
The Global Labour Rights Reporter

Accès à la justice du travail



Janvier 2021 | Volume 1 Numéro 1

Droits d'auteur détenus par le réseau ILAW et ses contributeurs © 2021

Tous droits réservés. Sauf dans les cas autorisés par la loi américaine sur le droit d'auteur de 1976, aucune partie de cette publication ne peut être reproduite, distribuée ou transmise sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, ou stockée dans une base de données ou un système d'extraction, sans l'autorisation écrite préalable de l'éditeur.

Publié par le réseau ILAW
1130 Connecticut Avenue, NW
8Ème étage
Washington, DC 20036 USA

Veillez adresser toutes vos demandes à admin@ilawnetwork.com

Cette publication est disponible en ligne en permanence à l'adresse :
<https://www.ilawnetwork.com/ilaw-network-journal-the-global-labour-rights-reporter/>

ISSN 2693-9657 (imprimé)
ISSN 2693-9665 (en ligne)

L'ouvrage est imprimé aux États-Unis par des syndicats.

Police de caractère : Open Sans

Mise en page par Haley Gray

GLRR Editorial Board

Antonio Loffredo
Bobbie Sta Maria
Colin Fenwick
Femi Aborisade
Marlese von Broembsen
Mary Joyce Carlson
Matias Cremonte
Maximiliano Garcez
Preeda Tongchumnum
Ruwan Subasinghe
Sara Khatib
Steven Barrett
Tonia Novitz

TABLE DES MATIÈRES

NOTE DE L'ÉDITEUR

ACCÈS À LA JUSTICE DU TRAVAIL	4
-------------------------------	---

ESSAIS

CODES DE CONDUITE DES FOURNISSEURS EXÉCUTOIRES PAR LES TRAVAILLEURS EN TANT QU'OUTIL D'ACCÈS À LA JUSTICE DANS LES CHÂÎNES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES BETTINA BRAUN, AVERY KELLY & CHARITY RYERSON	7
---	---

ACCÈS À LA JUSTICE DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL EN GÉORGIE RAISA LIPARTELIANI & TAMAR GABISONIA	12
--	----

L'ACCÈS À LA JUSTICE DU TRAVAIL ET LES OBSTACLES PROCÉDURAUX À L'OUVERTURE DES PROCÉDURES : UN CHANGEMENT DE PARADIGME DANS LA PRATIQUE DES TRIBUNAUX ZIMBABWÉENS OU UNE ILLUSION JUDICIAIRE? MUNYARADZI GWISAI	16
---	----

PROTECTION JUDICIAIRE EFFICACE ET DROITS DES TRAVAILLEURS DANS LE CADRE DE LA COVID-19 : UNE PERSPECTIVE DU DROIT COLLECTIF MIGUEL ANGEL GARRIDO PALACIOS	20
---	----

LE DROIT À DES CONDITIONS DE TRAVAIL JUSTES ET SATISFAISANTES : PRÉVENTION DES RISQUES ET ACCÈS À LA JUSTICE MARÍA PAULA LOZANO & MATÍAS CREMONTE	24
---	----

L'UNIQUE SYSTÈME D'ATTRIBUTION AUSTRALIEN A ÉTÉ TESTÉ PAR LA PANDÉMIE COVID-19 : IL S'EST AVÉRÉ PARTICULIÈREMENT ADAPTABLE POUR PROTÉGER LES INTÉRÊTS DES EMPLOYEURS, MAIS MOINS EFFICACE POUR PROTÉGER LES SALARIÉS DE MANIÈRE PROACTIVE TREVOR CLARKE	28
---	----

LE COVID-19 ET LE NÉOLIBÉRALISME : IMPACTS SUR LA JUSTICE DU TRAVAIL AU BRÉSIL PEDRO DANIEL BLANCO ALVES & MAXIMILIANO NAGL GARCEZ	33
--	----

LA PANDÉMIE COVID-19 ET LA PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE EN POLOGNE ŁUCJA KOBROŃ-GAŚIOROWSKA	38
---	----

L'INSPECTION DU TRAVAIL : PLUS QU'UN EXERCICE D'ÉTHIQUE SAMANTHA RAMSAY & BERYL TER HAAR	41
--	----

NOTES DE CAS

CAPITAL-INVESTISSEMENT, DEVOIR DE DILIGENCE EN MATIÈRE DE DROITS HUMAINS ET DROITS DU TRAVAIL MONDIAUX : LE CAS DE « HOTEL CALIFORNIA » JEREMY BLASI & SAMIR SONTI	46
--	----

LES SYNDICATS UTILISENT LES LIGNES DIRECTRICES DE L'OCDE POUR LUTTER CONTRE LA VIOLENCE ET LE HARCÈLEMENT FONDÉS SUR LE SEXE DANS LES ACTIVITÉS MONDIALES DE MCDONALD'S CORP MARY JOYCE CARLSON	52
---	----

NOTE DE L'ÉDITEUR

ACCÈS À LA JUSTICE DU TRAVAIL

JEFFREY VOGT, PRÉSIDENT DU RÉSEAU ILAW

Qu'est-ce que l'accès à la justice ?

