surveillance de leurs employés. Différents parlements d'Etat ont abordé de façon variée cette question, dans les Etats du New South Wales et du Victoria par exemple. Finalement, il ressort que la loi relative à la vie privée sur les lieux de travail forme un ensemble « décousu »<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Victorian Law Reform Commission, above n 2, paragraph 1.7.

**Eva RYRSTEDT**  
*Maître de Conférences*  
*Université de Lund*

## **DROIT DE LA FAMILLE ET DROIT SOCIAL EN SUÈDE**

### **RÉSUMÉ**

En Suède, un tribunal peut décider de la garde commune d'un enfant même si l'un des parents s'y oppose. L'entente préalable entre les parents qui était exigée si la garde devenait commune n'est plus nécessaire. Désormais, si la garde est commune, l'entente parentale est présumée. Le seul cas où les parents peuvent recourir aux tribunaux pour contester la garde commune c'est lorsque le litige porte sur la résidence. Le litige peut néanmoins revêtir un caractère économique. La communauté suédoise propose différents types d'aides aux familles avec enfants. La répartition de l'aide entre les parents se base souvent sur la capacité des parents à s'entendre. Dans ce contexte, des problèmes peuvent surgir en raison du manque de compatibilité entre le droit de la famille et le droit social.

### **SUMMARY**

In Sweden the court may decide upon joint custody even if one of the parents is opposed to it. Thus consensus is no longer a prerequisite. On the same time consensus is presumed to be at hand as soon as the custody is joint. The only time parents can turn to court to get a dispute within the joint custody resolved, is when the dispute is about residence or access. The disputes that arise may however also be of an economical nature. The Swedish community offers different types of support to families with children. The distribution of the support between the parents is often founded on the parents' ability to agree. In this article I aim to draw attention to the problems that may arise due to lacking compatibility between the family law rules concerning custody and the social law rules concerning who shall receive child benefit, care allowance, accommodation allowance and maintenance support.

La garde commune de l'enfant est actuellement la règle principale même si les parents concernés ne vivent pas ensemble. Depuis le premier octobre 1998, la garde commune peut être attribuée aux parents d'un ou plusieurs enfants même contre le gré de l'un des deux parents. Ainsi, l'accord des parents pour la garde commune n'est plus obligatoire. C'est la raison pour laquelle il est maintenant devenu nécessaire d'adopter de nouvelles règles pour conférer au tribunal le droit de décider de la résidence d'un enfant et de l'organisation des visites chez le parent avec lequel l'enfant ne réside pas, même si la garde commune a été décidée. Cela étant, il faut souligner qu'il n'existe aucun dispositif propre à résoudre les différends. Bien évidemment, cela ne signifie pas que les relations entre les parents ne soulèvent pas de problèmes. Mais le modèle suédois exige des parents qu'ils trouvent eux-mêmes des solutions via la négociation. Les questions en jeu peuvent être de différentes natures, par exemple, le choix de l'école de l'enfant, ou encore son départ à l'étranger pour suivre des cours linguistiques.

Un enfant est automatiquement mis sous la garde des deux parents s'ils sont mariés<sup>1</sup>. De même, lorsque les deux époux divorcent, la règle principale consiste à maintenir la garde commune. Si un enfant est né en dehors du mariage, la mère a automatiquement la garde exclusive de l'enfant<sup>2</sup>. Néanmoins, si le père de l'enfant n'est pas marié à la mère, les parents peuvent obtenir la garde commune. S'ils sont d'accord, cela se fait souvent par avis ou accord. Un homme peut également demander la garde commune devant le tribunal<sup>3</sup>. Le juge décidera alors de la garde commune en retenant ce qui est le mieux pour l'enfant<sup>4</sup>. La possibilité de maintenir la garde commune après un divorce ou d'obtenir la garde commune même si les parents ne sont pas mariés a été légalisée en 1977<sup>5</sup>. La réforme de la réglementation de la garde de 1983<sup>6</sup> a introduit la présomption de garde commune légale après un divorce.<sup>7</sup> En 1983, la procédure pour obtenir la

---

<sup>1</sup> 3§ s. 1 Föräldrabalken (1949:381) (FB).

<sup>2</sup> Ch. 6 §3 FB. Il y a cependant une proposition de garde commune automatique ; DS 1999:57 Gemensam vårdnad för ogifta föräldrar – samt en språklig och redaktionell översyn av 6 kap. Föräldrabalken.

<sup>3</sup> Ch. 6 §§ 4 et 5 FB.

<sup>4</sup> Ch. 6 §5 FB.

<sup>5</sup> Loi (1076:612) sur la réforme du Code parental.

<sup>6</sup> Loi (1983) sur la réforme du Code parental.

<sup>7</sup> Ch. 6 § 3 s. 2 FB.

garde commune légale a été simplifiée même pour des parents non mariés et qui vivent ensemble.

Le 1<sup>er</sup> octobre 1998<sup>8</sup>, une réforme de la garde d'une plus grande envergure a été introduite en Suède. Un couple de parents n'a plus besoin de donner son accord sur le maintien ou l'obtention de la garde commune légale de leur enfant. La réforme implique ainsi que le tribunal peut désormais ordonner la garde commune légale même si l'un des parents s'y oppose. Cependant, dans le cas où les deux parents s'opposent à la garde commune, le tribunal ne peut pas ignorer leurs opinions. Cette évolution législative repose sur la conviction que la garde commune est un élément important qui va dans le sens d'une plus grande attention vis-à-vis des intérêts de l'enfant. On considère qu'il est essentiel que les deux parents participent à l'éducation de l'enfant et qu'ils prennent leurs responsabilités envers celui-ci<sup>9</sup>.

La garde commune d'un enfant implique des droits et des devoirs incombant au(x) parent(s) gardiens(s). En effet, prendre certaines décisions peut avoir un impact sur la situation personnelle de l'enfant<sup>10</sup>. Pour l'attribution de la garde, aucune différence n'est faite entre des parents qui habitent ensemble et ceux qui habitent séparément. Avoir la garde d'un enfant consiste à le prendre en charge et à lui apporter la sécurité et une bonne éducation<sup>11</sup>. On devrait exclure de ce contexte les obligations du tuteur qui portent avant tout sur des décisions relatives aux biens d'un enfant mineur<sup>12</sup>. Il est en effet d'usage que les gardiens jouent aussi le rôle de tuteur<sup>13</sup>. Cependant, la garde ou la prise en charge réelle d'un enfant doit être quotidienne<sup>14</sup>.

Le point de départ de la loi suédoise réside dans le fait que les co-gardiens doivent prendre ensemble toutes les décisions qui sont du ressort de

---

<sup>8</sup> Loi (1998:319) sur la réforme du Code parental.

<sup>9</sup> NJA 2000 s. 345. Voir aussi RYRSTEDT, Eva. *Gemensam vårdnad är inte alltid det bästa för barn*. *JT*, 2000-01, p. 423.

<sup>10</sup> Ch. 6 §11 FB.

<sup>11</sup> Ch. 6 § 1 FB.

<sup>12</sup> Ch.12 § 1 FB. Voir WAHLIN, Gösta, VÅNGBY, Staffan. *Föräldrabalken : En Kommentar*. Del i, 1-13 kap, Göteborg 2001, p 12:3.

<sup>13</sup> Ch.10 § 2 FB.

<sup>14</sup> Voir SALDEEN, Åke. *Barn och Föräldrar*, 4<sup>ème</sup> ed. Uppsala, 2001, p. 73. Comparez aussi SCHIRATZKI, Johanna, *Vårdnad och vårdnadstvist*. Stockholm, 1997, p. 193.

leur compétence, que la garde réelle soit commune ou non<sup>15</sup>. Toutefois, les travaux préparatoires n'impliquaient pas l'obligation pour les deux parents de participer<sup>16</sup> à toutes les décisions quotidiennes nécessaires pour la garde d'un enfant<sup>17</sup>.

La loi suédoise -considérant qu'il doit exister un consensus pour permettre au gardien d'agir- vise pratiquement tous les points sauf la résidence et le droit de visite sur lesquels le tribunal peut trancher. Il n'existe pas de règle générale sur le règlement d'un différend entre des co-gardiens ou sur la possibilité de partager les tâches d'un gardien. Ces points ont été discutés durant les travaux préparatoires de la réforme du Code Parental (FB) en 1998<sup>18</sup>, mais aucune modification n'a été introduite. On a estimé qu'il était souhaitable que les parents s'entendent le mieux possible sur tout sujet concernant l'enfant<sup>19</sup>. Ainsi, un gardien qui considère ne pas pouvoir coopérer avec l'autre parent, a pour seule alternative de demander la garde exclusive de l'enfant ou d'accepter le statut quo. Le tribunal prononcera une garde exclusive dans le seul cas où les difficultés d'entente entre les parents sont telles que la garde commune ne peut plus être considérée comme compatible avec l'intérêt de l'enfant. La philosophie dominante repose sur l'entente des parents, l'existence d'un désaccord sur un point autre que celui de la résidence ou du droit de visite ne devrait pas constituer un motif suffisant pour accorder une garde exclusive.

Il est acquis que la garde commune est dans la plupart des cas préférable à la garde exclusive. L'accent étant mis sur les intérêts de l'enfant, la garde commune est considérée comme un élément important<sup>20</sup>. La question de savoir si la garde devrait être commune ou exclusive est cependant liée au contenu de la notion de « garde ». L'importance de la question de la garde de l'enfant s'accroît avec l'envergure que prend l'accord entre parents. Précédemment, l'entente préalable entre les parents était exigée si la garde devenait commune. L'entente sur la garde supposait alors -implicitement- l'entente sur d'autres éléments concernant l'enfant.

---

<sup>15</sup> Ch. 6 § 13 FB.

<sup>16</sup> Dans certaines circonstances, un parent peut aussi agir seul si l'autre parent en est directement empêché, ch. 6 § 13 s. 2 FB.

<sup>17</sup> Prop. 1975/76:170 Om ändring i föräldrabalken m.m. p. 144 and 178. See also Prop. 1997/98:7 Vårdnad, boende och umgänge, p. 54.

<sup>18</sup> SOU 1995:79 Vårdnad, boende och umgänge.

<sup>19</sup> SOU 1995:79, p. 83 et Prop. 1997/98:7, pp. 51.

<sup>20</sup> Prop 1997/98:7, p. 49.

Aujourd'hui, l'entente entre les parents n'est plus obligatoire pour obtenir la garde commune. Elle est cependant exigée *par la suite*. En d'autres termes, le tribunal peut ordonner la garde commune contre la volonté de l'un des parents ; mais, par la suite, le juge n'a plus la possibilité de résoudre d'autres conflits existant entre les parents, si ce n'est ceux liés à la résidence et au droit de visite. De plus, il n'existe en Suède aucune possibilité de partager les compétences entre les parents, ce qui n'est pas sans importance s'agissant de questions strictement économiques. Si les parents sont malgré eux engagés dans la garde commune, il est probable que des terrains d'entente seront difficiles à trouver, par exemple pour le partage des allocations familiales ou des indemnités de soins.

Les différends peuvent aussi être de nature économique. A cet égard, la communauté suédoise offre différents types d'aides aux familles avec enfants. L'aide aux familles suédoises est aujourd'hui composée d'allocations familiales, d'une allocation logement pour les familles avec enfants, d'une allocation de soutien familial, d'une assurance parentale comprenant une indemnité de maternité, une pension pour enfant, une indemnité de soins pour les enfants handicapés et une indemnité pour les coûts d'adoption internationale. Les allocations familiales, l'allocation logement, l'allocation de soutien familial et l'indemnité de soins occupent une place bien particulière car elles représentent une aide fournie à l'un des deux parents basée sur la prise en charge de l'enfant. Ces compléments économiques peuvent représenter une grande part du budget de la famille et peuvent être d'un grand intérêt pour des parents qui vivent séparément. La réglementation sociale de ces prestations repose sur des éléments relevant du droit de la famille.

Des problèmes peuvent surgir en raison d'incompatibilité (II) entre les règles du droit de la famille relatives à la garde de l'enfant et les règles de droit social relatives au choix du bénéficiaire des prestations familiales (I).

## **I. LES DIFFÉRENTS PRESTATIONS FAMILIALES**

Les prestations versées à la famille en raison de l'enfant sont l'allocation familiale (A), l'indemnité de soins (B), l'allocation logement (C) et l'allocation de soutien familial (D).

## A. Les allocations familiales

### 1. Historique et fonction des allocations familiales

La première régulation, la loi relative aux allocations familiales générales (ABBL) a été introduite en 1947<sup>21</sup> et est toujours en vigueur. Les allocations familiales constituent une partie de l'aide économique attribuée à la famille. Avant cette loi, les familles avec enfants pouvaient obtenir des réductions de taxes. Un règlement existait également sur les allocations familiales dont le but principal était de subvenir aux besoins de pauvres orphelins<sup>22</sup>. La loi de 1947 relative aux allocations familiales a été adoptée dans un contexte d'enregistrement national civil<sup>23</sup>. Par différentes propositions, dont l'une d'elles portait sur l'allocation familiale en espèces, la volonté du législateur était de contribuer l'amélioration de la qualité de vie des familles avec enfants<sup>24</sup>. Lors des travaux préparatoires, on a considéré que l'existence d'un enfant et a fortiori de plusieurs enfants contribuait à

---

<sup>21</sup> Loi (1947:529) relative aux allocations familiales générales.

<sup>22</sup> Loi (1937:382) relative aux allocations familiales.

<sup>23</sup> L'enregistrement national est une institution visant à établir la résidence d'une personne et à enregistrer des informations sur l'identité, la famille ainsi que d'autres éléments. Seul un changement réel de résidence peut modifier l'enregistrement. Une personne peut être enregistrée à une seule adresse. L'enregistrement national peut avoir un rôle décisif sur l'allocation familiale, l'allocation logement, l'indemnité de soins et l'allocation de soutien familial. La réglementation de l'enregistrement national est technique. Son origine remonte au 14<sup>ième</sup> siècle. Il implique un enregistrement mécanique des éléments relatifs à la résidence de la population, du statut marital et d'autres informations personnelles d'une importance légale. Le système ne prend pas en considération les modèles actuels, plus souples et variés, de création d'une famille.

Les demandes de renseignement du bureau de l'enregistrement national repose sur des critères objectifs sans considération véritable du souhait des parents. Les parents ainsi ne disposent pas de l'enregistrement national. Une demande concernant un changement d'enregistrement national doit être faite conjointement par les parents. En cas de désaccord, l'administration nationale fiscale peut reprendre l'affaire de sa propre initiative (BEJSTAM, lars, WICKTÖM, Anita, p.25). Si les parents décident de former un appel contre la décision de l'administration, leur consentement respectif est exigé. Dans une affaire datée de 1995, il a été établi que, lorsque des parents ont la garde commune d'un enfant, l'un des parents n'est pas autorisé à faire appel des décisions de l'administration fiscale concernant l'enregistrement national sans le consentement de l'autre (RÅ 1995 Ref 74. Voir aussi SOU 1996 :68 Nagra folkbokföringsfrågor, pp.251 et p.38. Comparer au ch.6 §§ 11 et 13 FB et §30 FbL).