Le droit d'accès à la justice est un droit de l'homme à multiples facettes, protégé par de nombreux instruments internationaux¹ et régionaux² et constitue sans aucun doute une norme de droit international coutumier.³ Dans sa forme la plus fondamentale, cela signifie la possession et l'application d'un droit juridiquement protégé devant une cour ou un autre tribunal, bien qu'une conceptualisation plus complète de l'accès à la justice inclurait, entre autres, l'égalité devant la loi, des procédures juridiques équitables et un recours juridictionnel efficace.

Ces dernières années, les Nations Unies (ONU) ont eu l'occasion de réaffirmer l'importance de l'accès à la justice. En 2012, la Déclaration de l'ONU de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international a souligné le « droit à l'égalité d'accès à la justice pour tous, y compris les membres de groupes vulnérables »⁴. Et, en 2015, le droit d'accès à la justice a été intégré dans

le Programme de développement durable à l'horizon 2030 - en particulier l'Objectif n° 16 (Paix, justice et institutions fortes), qui appelle les États à « promouvoir l'état de droit aux niveaux national et international et garantir l'égalité d'accès à la justice pour tous. »⁵

Ces articulations du concept d'accès à la justice exigent que les États veillent à ce que des procédures soient disponibles pour garantir l'exercice effectif du droit. Comme l'a souligné le Groupe de travail des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme, des procédures efficaces ne garantissent pas nécessairement un résultat efficace. En effet, le Groupe de travail a considéré que l'accent mis sur les aspects formels ou procéduraux de l'accès à la justice incarnait un sens « étroit » du droit. Le groupe de travail a donc élaboré une version du droit qui va au-delà de l'accès aux procédures judiciaires formelles. Le Groupe de travail a expliqué que « l'accès à la justice peut également être utilisé dans un sens plus large pour traiter des problèmes globaux d'injustice qui ne peuvent pas être résolus par des recours individualisés offerts pour un ensemble donné de violations des droits de l'homme, mais exigerait des changements plus fondamentaux dans les structures sociales, politiques ou économiques. »⁶ Cette version de l'accès à la justice présente des similitudes distinctes avec le concept et le principe directeur de l'OIT concernant l'accès à la justice sociale.

Dans le contexte spécifique du travail, la Constitution

¹ See, e.g., Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 (III) A, at art. 1, 2, 6, 7, 8 and 10 (Dec. 10, 1948) (Articles 1 (égalité des droits), 2 (droit aux droits sans distinction), 6 (reconnaissance en tant que personne devant la loi), 7 (égalité devant la loi et égale protection de la loi), 8 (droit à un recours effectif) and 10 (audience équitable et publique)).

² See, e.g., Francesco Francioni, *The Rights of Access to Justice Under Customary International Law*, in ACCESS TO JUSTICE AS A HUMAN RIGHT (Francesco Francioni ed., 2007).

³ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Europ.T.S. No. 5, at art. 6, 13 (Nov. 4, 1950) (Articles 6 (procès équitable et public) and 13 (droit à un recours effectif)); Organization of American States, American Convention on Human Rights, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, at art. 3, 8, 10, and 25 (Nov. 22, 1969) (Articles 3 (reconnaissance en tant que personne devant la loi), 8 (droit à un procès équitable pour déterminer les droits, y compris les droits du travail), 10 (droit à une indemnisation) and 25 (droit à une protection judiciaire, qui comprend le droit à un tribunal compétent, le droit à des recours judiciaires et à l'exécution desdits recours)); African Charter on Human and Peoples' Rights, 1520 U.N.T.S. 217 at art. 3, 7 (June 27, 1981) (Articles 3 (égalité devant la loi et égale protection de la loi) and 7 (égalité devant la loi et égale protection de la loi) et 7 (droit de faire entendre sa cause devant un tribunal impartial)).

⁴ United Nations, General Assembly, Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels, U.N. Doc. A/RES/67/1 (2012), at ¶14, available at <https://www.un.org/ruleoflaw/files/A-RES-67-1.pdf>

⁵ Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development, U.N. Doc. A/RES/70/1 21 (2015), available at https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E (« Le nouvel Agenda reconnaît la nécessité de construire des sociétés pacifiques, justes et inclusives qui offrent un accès égal à la justice et qui reposent sur le respect des droits de l'homme (y compris le droit au développement), sur un état de droit efficace et une bonne gouvernance à tous les niveaux et sur des institutions transparentes, efficaces et responsables. »)

⁶ See, Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises U.N. Doc. A/72/162 (18 July 2017), at ¶16, available at <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/218/65/PDF/N1721865.pdf>.