Il peut aussi être établi que la demande d'enregistrement national implique souvent que l'adresse d'enregistrement national d'un enfant ne coïncide pas avec celle où l'enfant passe la majeure partie de son temps (SOU 1996 :68 Nagra folkbokföringsfrågor, p.253).

<sup>24</sup> Prop. 1947:220 Med förslag till lag om allmänna barnbidrag, m.m., pp. 6.

baisser le pouvoir d'achat d'une famille, ce qui avait été confirmé par des études statistiques<sup>25</sup>. En outre, on a estimé que l'allocation de soutien familial pour enfants concernait la société dans son ensemble, les enfants devenant plus tard les acteurs mêmes de la société<sup>26</sup>. A travers différents types d'aides économiques attribuées aux familles avec enfants, l'intention était de niveler le coût de l'enfant pour des salariés soumis à des charges différentes à un moment donné, mais aussi de niveler les coûts pour un salarié soumis à des charges d'entretien différentes selon les périodes. On a estimé que ces mesures pouvaient relever de considérations de justice, politico sociales, et démographiques<sup>27</sup>. L'aide existant à cette époque n'était pas suffisante et le débat s'est orienté vers trois formes d'aide : l'allocation logement, la gratuité des repas à l'école et l'allocation familiale en espèce<sup>28</sup>.

Dans le débat sur les critères d'attribution de l'allocation familiale générale, la soumission au critère de ressources n'a pas été retenue car on considérait que l'allocation familiale faisait partie d'une politique de distribution équitable des coûts familiaux. Le critère de ressources aurait donné à l'allocation familiale un caractère autre que celui mis en avant par des enquêtes sur la population. On a également retenu que le critère des ressources exigeait un appareil administratif assez lourd<sup>29</sup>.

## ***2 Montant et destinataire des allocations familiales***

L'allocation familiale générale pour un enfant résidant en Suède est payable jusqu'au trimestre (inclus) durant lequel l'enfant atteint l'âge de 16 ans. Le montant est de 950 SEK par mois. L'allocation doit être utilisée pour la subsistance et l'éducation de l'enfant<sup>30</sup>. Au-delà de 16 ans, une allocation familiale dite prolongée, selon la loi relative aux allocations familiales prolongées (*FBBL*)<sup>31</sup>, peut remplacer l'allocation familiale durant la période pendant laquelle l'enfant est encore inscrit à l'école ou à d'autres formes d'enseignement<sup>32</sup>. Après cette période, l'enfant peut recevoir une aide

---

<sup>25</sup> Prop 1947:220, p. 48.

<sup>26</sup> Prop. 1947:220, p. 49

<sup>27</sup> Prop. 1947:220, p. 16.

<sup>28</sup> Prop. 1947:220, p. 22.

<sup>29</sup> Prop. 1947:220, pp. 25 y compris p. 52.

<sup>30</sup> Loi §§ 1 et 2 (1947:529) relative aux allocations familiales générales (*ABBL*).

<sup>31</sup> Loi § 1 (1987:378) relative à l'allocation familiale prolongée (*FBBL*). Pour des types d'enseignement acceptés voir ch. 9 § 1 ou 2 loi scolaire (1985:1100).

<sup>32</sup> §§ 1-4 *FBBL*.



étudiante de 950 SKR par mois durant la période scolaire définie comme la période pendant laquelle il suit un certain type d'enseignement secondaire, spécifié dans la loi sur l'aide financière aux étudiants. Cette aide est néanmoins attribuée jusqu'au premier semestre de l'année durant laquelle l'étudiant atteint l'âge de 20 ans<sup>33</sup>.

Si une famille a plus de deux enfants, un « supplément pour plusieurs enfants » est versé<sup>34</sup>. Chaque enfant supplémentaire a droit à un supplément de 254 SEK par mois pour le troisième enfant, de 760 SEK pour le quatrième et le cinquième et de 950 SEK pour chaque enfant supplémentaire. Lorsque le supplément est calculé, les enfants, au titre duquel une personne perçoit une allocation familiale générale, ainsi que ceux, au titre duquel une autre personne perçoit une allocation familiale générale, sont pris en compte si les destinataires de l'allocation habitent ensemble en permanence, sont mariés et ont ou ont eu des enfants ensemble<sup>35</sup>. Le supplément est ainsi lié à la famille. Il est attribué comme une seule et unique allocation, bien qu'il y ait plusieurs enfants. Les enfants dans une famille peuvent avoir différents parents. Le versement du supplément ne peut pas être divisé<sup>36</sup>.

Dans le calcul du supplément, il faut classer dans la même catégorie les enfants qui ont atteint 16 ans et qui poursuivent des études leur donnant droit à l'allocation familiale prolongée<sup>37</sup> ou une aide étudiante. L'étudiant est ainsi qualifié d'enfant à partir du trimestre de l'année pendant laquelle les études commencent et jusqu'au second trimestre (inclus) de l'année durant laquelle l'étudiant atteint l'âge de 20 ans. L'étudiant doit habiter en permanence avec la personne qui fait la demande de l'allocation afin d'être qualifié pour le supplément<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Ch. 2 §§ 2 et 3 Aide financière pour des étudiants en droit.

<sup>34</sup> Le supplément pour plusieurs enfants a été créé comme une compensation de subventions réduites. Voir Prop. 1980/81:88 Om utformningen av ett ekonomiskt stöd till flerbarnsfamiljer, p. 5. Voir Loi (1981:702) relative au changement de la loi (1947:529) relative aux allocations familiales.

<sup>35</sup> § 2a ABBL.

<sup>36</sup> RFV Rekommenderar 1998:8, Almännna råd; Allmännt branbidrag, Flerbarnstillägg och förlängt barnbidrag, pp. 24.

<sup>37</sup> Selon la Loi (1986:378) relative à l'allocation familiale prolongée.

<sup>38</sup> § 2b ABBL.

Si un parent a la garde exclusive d'un enfant, ce gardien a également le droit exclusif de recevoir l'allocation familiale. Si des parents ont la garde commune et habitent ensemble, la mère a le droit de percevoir l'allocation familiale, à moins que les parents aient décidé et avisé les services concernés que c'était le père qui devait la recevoir. A l'origine, la mère était en principe la personne qui s'occupait régulièrement de l'enfant et qui était ainsi la plus apte à évaluer ses besoins. De cette manière, il était garanti que l'allocation familiale soit utilisée de la manière la plus appropriée et dans le meilleur intérêt de l'enfant. Il était ainsi fort probable que l'allocation subvienne véritablement aux besoins de l'enfant et produise l'effet recherché à savoir, élever le train de vie. En outre, il existait à cela des raisons pratiques. On considérait, en général, que la mère avait plus de possibilités que le père à percevoir la somme. Quelques organismes avaient estimé que cela pourrait susciter des conflits familiaux. Un haut responsable a considéré que ces craintes étaient exagérées mais que ce risque pouvait être plus important s'il revenait aux époux de choisir celui d'entre eux qui devait percevoir l'allocation. Cette alternative fut examinée par les experts. Ces derniers ont pensé que cela créerait des difficultés pour nombre de ménages et pourrait alors susciter des conflits familiaux<sup>39</sup>.

Si l'enfant vit en permanence avec l'un des parents, celui-ci a le droit de percevoir l'allocation familiale<sup>40</sup>. Lorsqu'il faut décider chez quel parent l'enfant doit être considéré vivre en permanence, on retient normalement la résidence du parent à l'adresse duquel il a été enregistré. S'il peut être démontré que l'enfant ne vit pas à l'adresse où il a été enregistré, l'allocation est versée, après en avoir avisé le parent intéressé, à la résidence réelle de l'enfant. Si l'enfant réside à temps égal et alternativement chez chaque parent, l'allocation familiale est versée au parent chez qui l'enfant est enregistré<sup>41</sup>. Lorsque l'enfant atteint l'âge légal, c'est l'enfant lui-même qui recevra l'allocation selon le *FBBL*. Il est expressément rappelé dans la loi que l'enfant est habilité à recevoir l'allocation. Lorsque l'*ABBL* et le *FBBL* sont réunis pour ouvrir droit à l'allocation pour plusieurs enfants, même si aucun enfant n'a droit à l'allocation familiale mais seulement à l'allocation

---

<sup>39</sup> Prop 1947:220, p. 91.

<sup>40</sup> § 4 ABBL. Une décision a été prise concernant une adaptation du §4 ABBL dû au fait que deux personnes du même sexe peuvent, après une adoption, être parents d'un enfant. Loi Law (2002:606) relative à l'allocation familiale générale. Cependant, la réforme n'est pas encore rentrée en vigueur.

<sup>41</sup> RFV Rekommenderar 1998:8, pp. 20

familiale prolongée, et même si l'enfant a atteint l'âge légal, le supplément sera payé au parent ou aux parents chez qui l'enfant réside en permanence. Si deux personnes ont droit à un supplément, celui-ci sera versé à la femme à moins que l'homme et la femme aient signifié que sera l'homme le destinataire de l'allocation<sup>42</sup>.

## **B. L'indemnité de soins**

### *1 Historique et fonction de l'indemnité de soins*

La première réglementation de l'indemnité de soins date de 1964<sup>43</sup>. Elle comprenait la loi (1962:381) relative à l'assurance générale (AFL) et concernait l'indemnité d'invalidité pour un enfant handicapé ou atteint d'une maladie de longue durée. La maladie ou le handicap donnaient lieu à versement de l'indemnité si et seulement si cette maladie ou cette blessure exigeait plus de soins que ceux donnés à un enfant du même âge et normalement constitué. Pour ouvrir droit à une indemnité de soins, l'enfant doit avoir besoin « d'un niveau très élevé » d'attention et de soins particuliers<sup>44</sup>. Cette exigence a été assouplie en 1975<sup>45</sup>. Le système a été grandement modifié par la suite, le 1<sup>er</sup> juillet 1992. Il a été ainsi décidé que l'indemnité de soins pouvait représenter jusqu'à deux fois et demie le montant de base<sup>46</sup>. L'indemnité de frais supplémentaires pouvait alors être plus élevée que le montant maximum attribué pour une indemnité totale de soins. Lors des travaux préparatoires, on a estimé que le montant de l'indemnité de soins ne représentait pas exactement le travail supplémentaire effectué par le parent d'un enfant handicapé. Il était ainsi important que l'indemnité de soins soit substantiellement augmentée<sup>47</sup>.

Au moment des travaux législatifs d'envergure menés sur les questions de pension, la réglementation sur les indemnités des handicapés et de soins fut incorporée dans la loi 1998/703 relative à l'indemnité pour

---

<sup>42</sup> RFV Rekommenderar 1998:8, p. 25.

<sup>43</sup> § 4a ABBL.

<sup>44</sup> Westerhäll, Lotta, *Ersättning för vård av handikappade barn*, 2<sup>nd</sup> ed. Stockholm 1996, p. 18.

<sup>45</sup> Par la Loi (1974:784) relative à la réforme sur la loi 1962:381) relative à l'assurance générale.

<sup>46</sup> Ceci est un règlement plus ancien qui est dorénavant remplacé par le « montant de la base du prix ».

<sup>47</sup> Prop. 1991/92.106 Om vissa socialförsäkringsfrågor, p. 26.

handicapés et de soins (*VårdbL*). La nouvelle législation est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001. Dans le projet de loi du gouvernement, on a retenu que l'indemnité de soins était justifiée par les coûts croissants que les parents d'enfants handicapés devaient supporter<sup>48</sup>. Ce motif a été dès le départ validé dans la nouvelle réglementation<sup>49</sup>, dans la mesure où les soins à apporter à un enfant handicapé pesaient davantage sur une famille, notamment si l'un des parents avait totalement ou en partie abandonné son travail<sup>50</sup>.

## **2 Montant et destinataire de l'indemnité de soins**

Un parent<sup>51</sup> a droit à une indemnité de soins pour un enfant<sup>52</sup>, par suite d'une maladie, d'un état mental retardé ou d'une autre invalidité nécessitant une attention et des soins particuliers pendant au moins six mois. Le droit à l'indemnité de soins peut également se fonder sur les frais supplémentaires engendrés par la maladie de l'enfant<sup>53</sup>. Les soins et l'attention sont des termes qui sont utilisés dans le *VårdbL*. Ce besoin n'est cependant pas spécifique aux enfants handicapés, il s'applique à tous les enfants. Ce qui est spécifique aux enfants handicapés, c'est la relation causale avec le handicap<sup>54</sup>.

Actuellement, cette indemnité est payée jusqu'au moment où l'enfant atteint l'âge de 16 ans. Mais, à partir de 2002, l'indemnité sera payée jusqu'en juin (inclus) de l'année pendant laquelle l'enfant atteindra ses 19 ans<sup>55</sup>. Pour le règlement de l'indemnité de soins, il est exigé que les parents s'occupent d'un enfant handicapé à leur domicile. Le parent peut être qualifié de gardien permanent, même si une partie de la garde est confiée à

---

<sup>48</sup> Prop. 1997/98:152 Garantipension, m.m. p. 130

<sup>49</sup> Prop. 1973:47 Angående förbättrande av familjeförmåner inom den allmänna försäkringen, m.m. pp. 52.

<sup>50</sup> Prop. 1991/792:106, p. 26.

<sup>51</sup> Certaines autres personnes sont mises à égalité avec les parents, §4 Loi (1998:703) relative à l'indemnité pour les handicapés ou à l'indemnité de soins (*vårdbL*).

<sup>52</sup> Selon §1 *VårdbL* loi de l'assurance sociale (1999:799).

<sup>53</sup> § 8 *VårdbL*.

<sup>54</sup> Westerhäll, p. 34.

<sup>55</sup> Modifié par la loi (2001:491). Le changement fait partie d'une modification sur le calcul de l'indemnité destinée à des personnes soumises à une réduction persistante/prolongée ou de longue durée de la capacité de travail pour des raisons médicales. Pour cela voir Prop. 2000/01:96 *Sjukersättning och aktivitetsersättning istället för förtidspension*.

une autre personne<sup>56</sup>. En revanche, l'indemnité de soins n'est pas payable si l'enfant est soigné en dehors de chez lui, dans une institution ou dans un autre lieu équivalent, sous tutelle de l'Etat, de la région ou de la municipalité, ou si l'enfant à la charge des parents est soigné en permanence par un tiers, en dehors de chez lui<sup>57</sup>.