de l'OIT⁷ et plusieurs instruments⁸ consacrent un droit d'accès à la justice pour tous les travailleurs sans distinction, y compris le fait que les travailleurs ont accès aux tribunaux et à d'autres mécanismes formels de résolution des conflits pour disposer d'un recours effectif. Plus récemment, la Déclaration tripartite de principes de l'OIT de 2017 sur les entreprises multinationales et la politique sociale, s'inspirant des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, prévoit que les États devraient permettre aux travailleurs d'accéder à un recours.⁹ La Commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et recommandations a également appelé à de nombreuses reprises les États à garantir l'accès aux mécanismes et recours juridiques formels.¹⁰

L'OIT protège également le concept robuste du droit d'accès à la justice, y compris le droit de mener une action collective en vue de la justice sociale. Le préambule de la Constitution de l'OIT identifie le principe fondamental de l'organisation: la réalisation de la justice sociale, un point réaffirmé dans la Déclaration de l'OIT de Philadelphie. Ces instruments indiquent clairement que la justice sociale est réalisée à la fois par le devoir de l'État de protéger les droits du travail et par l'exercice d'une action collective par l'exercice, entre autres, de la liberté d'association (y compris le droit de grève).

Obstacles à l'accès à la justice pendant la pandémie de 2020

Même avant le déclenchement de la pandémie, les travailleurs du monde entier se heurtaient à des obstacles importants pour accéder à la justice. À bien des égards, la pandémie a révélé et intensifié les faiblesses préexistantes des systèmes de justice du travail existants

⁷ On s'attend à ce qu'en vertu de toute convention ratifiée un État membre protège les droits et les normes dans la législation et la pratique nationales. See International Labour Organization, Constitution, Article 19.

⁸ See, e.g., International Labour Organization (ILO), Examination of Grievances Recommendation, 1967 (No. 130) at art. 17 (qui recommande que les États garantissent l'accès à un tribunal du travail si les réclamations ne sont pas résolues sur le lieu de travail); ILO, Workers' Representatives Recommendation, 1971 (No. 143) at art. 6 (qui fait référence à l'accès à un « recours effectif » en cas de licenciement d'un représentant des travailleurs); ILO, Forced Labour (Supplementary Measures) Recommendation, 2014 (No. 203) at art. 12 (exigeant « l'accès à la justice »); and ILO, Transition from the Informal to the Formal Economy Recommendation, 2015 (No. 204) at art. 11 (exigeant « l'accès à la justice »).

⁹ ILO, *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, 329th Session (March 2017)* at ¶64 (« Les gouvernements devraient prendre des mesures appropriées pour garantir, par des moyens judiciaires, administratifs, législatifs ou autres, que lorsque de tels abus se produisent sur leur territoire et/ou juridiction, tout travailleur concerné a accès à un recours effectif. »)

¹⁰ See, e.g., ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, ILC.109/III(1A), 2021 (Bangladesh, C 111)(exhortant le gouvernement à « Veiller à ce que les travailleurs domestiques aient un accès effectif à des procédures et recours adéquats »); ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, ILC.109/III(1A), 2021 (Colombia, C 169)(exhortant le gouvernement à « garantir ... 'accès à la justice des peuples couverts par la Convention qui continuent d'être victimes du conflit); ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, ILC.109/III(1A) (Cyprus, C97)(exhortant le gouvernement à « améliorer [e] l'accès des travailleurs migrants à la justice sans crainte de détention ou d'expulsion, à la fois pendant la procédure judiciaire en cours et aux premiers stades de l'enquête.)

tout en créant de nouveaux obstacles importants pour les travailleurs. Voici quelques exemples à noter.

- Dans plusieurs pays, les inspections du travail n'ont tout simplement pas été effectuées, y compris, de manière critique, des inspections de sécurité et de santé. Dans le même temps, de nombreux tribunaux administratifs et judiciaires ont fermé leurs portes. Même lorsque les tribunaux ont rouvert ou sont mis en ligne, les affaires de travail n'étaient pas une priorité. Les travailleurs sans accès à Internet ou aux plates-formes vidéo en ligne n'ont pas été en mesure de faire valoir leurs droits lorsque des audiences virtuelles étaient possibles. Par conséquent, les travailleurs essentiels qui étaient les plus exposés à des maladies graves ou à la mort des suites de la COVID-19, et à l'exploitation par leurs employeurs, avaient peu d'endroits où se tourner.
- Dans plusieurs pays, les gouvernements ont publié des décrets d'urgence qui limitaient ou interdisaient effectivement le droit des travailleurs de s'associer librement ou de faire grève.¹¹ Bien qu'ils soient présentés comme des mesures temporaires, beaucoup craignent qu'ils ne deviennent en fait permanents. En tant que tels, les travailleurs ne peuvent pas s'engager légalement dans une action collective pour protester contre les violations de leurs droits au travail, y compris être contraints de travailler dans des conditions dangereuses en raison de la pandémie.
- Dans plusieurs pays, des millions de travailleurs employés dans les chaînes d'approvisionnement mondiales ont connu un chômage de masse et la faim lorsque les marques mondiales de vêtements ont suspendu ou annulé des contrats avec des fournisseurs d'une valeur de plusieurs milliards de dollars américains.¹² Ces travailleurs n'avaient aucun espoir de recours effectif de la part des fournisseurs, eux-mêmes menacés de faillite. Dans le même temps, les travailleurs ne disposaient d'aucune voie juridique efficace contre les marques mondiales devant les tribunaux locaux ou étrangers, malgré l'impact direct et dévastateur de leurs décisions.¹³
- Plus de 200 000 marins sont pris au piège en mer depuis plus d'un an. Incapables de débarquer et contraints de prolonger leur contrat, ces travailleurs sont victimes du travail forcé. Cette situation