Le montant de l'indemnité de soins dépend du niveau d'attention et de soins et du montant des frais supplémentaires. La totalité, les trois quarts, la moitié ou le quart du montant de l'indemnité de soins peut être attribuée. L'indemnité totale représente 250% du montant de base du prix indexé<sup>58</sup>. Si l'indemnité est versée seulement en considération des frais supplémentaires, elle peut être fixée à 62.5% maximum du montant de base du prix indexé. L'indemnité pour les frais supplémentaires peut également être versée au-delà de la somme maximum versée pour une indemnité totale de soins<sup>59</sup>.

L'indemnité de soins peut être limitée afin qu'elle soit valable uniquement pour une période donnée. Le besoin d'indemnité de soins est réexaminé une année sur deux. Toutefois, dans certains cas il est possible d'espacer davantage l'évaluation de la situation<sup>60</sup>. Le besoin d'indemnité de soins sera réexaminé chaque fois que changeront les circonstances relatives au besoin<sup>61</sup>.

Même si les deux parents d'un enfant ont en fait le droit à une indemnité de soins, celle-ci peut être versée seulement à l'un d'eux, à moins qu'ils ne partagent la garde, participent tous les deux à la garde et qu'ils demandent conjointement que l'indemnité de soins soit divisée en deux. Si l'indemnité de soins, est à verser à l'un des deux parents, c'est le parent qui s'occupe principalement de l'enfant qui a le droit à l'indemnité<sup>62</sup>. Cependant,

---

<sup>56</sup> Westerhäll, p. 30.

<sup>57</sup> § 10 P 2 nad § 16 VårdbL. Voir Westerhäll, pp. 30.

<sup>58</sup> Le montant de base du prix indexé est réglementé dans ch.1 § 6 Loi (1962:381) sur l'assurance générale. Dans le décret (2001:647) sur le montant de base du prix indexé et le montant de base renforcé du prix indexé pour l'année 2002, le montant de base du prix indexé de l'année courante est donné. Le montant de base du prix indexé est 37 900 SEK pour l'année 2002.

<sup>59</sup> § 9 VårdbL.

<sup>60</sup> § 10 VårdbL.

<sup>61</sup> § 10 VårdbL.

<sup>62</sup> § 18 VårdbL.

il ne devrait pas être exigé d'un parent qu'il obtienne un emploi rémunéré, afin d'avoir le droit à l'indemnité de soins<sup>63</sup>.

## **C. L'allocation logement**

### ***1. Historique et fonction de l'allocation logement***

L'allocation logement a une longue histoire en Suède. La première réglementation date de 1935. Le but consistait à aider les familles les plus défavorisées ayant beaucoup d'enfants, vivant en ville ou dans des aires très peuplées<sup>64</sup>, à obtenir des locations d'appartement à bas prix. Les familles étaient supposées avoir trois enfants au moins<sup>65</sup>. La réglementation fut modifiée en 1948 ; on exigea alors que la famille ait deux enfants mineurs pour ouvrir droit à l'allocation logement<sup>66</sup>. Une autre réforme a eu lieu en 1957. L'objectif exprimé était de baisser les frais de logement annuels pour des familles avec enfants et de promouvoir l'amélioration de la qualité de logement<sup>67</sup>. Un enfant était alors suffisant pour prétendre à l'allocation<sup>68</sup>. En 1968, la réforme consistait à verser des allocations pour les dépenses familiales et à promouvoir la qualité de logement<sup>69</sup>. La première régulation reconnaissant aux familles sans enfant le droit à une indemnité de logement, a été introduite en 1973. Cependant, les familles avec enfants étaient plus favorisées<sup>70</sup>. L'allocation logement a continué à poursuivre ces objectifs initiaux<sup>71</sup>, les familles avec enfants ont été plus tard le groupe cible, le plus

---

<sup>63</sup> Prop. 1973:47, p. 63.

<sup>64</sup> § 1 l'avis/proclamation des Majestés royales (1935:512) sur les prêts et les allocations pour promouvoir l'aide de logement aux familles les plus pauvres ayant beaucoup d'enfants.

<sup>65</sup> § 18 Proclamation (1935:512).

<sup>66</sup> § 4 La proclamation des Majestés royales (1948:547) sur les allocations familiales et l'allocation de fuel.

<sup>67</sup> § 1 La proclamation des Majestés royales (1957:538) sur l'allocation familiale pour le logement.

<sup>68</sup> § 4 Proclamation (1957:358).

<sup>69</sup> § 1 La proclamation des Majestés royales (1968:425) sur les suppléments de logement de l'Etat pour les familles avec enfants.

<sup>70</sup> §§ 1, 2 La proclamation des Majestés royales (1973:263) sur les suppléments de logement de la municipalité.

<sup>71</sup> Pour cela, voir décret (1976:262) sur les allocations logement de la commune ainsi que le décret (1976:263) sur les allocations logement de l'Etat pour des familles avec enfants. Voir aussi la Loi (1988:786) sur l'allocation logement et la Loi (1992:148) sur l'allocation spéciale destinée aux parents célibataires.

favorisé. Les réformes visaient à élever la qualité du logement, à réduire le nombre de logements surpeuplés, à répartir de manière plus équitable les différences face aux charges et, en général, à renforcer la capacité d'aide aux ménages en difficulté<sup>72</sup>. Dans la réglementation actuelle, on souligne que l'allocation logement a pour finalité d'aider les familles dépendantes de ces allocations à vivre dans des appartements modernes avec une chambre pour chaque enfant<sup>73</sup>.

## **2. Montant et destinataire de l'allocation logement**

Selon la loi 1993/737 (BostadsBL), l'allocation logement provient de fonds publics ; elle est constituée en partie sous forme de contributions aux dépenses de l'appartement dans lequel le demandeur réside et est enregistré, et sous la forme d'une allocation spéciale pour les enfants vivant à la maison<sup>74</sup>. L'allocation logement est ainsi composée de deux parties, l'une est liée au logement proprement dit et l'autre est une allocation spéciale attribuée à des familles avec enfants, pour des enfants vivant à la maison<sup>75</sup>. Les enfants de moins de 18 ans ou ceux qui reçoivent une allocation familiale prolongée ou une aide financière sont qualifiés d'enfants<sup>76</sup>.

Il existe une règle particulière régissant le droit à l'allocation logement pour les familles avec enfants. Cette règle définit légalement les familles avec enfants. Ainsi, différents types de familles avec enfants ont droit soit aux deux types d'aides exposés ci-dessus soit simplement à l'allocation liée au logement.

La personne qui a la garde d'un enfant et vit en permanence avec lui<sup>77</sup> a droit à l'allocation logement<sup>78</sup>. Un enfant est normalement considéré comme résidant en permanence au lieu de son enregistrement. Néanmoins, on ne peut pas écarter l'hypothèse d'un enfant qui a quitté sa résidence sans autorisation et qui est gardé au lieu de sa nouvelle adresse, ou qu'un co-

---

<sup>72</sup> Prop. 1986/87:48 sur la politique du logement p. 48.

<sup>73</sup> Prop. 1992/93:174 sur l'administration de l'allocation logement destinée à des familles avec enfants et plus, p. 41.

<sup>74</sup> §§ 1 et Loi 14 (1993:737) sur l'allocation logement (BostadsBL).

<sup>75</sup> Prop. 1992/93:174, p. 54.

<sup>76</sup> § 2 p. 2 BostadsBL.