¹¹ See, e.g., Decree No. 5 on the Declaration of Public Calamity, 21 March 2020 (Guat.); 2020. Act XII of 2020 (Act on the Containment of the Coronavirus) (Hung.); Law on National Management in the State of Emergency, 10 April 2020 (Cambodia); Amendments to Emergency Law 162/1958, 8 May 2020 (Egypt).

¹² See, e.g., Mark Anner, *Abandoned? The Impact of Covid-19 on Workers and Businesses at the Bottom of Global Garment Supply Chains*, Penn State Center for Global Workers' Rights (2020) available at <https://www.workersrights.org/research-report/abandoned-the-impact-of-covid-19-on-workers-and-businesses-at-the-bottom-of-global-garment-supply-chains/>.

¹³ See e.g., ECCHR, ILAW & WRC, *Farce Majeure: How global apparel brands are using the COVID-19 pandemic to stiff suppliers and abandon workers* (2020) available at https://www.ecchr.eu/fileadmin/ECCHR_PP_FARCE_MAJEURE.pdf

est un autre rappel brutal de la manière dont les travailleurs, dont la main-d'œuvre est nécessaire au commerce mondial - y compris le transport de biens essentiels tels que la nourriture, les équipements de protection individuelle et les fournitures médicales - sont les moins protégés en cas de crise.¹⁴

Le problème

Les articles de ce numéro du Global Labour Rights Reporter abordent le thème de l'accès à la justice sous de nombreux angles différents et intéressants.

Plusieurs contributeurs à ce problème examinent l'impact de la pandémie de la COVID-19 sur l'accès à la justice dans leurs pays respectifs. Du Brésil, Pedro Daniel Blanco Alves et Maximiliano Garcez expliquent comment les réponses du gouvernement à la COVID-19 ont créé de nouveaux obstacles importants pour accéder à la justice, renforçant ceux récemment érigés par des réformes profondément régressives du droit du travail. De l'Argentine, María Paula Lozano et Matías Cremonese examinent si le système de sécurité et de santé au travail du pays refuse effectivement l'accès à la justice aux travailleurs et si le système respecterait les garanties identifiées dans le récent arrêt Spolotore de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. De l'Espagne, Miguel Angel Garrido Palacios examine la loi régissant les licenciements massifs provoqués par la COVID-19 du point de vue du droit collectif. De l'Australie, Trevor Clarke évalue le système de récompenses du pays et constate que, dans l'ensemble, il a fait davantage pour protéger les intérêts des employeurs plutôt que protéger les travailleurs pendant la pandémie. Et, depuis la Pologne, Łucja Kobroń-Gąsiorowska évalue les protections dont disposent les travailleurs médicaux qui dénoncent une mauvaise gestion dans le secteur de la santé.

D'autres contributeurs encore examinent les obstacles à la justice créés par les limitations structurelles et jurisprudentielles des systèmes judiciaires et d'autres mécanismes étatiques, distincts et séparés de la pandémie. Du Zimbabwe, Munyaradzi Gwisai explique comment un formalisme procédural rigide a empêché les travailleurs d'accéder aux tribunaux pendant de nombreuses années, bien que la jurisprudence récente indique un assouplissement de cette approche conservatrice. De la République de Géorgie, Raisa Liparteliani et Tamar Gabisonia expliquent comment les travailleurs n'ont pas pu accéder efficacement aux tribunaux et aux autres mécanismes de l'État, d'abord par l'élimination des droits substantiels du travail, et, une fois partiellement rétablie, la suppression de la compétence de l'inspection du travail sur toutes les questions, à l'exception de la sécurité et de la santé au travail. De plus, Samantha Ramsay et Beryl Ter Haar examinent les approches de l'inspection du travail et

suggèrent que l'incorporation d'idées issues du dynamisme institutionnel dans la théorie stratégique de l'inspection du travail peut donner aux inspecteurs un impact plus large.

Bettina Braun, Avery Kelly et Charity Ryerson identifient le problème du manque d'accès à la justice pour les travailleurs engagés dans la fabrication pour les chaînes d'approvisionnement mondiales et suggèrent une nouvelle approche - à savoir inclure un texte dans les contrats de fourniture qui donne aux employés du fournisseur le droit de tenir l'acheteur responsable des violations du droit du travail.

Enfin, ce numéro du GLLR se termine par deux « notes de cas », toutes deux comprenant des dispositions sur la manière dont les travailleurs ont demandé justice en déposant des « cas spécifiques » en vertu des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales après que les systèmes juridiques nationaux n'ont pas fourni de recours. Le premier, par Jeremy Blasi et Samir Sonti, explique comment les travailleurs du Westin Long Beach Hotel en Californie ont utilisé avec succès les Principes directeurs de l'OCDE pour amener Natixis, les gestionnaires d'actifs de private equity de l'hôtel, devant le Point de contact national français (PCN) pour parvenir à un accord débouchant sur une convention collective. Le second, par Mary Joyce Carlson, détaille les allégations dans le cas spécifique déposé auprès du PCN néerlandais contre McDonald concernant la violence et le harcèlement systémiques fondés sur le genre dans ses opérations en Europe et dans les Amériques. Le PCN néerlandais a récemment accepté de se saisir de la question, en coordination avec le PCN américain et le PCN norvégien (qui abrite l'un des investisseurs institutionnels de McDonald, la Norges Bank).

Nous espérons que vous trouverez ce numéro inaugural du GLLR intéressant et utile. Nous apprécions vos commentaires sur ce problème, qui peuvent être envoyés à admin@ilawnetwork.com.

Si vous n'êtes pas actuellement membre du réseau ILAW et que vous souhaitez vous y joindre, veuillez visiter le site Web du réseau ILAW (<https://www.ilaw-network.com/join/>) ou envoyez un message à l'adresse e-mail ci-dessus. L'adhésion à ILAW est réservée aux avocats et aux militants qui représentent les travailleurs ou les syndicats.

¹⁴ ILO, Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, General observation on matters arising from the application of the Maritime Labour Convention, 2006, as amended (MLC, 2006) during the COVID-19 pandemic, December 2020, online at https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_764384.pdf

CODES DE CONDUITE DES FOURNISSEURS EXÉCUTOIRES PAR LES TRAVAILLEURS EN TANT QU'OUTIL D'ACCÈS À LA JUSTICE DANS LES CHAÎNES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

BETTINA BRAUN, AVERY KELLY & CHARITY RYERSON

Global

En 2018, quatorze entreprises américaines, y compris de grandes marques de vêtements, ont fait quelque chose que de nombreux conseils généraux et avocats d'entreprise trouveraient scandaleux : ils ont conclu des contrats qui donnaient aux travailleurs de la chaîne d'approvisionnement le droit de faire appliquer les codes de conduite de leurs fournisseurs. Ces contrats exposent les fournisseurs à une responsabilité légale pour les violations des droits du travail dans leurs chaînes d'approvisionnement et permettent de faire face aux réclamations d'une large classe non définie de travailleurs répartis en Asie, en Amérique latine, en Afrique et au Moyen-Orient. Ces travailleurs ont également eu accès aux tribunaux américains, même là où les abus se sont produits loin du sol américain. La décision de le faire n'était pas le résultat d'une campagne coordonnée ou de dénonciation et de honte. Ce n'était pas une réponse à un conflit de travail ou à une exigence réglementaire. Ces fournisseurs ont adopté des codes de conduite exécutoires par les travailleurs parce que l'acheteur leur a demandé de le faire.

Les contrats qui accordent explicitement des droits juridiquement exécutoires aux travailleurs sont pratiquement inexistantes dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, qu'il importe que l'acheteur ou le fournisseur soit le partenaire contractuel ayant le plus d'influence.¹ Les acheteurs internationaux sont souvent des sociétés multinationales qui s'approvisionnent auprès de fournisseurs moins puissants qui, à leur tour, s'approvisionnent auprès de fabricants vulnérables.² Dans d'autres cas, les acheteurs peuvent être

de petites entreprises avec une influence limitée, travaillant avec de grands fournisseurs comme Foxconn ou Cargill, ou d'autres acteurs de la chaîne d'approvisionnement avec des noms moins reconnaissables mais ayant un contrôle significatif du marché. Dans les deux modèles, la partie qui a le moins d'influence peut faire valoir de manière crédible qu'elle n'a pas le pouvoir d'influencer l'environnement de travail des travailleurs de la chaîne d'approvisionnement. Dans le contexte d'un marché du travail mondial déréglementé, ces dynamiques génèrent des abus qui vont des impacts sur la santé et la sécurité au travail forcé, au travail des enfants, aux retenues sur salaire et aux heures supplémentaires forcées.³ La conceptualisation de ces abus comme se produisant au sein d'une chaîne d'approvisionnement internationale, plutôt que des abus isolés au niveau national, permet une compréhension plus systémique des causes des violations des droits du travail et des droits de l'homme, une analyse plus précise des incitations et des dynamiques de pouvoir qui sont à l'origine des abus ainsi que des crochets juridiques potentiels pour la responsabilité des entreprises.

“Ces contrats exposent les fournisseurs à une responsabilité légale pour les violations des droits du travail dans leurs chaînes d'approvisionnement et permettent de faire face aux réclamations d'une large classe non définie de travailleurs répartis en Asie, en Amérique latine, en Afrique et au Moyen-Orient.”