<sup>77</sup> Avec signifie le même comme constamment, Prop. 1992/93:174, p. 61.

<sup>78</sup> § 10 s. 1 p. 1 BostadsBL.

gardien sans raison enlève l'enfant d'une manière injustifiée. L'enfant sera alors considéré comme habitant chez le gardien jusqu'à ce que les possibilités du gardien de faire valoir son droit de prise en charge de l'enfant aient été clarifiées<sup>79</sup>. Cependant, des investigations plus approfondies peuvent parfois être nécessaires pour d'autres raisons. La question de la résidence peut parfois être réglée en prenant compte le temps réel passé par l'enfant auprès de ses parents respectifs. On peut aussi retenir d'autres éléments<sup>80</sup> comme par exemple, le lieu où l'enfant laisse ses affaires personnelles. Une personne qui, en vertu de la garde ou du droit de visite, a des enfants habitant chez lui ou chez elle durant certaines périodes, est également définie comme une famille avec enfants et a droit à l'allocation logement<sup>81</sup>. Si des parents qui ne vivent pas ensemble ont la garde commune d'un enfant, le parent dont la résidence est le lieu d'enregistrement de l'enfant, est traité de la même manière qu'un parent qui a la garde exclusive et qui vit en permanence avec l'enfant<sup>82</sup>.

Comme il a été précédemment, l'allocation logement familiale comprend deux parties. Lorsque les parents ont la garde commune d'un enfant et qu'ils ne vivent pas ensemble, seul le parent chez qui l'enfant est enregistré, et qui est le seul gardien à habiter en permanence avec l'enfant, a le droit aux deux allocations : l'allocation liée au logement et l'allocation spéciale pour des familles avec enfants.

## **D. L'allocation de soutien familial**

### ***1 Historique et fonction du soutien familial***

Le soutien familial qui a remplacé en 1996<sup>83</sup> la première allocation de soutien familial<sup>84</sup>, vise à garantir aux enfants de parents vivant seuls une certaine aide économique. Le soutien familial peut offrir cette garantie lorsqu'un parent, assurant l'entretien d'un enfant, ne peut pas ou peut, mais de manière limitée, subvenir aux besoins de l'enfant et lorsqu'un parent peut

---

<sup>79</sup> Prop. 1992/93:174, pp. 61.

<sup>80</sup> Prop. 1978/79:12 On underhåll till barn och fränskillda, p. 197.

<sup>81</sup> § 10 s. 1 p. 3. BostadsBL.

<sup>82</sup> § 11 BostadsBL.

<sup>83</sup> Loi (1996:1030) relative à l'allocation de soutien familial (UsL).

<sup>84</sup> L'établissement de l'avance de soutien familial a été introduit en 1937 par la loi (1937:383) relative à l'avance de soutien familial destinée aux enfants



le faire mais ne le fait pas dans les temps voulus<sup>85</sup>. Lors des travaux préparatoires de la loi relative au soutien familial, il a été retenu que l'allocation avait contribué à une plus juste distribution des revenus entre les groupes sociaux et avait permis aux parents vivant seuls de donner à leurs enfants un niveau de vie économique acceptable. De plus, les comparaisons internationales de l'époque démontraient que le soutien familial suédois avait connu un réel succès. Il était ainsi possible d'éviter que les enfants vivent dans la pauvreté<sup>86</sup>. Lors des travaux préparatoires, il a été jugé important d'établir que le soutien familial suédois n'avait pas eu d'effets pervers tel que celui d'empêcher les parents d'avoir un emploi rémunéré<sup>87</sup>. A cette époque, on n'imaginait pas que cette allocation de soutien familial puisse devenir « une trappe à pauvreté », notamment quand le soutien contribue à démotiver les parents de travailler de manière régulière. Cet aspect a été débattu plus tard<sup>88</sup>.

Une autre conséquence positive des aides économiques à la famille a été souligné dans le projet de loi du gouvernement pour le UsL : les hommes et les femmes n'ont pas besoin de vivre dans un climat conflictuel pour des raisons économiques<sup>89</sup>. Il semble que cette réglementation traduise la volonté de procurer l'indépendance économique pour chaque individu. On trouve cette même perspective très clairement exprimée dans les directives du Code de la famille de 1987 (ÄktB)<sup>90</sup>.

Le parent chez lequel réside l'enfant pouvait obtenir à certaines conditions l'allocation de soutien familial y compris en cas de résidence partagée. Cela supposerait que les parents s'entendent sur un partage éventuel de l'allocation de soutien familial<sup>91</sup>. La conception de cette règle a été critiquée, notamment sur le fait que les parents pouvaient disposer de ce soutien d'un commun accord, même lorsque les enfants étaient enregistrés chez le parent ayant les revenus les plus élevés<sup>92</sup>. On a également fait valoir que le parent chez lequel réside l'enfant ne souhaitait pas laisser l'enfant

---

<sup>85</sup> Prop. 1995/96:208 Underhållstöd till barn till säelevande föräldrar, m.m. p. 31.

<sup>86</sup> Prop. 1995/96:208, p. 31.

<sup>87</sup> Prop. 1995/96:208, p. 31.

<sup>88</sup> Pour cela, voir SOU 2001:24.

<sup>89</sup> Prop. 1995/96:208, p. 31.

<sup>90</sup> Äktenskapsbalken (ÄktB) (1987:230). SOU 1972:41 Familj och äktenskap, Del I pp. 112.

<sup>91</sup> Prop. 1995/96:208, pp. 36. Voir aussi Bejstam, Lars/Wickström, Anita, Underhållstöd och underhållsbidrag, Stockholm 1996, pp. 60.

<sup>92</sup> Comparer Prop. 199972000:118 Underhållstöd vid växelvis boende, p. 18.

passer trop de temps chez l'autre parent, craignant de se voir retirer l'allocation de soutien familial. En même temps, les parents obligés de payer les charges de soutien familial étaient dotés d'un certain avantage psychologique et, de ce fait, ont exagéré l'idée que le temps de l'enfant passé chez chaque parent était tel que la résidence partagée était prise en compte, et le parent s'arrangeait ainsi pour échapper à son devoir de soutien<sup>93</sup>. Ce sont ces critiques qui ont orienté les dernières réformes. Ainsi, en vertu de la loi promulguée en 2000<sup>94</sup>, l'allocation de soutien familial peut maintenant être versée aux deux parents en cas de résidence partagée.

Jusqu'en 1995, la prestation de soutien familial était liée au montant de base<sup>95</sup>. Elle était de 40% du montant de base<sup>96</sup>. Même avant l'entrée en vigueur du règlement de l'allocation de soutien familial, la méthode pour calculer l'aide avait changé, afin qu'elle soit libérée de l'indexation<sup>97</sup>. L'objectif consistait à réduire les dépenses de l'Etat<sup>98</sup>. Il est établi depuis 1996 que le montant de l'allocation de soutien familial est de 1173 SEK<sup>99</sup>.

## ***2 Montant et destinataire de l'allocation de soutien familial***

Un enfant dont les parents ne vivent pas ensemble a le droit à une allocation de soutien familial de 1173 SEK. L'aide est versée aux parents qui ne vivent pas ensemble ; néanmoins, il est indifférent que le parent chez lequel l'enfant réside en permanence, vive seul ou ait créé une nouvelle famille<sup>100</sup>. Cependant le droit à l'allocation de soutien familial n'est pas absolu. Il existe une restriction importante. Si la mère, qualifiée de parent résident, ne prend pas ou n'aide pas sans raison valable à prendre des

---

<sup>93</sup> Prop. 1999/2000:118, p. 18

<sup>94</sup> Loi (2000:1390) relative à une modification dans la loi (1996:1030) relative au soutien familial.