Cet article traite la possibilité d'utiliser un langage contractuel spécifique (les clauses de tiers bénéficiaires) pour fournir aux travailleurs un accès à des recours pour certains abus par le biais de contrats avec des fournisseurs, en mettant l'accent sur les juridic-

¹ L'initiative la plus importante qui confère aux syndicats des droits exécutoires est l'Accord du Bangladesh, un accord juridiquement contraignant entre les syndicats, les marques et les détaillants du secteur du vêtement du Bangladesh. See ACCORD ON FIRE AND BUILDING SAFETY IN BANGLADESH, <https://bangladeshaccord.org/about> (last visited November 20, 2020).

² Haley Revak, *Corporate codes of conduct: Binding contract or ideal publicity?*, 63 HASTINGS LAW JOURNAL, 1645-1670 (2012).

³ *Id.*



Bettina Braun
Collaborateur
juridique
Corporate
Accountability Lab



Avery Kelly
Avocat-conseil
Corporate
Accountability Lab



Charity Ryerson
Directeur exécutif &
Fondateur
Corporate
Accountability Lab

tions américaines.⁴ Premièrement, nous passons en revue le modèle répandu d'inclusion de codes de conduite dans les contrats avec les fournisseurs. Ces codes peuvent techniquement avoir des pouvoirs juridiques, mais dans la pratique ils ne sont presque jamais appliqués. Deuxièmement, nous discutons de la possibilité de poursuivre une société de fournisseur en vertu d'une théorie implicite du tiers bénéficiaire (où il n'y a pas de clause établissant ces travailleurs comme bénéficiaires prévus du contrat) dans les États américains. La dernière section examine le cas type mentionné ci-dessus, dans lequel quatorze entreprises américaines ont conclu des contrats avec un acheteur américain qui incluent explicitement des travailleurs en tant que tiers bénéficiaires d'un code fournisseur, pour déterminer si cette stratégie est reproductible, évolutive et a un potentiel réel pour améliorer le respect des droits des travailleurs ou l'accès à des recours en cas de violation des droits.

Codes de conduite des fournisseurs en tant qu'outils pour lutter contre les abus de droits dans les chaînes d'approvisionnement

Le modèle actuel de code fournisseur : absence d'application et incitations perverses

En raison des critiques et des pressions du public, de nombreuses entreprises qui s'approvisionnent à l'étranger utilisent désormais des codes de conduite des fournisseurs et/ou des clauses de durabilité dans leurs contrats de chaîne d'approvisionnement.⁵ Cela fait suite à une tendance générale de contractualisation des termes relatifs aux droits de l'homme dans les accords commerciaux.⁶ Les codes de conduite des fournisseurs abordent des questions telles que le travail forcé et le travail des enfants, les heures de travail, les normes de santé, les normes environnementales et de durabilité, la lutte contre la discrimination et la liberté d'association. Les clauses de durabilité couvrent souvent des dispositions sociales et environnementales similaires directement dans

les contrats fournisseurs. Les clauses de durabilité dans les contrats acheteur-fournisseur et les codes de conduite exigent, au moins sur papier, que les fournisseurs respectent les droits du travail dans l'exercice du contrat acheteur-fournisseur.⁷

Cependant, même lorsque les contrats fournisseurs contiennent des clauses environnementales et sociales, les acheteurs appliquent rarement ces conditions et les fournisseurs opèrent dans des conditions qui découragent l'adhésion.⁸ Dans la pratique, les acheteurs s'approvisionnant à l'échelle transnationale, y compris certaines des marques les plus rentables au monde,⁹ bénéficient du fait que les consommateurs et le public voient leur adoption de politiques de développement durable et/ou de codes de conduite, alors que peu de changements se produisent pour les travailleurs des chaînes d'approvisionnement qui continuent de subir des abus et n'ont pas accès à la justice.

Vers un nouveau modèle de protection des droits des travailleurs fondée sur le code fournisseur : la possibilité de faire respecter les droits des travailleurs

Les codes de conduite des fournisseurs pourraient être plus efficaces pour protéger les droits des travailleurs si leurs promesses étaient exécutoires par les travailleurs.¹⁰ Étant donné que les tiers bénéficiaires prévus, en plus des parties contractantes, peuvent tenter une action en justice pour l'exécution du contrat, les travailleurs pourraient théoriquement appliquer les codes de conduite faisant partie des accords acheteur-fournisseur en tant que tiers bénéficiaires « implicites » ou « explicites ». La capacité

⁷ *When national law conflicts with international human rights standards: Recommendations for Business*, BINGHAM CENTRE FOR THE RULE OF LAW AND BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW (2018), https://www.biicl.org/documents/3_1930_biicl_bn_report_web.pdf.

⁸ Debra Maryanov, *Sweatshop Liability: Corporate Codes of Conduct and the Governance of Labor Standards in the International Supply Chain*, 14 LEWIS & CLARK LAW REVIEW 397 (2010).

⁹ Par exemple, des entreprises comme Nike, Apple, PVH et GM ont toutes des codes de conduite des fournisseurs portant sur le travail des enfants et le travail forcé, la discrimination, la liberté d'association, les salaires et les heures de travail, la gestion des déchets et d'autres questions. See NIKE, INC. (n.d.), *Human Rights and Labor Compliance Standards*, <https://purpose.nike.com/human-rights> (last visited September 21, 2020); APPLE INC., *Apple Supplier Code of Conduct*, (2020) <https://www.apple.com/supplier-responsibility/pdf/Apple-Supplier-Code-of-Conduct-January.pdf>; PVH CORP., *Corporate Responsibility: Supply Chain Standards and Guidelines for Meeting PVH's Shared Commitment* (2019) <https://responsibility.pvh.com/wp-content/themes/twentytynineteen/static-pages/static/resources/pvh-cr-supplier-guidelines.pdf>; GENERAL MOTORS (n.d.), *Supplier Code of Conduct*, <https://investor.gm.com/static-files/03da1ba8-5cbc-4e6b-b242-79fd50691c5d>.

¹⁰ Worker-driven social responsibility initiatives have been highly successful. E.g., WORKER-DRIVEN SOCIAL RESPONSIBILITY NETWORK, *Success Stories*, (2020), <https://wsr-network.org/success-stories/> (last visited September 21, 2020) (this third-party beneficiary tool could be used by such initiatives or separately).

⁴ Le Groupe de travail de la Section du droit des affaires de l'ABA chargé de rédiger des projets de protection des droits de l'homme dans les contrats internationaux d'approvisionnement adopte une approche différente de l'utilisation de termes contractuels pour traiter les violations des droits de l'homme. See David Snyder and Susan Maslow, *Human Rights Protections in International Supply Chains - Protecting Workers and Managing Company Risk*, 73 BUSINESS LAW 1093 (2018). See Jonathon Lipson, *Something Else: Specific Relief for Breach of Human Rights Terms in Supply Chain Agreements*, 68 AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW 1751 (2019) (parlant des défis et des possibilités de cette approche).

⁵ Niklas Egels-Zandén, *Revisiting Supplier Compliance with MNC Codes of Conduct: Recoupling Policy and Practice at Chinese Toy Suppliers*, 119 JOURNAL OF BUSINESS ETHICS 58, 59–75 (2014); Katerina Peterkova Mitkidis, *Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements*, 1 NORDIC JOURNAL OF COMMERCIAL LAW (2014).

⁶ Robert McCorquodale et al., *Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises*, 2 BUSINESS AND HUMAN RIGHTS JOURNAL 195–224 (2017).

d'appliquer les codes de conduite des fournisseurs en tant que tiers bénéficiaires pourrait améliorer l'accès des travailleurs à la justice en leur donnant accès aux tribunaux locaux et nationaux du pays dont la loi régit le contrat. Cela est particulièrement pertinent pour les travailleurs des pays où les tribunaux sont lents ou dysfonctionnels. De plus, les codes des fournisseurs et les clauses de durabilité fournissent souvent des droits substantiels qui dépassent les protections que les travailleurs ont en vertu de la législation locale (par exemple, les heures de travail maximales par semaine et les exigences d'âge minimum). La capacité de faire appliquer ces normes pourrait en faire une réalité pour les travailleurs.

Le paysage juridique américain semble prometteur pour la reconnaissance judiciaire des droits des tiers bénéficiaires liés aux codes de conduite des fournisseurs.¹¹ Le droit des tiers bénéficiaires fait partie du droit des contrats étatique dans le système fédéral américain. Alors que les juridictions des États diffèrent sur ce que les tiers bénéficiaires qu'ils reconnaissent comme « intentionnels » (contre « accessoires », ou sans droits d'exécution), tous les États reconnaissent que les tiers dont les parties au contrat entendaient bénéficier de leur contrat ont des droits d'exécution, sauf si une partie révoque ces droits avant que le tiers n'agisse à leur égard.

Application par les travailleurs des codes de conduite actuels en tant que tiers bénéficiaires implicites

Dans certains cas, les travailleurs peuvent déjà être en mesure d'appliquer les codes de fournisseur standard en tant que tiers bénéficiaires implicites.¹² Les tiers bénéficiaires implicites sont des non-parties à un contrat que les parties contractantes ont l'intention de bénéficier du contrat mais qui ne le nomment pas explicitement dans le contrat. Le bénéficiaire et/ou le fournisseur peut être implicite dans le contrat dans son ensemble et/ou par les circonstances dans lesquelles le contrat a été exécuté.

Pendant l'été 2020, Corporate Accountability Lab a mené des recherches sur le droit des tiers bénéficiaires et les affaires pertinentes dans les cinquante États américains. Nous avons constaté que neuf États ont des lois qui régissent les tiers bénéficiaires, et plus d'un tiers des États ont explicitement adopté le Restatement (Second) of Contracts § 302 ou ont créé des tests

¹¹ La recherche menée par le Corporate Accountability Lab, dont il est question ci-dessous, ne porte que sur le droit américain.