<sup>95</sup> Le montant de base en référence au prix indexé est établi chaque année par le gouvernement, ch. 1 § 6 Loi (1962:381) sur l'assurance générale. Le prix du montant de base était appelé le montant de base avant le premier janvier 1999 et fut changé par la loi (1998:667) relative aux modifications effectuées dans la loi (1962:381) sur l'assurance générale. Le montant de base est, de nos jours, le prix du montant de base, suit le développement économique de la société.

<sup>96</sup> § 4 p. 1 Loi (1964:143) sur l'avance de soutien familial.

<sup>97</sup> Loi (1994:1953) relative aux modifications effectuées dans la loi (1964:143) sur l'avance de soutien familial.

<sup>98</sup> Comparer Prop. 1994/95:25 Vissa ekonomisk-politiska åtgärder, m.m. p. 1.

<sup>99</sup> § 8 Loi (1996:1030) relative à l'allocation de soutien familial (UsL).

<sup>100</sup> Bajstam, Lars/Wickström, Anita, p. 23.

mesures nécessaires pour faire établir la paternité de l'enfant<sup>101</sup>, le droit à l'ASF n'est pas ouvert.

Si l'enfant vit en permanence avec l'un des parents et s'il est enregistré à l'adresse de celui-ci, le parent qualifié de « parent résident »<sup>102</sup> reçoit l'allocation de soutien familial<sup>103</sup>. Un enfant peut, comme il a été précisé précédemment, avoir aussi droit à l'allocation de soutien familial si les parents ne vivent pas ensemble, mais s'il vit alternativement<sup>104</sup> avec les deux<sup>105</sup>. L'allocation de soutien familial est alors accordée pour moitié à chaque parent<sup>106</sup>.

L'allocation de soutien familial est versée jusqu'au mois d'anniversaire (inclus) des 18 ans de l'enfant. Après, une allocation de soutien prolongée peut être versée pendant les études de l'enfant, donnant droit à une allocation familiale prolongée<sup>107</sup> ou à une aide financière aux enfants étudiant au niveau secondaire<sup>108</sup>; mais ces allocations ne sont pas versées au-delà du mois d'anniversaire des 20 ans de l'enfant. L'allocation familiale prolongée est versée à l'étudiant<sup>109</sup>.

L'allocation de soutien familial peut ainsi compenser l'obligation de soutien familial d'un parent. Si l'enfant perçoit lui-même des revenus, la somme de l'allocation de soutien familial destinée à l'enfant est diminuée<sup>110</sup>. Si le parent a versé à juste titre une somme à titre de soutien de l'enfant qui correspond au moins à l'obligation de reversement des parents, ce montant sera déduit de l'allocation de soutien familial. Le demandeur peut lui-même demander à ce que l'allocation de soutien familial soit calculée en déduisant la somme versée par l'autre parent<sup>111</sup>.

---

<sup>101</sup> § 4 UsL.

<sup>102</sup> Le droit à l'allocation de soutien familial peut également exister si l'enfant vit avec un ou deux gardiens spécialement dénommés.

<sup>103</sup> § 3 UsL.

<sup>104</sup> Il peut être difficile de faire la différence entre résidence partagée et celle où l'enfant vit seulement avec l'un des parents, mais a un droit de visite étendu chez l'autre parent. Pour l'évaluation de ce point, voir RFV Vägledning 2001:9; Underhållstöd.

<sup>105</sup> § 3 UsL.

<sup>106</sup> § 8 p. 3 UsL.

<sup>107</sup> Loi (1986:378) relative à l'allocation familiale prolongée.

<sup>108</sup> Ch. 2 Loi (1999:1395) sur l'aide financière.

<sup>109</sup> § 17 UsL.

<sup>110</sup> § 10 UsL.

<sup>111</sup> § 8 UsL.

L'autre parent reversera à l'Etat le montant qui lui a été versé. Lorsque l'obligation de reversement est établie, les charges de soutien familial du parent soumis à cette obligation et son revenu déclaré d'une manière spécifique sont toutefois pris en considération. Dans la méthode de calcul, tous les enfants du parent ayant l'obligation de reversement selon le Code de la famille et le devoir d'entretenir la famille sont traités à égalité<sup>112</sup>. En cas de résidence partagée, il n'y a pas d'obligation de reversement<sup>113</sup>.

De plus, lorsqu'un parent, obligé de payer les charges d'entretien familial, à l'enfant avec lui ou avec elle, il ou elle peut effectuer une déduction sur l'obligation de reversement. La raison est la même que celle relative à la possibilité de déduction sur l'allocation de soutien familial selon le Code de la famille. Ainsi, si la personne soumise au devoir d'entretien familial a eu l'enfant pendant une période continue d'au moins cinq jours complets (5x24 heures) ou a eu l'enfant au moins six jours entiers dans le mois, une déduction établie dans le contexte des règles du Code de la famille<sup>114</sup> lui est attribuée.

## **II. PROBLÈMES LIÉS AUX INCOMPATIBILITÉS ENTRE DROIT DE LA FAMILLE ET DROIT SOCIAL**

### **A. Dénominateurs communs aux différentes prestations familiales**

Les quatre allocations familiales précédemment décrites obéissent une construction, un régime juridique, des objectifs et des raisons propres. Néanmoins, elles ont des dénominateurs communs qui ont leur importance dans la détermination du parent qui recevra les différentes allocations. S'agissant de l'allocation familiale, c'est l'enregistrement national qui, dans la pratique, détermine le destinataire de l'allocation. Les problèmes liés à ce règlement sont évidents et ils sont de la même nature que ceux liés à d'autres types d'allocations. L'allocation familiale n'est pas divisible (abstraction faite du fait qu'il existe ou non un accord entre les parents), elle sera versée uniquement à l'un d'eux. Si les parents sont d'accord pour la diviser, ils peuvent le faire par des moyens privés. Une solution privée n'a pourtant pas

---

<sup>112</sup> §§ 21, 24-28 UsL.

<sup>113</sup> § 21 UsL.

<sup>114</sup> Ch. 7 § 4 p. 1 FB.

la même validité qu'une solution dont l'annulation est impossible sans un accord officiel reconduit conjointement.

De plus, les règles relatives à l'allocation de soins n'autorisent pas de partage entre des parents en désaccord. Toutefois, si les parents sont d'accord pour partager l'indemnité de soins en deux, elle peut être versée à chacun d'eux. Le choix du parent autorisé à recevoir l'indemnité est déterminé par celui qui s'occupe principalement de l'enfant, même en cas de résidence séparée. Ceci implique que si un des parents apporte un peu plus de soins à l'enfant, celui-ci recevra la totalité de l'indemnité de soins. Cela peut ainsi créer des problèmes pour la partie qui ne reçoit rien. Cette partie peut avoir besoin (par exemple) de réduire ses heures de travail au même titre que le parent qui reçoit la totale indemnité de soins. La conséquence la plus extrême de ces règles peut résider dans le fait qu'il devienne dans la pratique économiquement impossible pour le parent dépourvu d'une partie de l'indemnité de soins de prendre en charge l'enfant à d'autres moments que pendant les vacances. Cela peut ainsi conduire à ce que la résidence d'un enfant devienne celle du parent recevant l'indemnité de soins même si le tribunal avait dégagé plus de raisons en faveur de la résidence partagée, ou même si les parties ont donné leur accord sur un tel arrangement.

A première vue, l'allocation logement ne semble pas avoir ce type de problème. Si deux parents, qui n'habitent pas ensemble, se sont vus confiés la garde commune de l'enfant, ils ont tous les deux théoriquement droit à l'aide sans considération de leurs revenus. L'adresse d'enregistrement national de l'enfant devient un élément décisif pour déterminer lequel d'entre eux recevra l'allocation logement spéciale pour enfant résidant à la maison. Seul l'un des parents peut recevoir cette allocation, tandis que l'allocation liée au logement peut être versée aux deux. Ainsi, même dans ce cas, la situation matérielle peut être similaire ou même précisément la même, mais elle produit des effets économiques différents. L'enfant peut être enregistré uniquement chez l'un des parents.

Le fait que des parents puissent obtenir dans certaines conditions une allocation de soutien familial en dépit du fait que l'enfant vit d'une manière alternative chez les deux parents, peut susciter plusieurs difficultés, sachant qu'actuellement une nouvelle solution concernant la résidence partagée existe. Le droit fondamental de chaque parent à l'aide dépend maintenant de leur revenu actuel. En même temps, il faut souligner que cela peut créer des

effets pervers pour le parent ayant des revenus élevés. Le parent dit « résident », obtiendrait une allocation totale de soutien familial, tandis que le parent dit « résident » en cas de résidence partagée pourrait perdre totalement cette allocation. La loi relative à l'allocation de soutien familial est conçue à partir de l'enregistrement national, le parent « résident » obtenant de ce fait une position favorable.

Conçues dans un système globalisant toutes les allocations, sauf dans une certaine mesure la loi relative à l'allocation logement, il est impossible que les deux parents reçoivent ces allocations.

### **B. Soutien familial économique et droit de la famille combinés?**

La modification de la réglementation de la garde, de la résidence et du droit de visite a répondu aux évolutions qu'ont connues l'emploi rémunéré des femmes et des hommes, ainsi que leur rôle respectif auprès des enfants comme leur propre participation aux tâches du foyer. L'évolution du cadre légal est partie d'une conception plutôt stéréotypée des responsabilités vis-à-vis des enfants après la séparation des parents. Il n'y a encore pas si longtemps, le « modèle d'un week-end sur deux » était la solution pour le parent qui n'avait pas la garde, sans ignorer les solutions individuelles variées. Dans la mesure où ces solutions reposent sur des accords et des ententes, les problèmes peuvent ne pas être très importants. Quand une solution est imposée à l'une des parties, soit directement liée à la position prise par le tribunal, soit résultant d'une négociation basée sur l'incertitude des effets d'une décision du tribunal, beaucoup de problèmes peuvent être anticipés.

Un point de départ normal est de reconnaître qu'il est important pour toute la famille que les parents se sentent responsables et prennent leur responsabilité vis-à-vis des enfants en dehors du fait qu'ils vivent ensemble ou non. En même temps, la vie quotidienne du parent absent avec le parent « résident » doit pouvoir fonctionner. Il est de plus difficile d'écarter l'hypothèse selon laquelle dans leur décision les parents n'ont pas toujours le souci de l'enfant et de ses intérêts, ceci faisant partie d'un jeu psychologique compliqué entre parents. Une coopération se traduisant par des décisions relatives à l'enfant prises d'un commun accord est naturellement une situation idéale. L'idéologie explique aussi pourquoi la loi suédoise n'offre

aucun modèle de résolution de conflits sauf s'il s'agit de la résidence et du droit de visite.

Le point de départ dans la législation actuelle semble assez évident. Si des parents s'occupent d'un enfant et mettent ses intérêts en priorité, c'est-à-dire s'ils peuvent coopérer et prendre des décisions d'un commun accord, cela est évidemment favorable à l'enfant. L'idée exprimée dans les travaux préparatoires selon laquelle un bon et proche contact avec les deux parents est important pour l'enfant est correcte<sup>115</sup>. La garde commune y participe. Un bon et proche contact peut aussi résulter de la volonté des parents de coopérer et de leur capacité à prendre des décisions en commun. On ne peut pas cependant en conclure que cette capacité à coopérer émergera en donnant aux parents la garde commune. Il faudrait plutôt réaliser combien une coopération entre des parents qui ne vivent pas ensemble peut être difficile. En n'ayant pas de modèle alternatif de résolution des conflits, dans beaucoup de cas c'est le statut quo. L'enfant et le parent « résident » ne peuvent pas déménager, changer d'école, etc. Un autre scénario consisterait à ce qu'un gardien choisisse de dépasser les limites de la garde commune. L'image est en définitive complexe et n'est pas en harmonie avec les travaux préparatoires sur la responsabilité et la coopération des parents.

Le problème concerne en grande partie la distribution de l'aide économique. Même si les parents ne vivent pas ensemble, leurs économies dépendent d'une part de circonstances qui leur sont propres, et d'autre part, des enfants qu'ils ont eus ensemble. Cette idée peut être avancée pour toutes les prestations ici analysées. Typiquement, cela devrait les gêner pour parvenir à s'entendre sur des choses ayant des conséquences sur la détermination du destinataire d'une allocation déterminée. Les avantages économiques et les conflits d'ordre économique peuvent empêcher de parvenir à des accords en harmonie, mais ont aussi des effets négatifs sur la solution en définitive choisie par le tribunal. Est-ce que les différentes dispositions légales se soutiennent l'une l'autre ? Est-ce qu'il existe des constructions légales autonomes qui au contraire se font obstacle et rendent une situation pratique difficile ? Les règles sur le bénéfice de différentes aides, l'indemnité de soins, les allocations familiales, l'allocation logement et l'allocation de soutien familial exigent d'être adaptées à la situation selon laquelle la garde commune n'exige plus d'entente préalable entre les

---

<sup>115</sup> Comparer Prop. 1997/98:7, p. 49.

parents ; elles devraient aussi être adaptées aux solutions variées, désormais disponibles sur la responsabilité vis-à-vis des enfants.

Les dispositions légales du droit de la famille et du droit social parce qu'elles sont conçues de manière autonome devraient être ajustées afin qu'elles se soutiennent et non pas qu'elles rendent la situation plus difficile, d'un point de vue pratique. Si la garde commune doit être une norme (et si les conflits s'y rapportant et les décisions relatives à la résidence et au droit de visite sont à éviter autant que possible), il est très important que ces questions économiques aient des solutions. La réglementation doit être façonnée de telle sorte que les effets marginaux soient évités. Les allocations doivent être distribuées de telle manière qu'elles puissent bénéficier aux enfants, pas uniquement d'un point de vue économique mais aussi afin d'éviter les conflits. Il n'est pas possible d'y parvenir sans une certaine souplesse au regard des solutions différentes ou dans la crainte de résoudre un différend matériel. Dans l'hypothèse où la garde commune est attribuée alors même que les parents n'ont pas à se mettre d'accord sur l'aspect le plus essentiel de leurs relations avec l'enfant, il est utopique de penser que les conditions préalables et nécessaires à une entente sur la répartition volontaire des aides économiques soient rassemblées. Dans une telle situation, il n'est pas judicieux de fonder le droit à l'allocation sur une décision de l'enregistrement national, de telles décisions provenant d'un système technique de réglementation. La décision prise dans ces circonstances ne peut pas permettre de fonder une décision matérielle importante.