¹² Il y a un cas où cette théorie a été jugée en cour, mais les demanderesse ont poursuivi le bénéficiaire de la promesse (Walmart), plutôt que le promettant (les sociétés fournisseurs). *See Doe I v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 572 F.3d 677 (9th Cir. 2009). Cette section traite de la viabilité de poursuivre la société fournisseur ou le promettant. Dans une autre affaire, un syndicat de travailleurs voulait intervenir dans une poursuite entre l'Université du Wisconsin et Adidas, affirmant avoir des droits de tiers bénéficiaire dans l'accord de parrainage entre l'université et l'entreprise de vêtements. *See Complaint Board of Regents v. Adidas Am. Inc.*, Complaint, No. 12CV2775 (Cir. Ct. Dane Cty. 2013). L'affaire a été réglée avant que le tribunal ne prenne une décision. *See Allie Robbins, Outsourcing Beneficiaries: Contract and Tort Strategies for Improving Conditions in the Global Garment Industry*, 80 UNIVERSITY OF PITTSBURGH LAW REVIEW 371, 371-408 (2018).

compatibles avec le § 302 pour faire la distinction entre les tiers bénéficiaires intentionnels et les tiers accidentels. La plupart des États reconnaissent les tiers bénéficiaires implicites, avec une rigueur variable dans leurs normes pour les bénéficiaires non identifiés¹³. Les tribunaux de la plupart des États sont disposés à prendre en compte des preuves circonstancielles pour déterminer l'intention des parties à l'égard des tiers bénéficiaires,¹⁴ bien que beaucoup ne le fassent que s'il y ait ambiguïté dans les termes du contrat.¹⁵ Certains États envisageront le langage contractuel dans le cadre des circonstances entourant les tiers.¹⁶ Certains États reconnaissent les tiers bénéficiaires implicites lorsqu'une norme élevée est respectée.¹⁷

“La capacité d'appliquer les codes de conduite des fournisseurs en tant que tiers bénéficiaires pourrait améliorer l'accès des travailleurs à la justice en leur donnant accès aux tribunaux locaux et nationaux du pays dont la loi régit le contrat. Cela est particulièrement pertinent pour les travailleurs des pays où les tribunaux sont lents ou dysfonctionnels.”

Dans le contexte de la chaîne d'approvisionnement internationale, les travailleurs sont sans doute des tiers bénéficiaires intentionnels des contrats acheteur-fournisseur qui incluent des codes de conduite des fournisseurs, même s'ils ne sont pas explicitement nommés dans l'accord parce que l'objectif explicite d'un tel code de conduite est de protéger les droits des travailleurs. Par conséquent, dans les États favorables aux tiers bénéficiaires implicites, la langue du contrat et du code de conduite des fournisseurs, ainsi que les circonstances qui ont conduit les parties à inclure le code en premier lieu, pourraient suffire à permettre aux travailleurs un recours contre un fournisseur qui n'a pas respecté le code de conduite et a fait du tort aux travailleurs au cours du processus.

En outre, dans certaines circonstances, les travailleurs peuvent être considérés comme des tiers bénéficiaires prévus d'un accord acheteur-fournisseur non seulement lorsqu'ils ne sont pas explicitement désignés comme tiers bénéficiaires, mais même lorsque l'accord lui-même indique qu'il n'a pas de tiers bénéficiaires. Alors que presque tous les États

¹³ Il est à noter qu'aucun État du Septième Circuit ne reconnaît les tiers bénéficiaires implicites; tous les tiers bénéficiaires prévus doivent être expressément nommés dans un contrat acheteur-fournisseur.

¹⁴ *E.g.*, *Cordero Mining Co. v. U.S. Fidelity & Guar. Ins. Co.*, 67 P.3d 616 (Wyo. 2003); *Neal & Co., Inc. v. Ass'n of Village Council Presidents Reg'l Hous. Auth.*, 895 P.2d 497 (Alaska 1995); *E.B. Roberts Const. Co. v. Concrete Contractors, Inc.*, 704 P.2d 859 (Colo. 1985).

¹⁵ *E.g.*, *De Groot v. Standley Trenching, Inc.*, 157 Idaho 557 (Idaho 2014).

¹⁶ *E.g.*, *Lauritzen v. Davis*, 214 Neb. 547 (Neb. 1983); *Sneve v. Mutual of Omaha Ins. Co.*, No. 13-SV-252-ABJ, 2015 WL 12866982 (D. Wyo. 2015) (unreported).

¹⁷ *E.g.*, *Cleveland v. Ludwig Institute for Cancer Research Ltd.* No. 19cv2141 JM (JLB), 2020 WL 3268578, at *9 (S.D. Cal. 2020) (unreported); *Bochese v. Town of Ponce Inlet*, 405 F.3d 964, 982 (11th Cir. 2005).

trouvent généralement les clauses « aucun tiers bénéficiaire » décisives, claires, sans ambiguïté et non contredites, quelques États sont plus flexibles sur les clauses standard et trouvent parfois que ces clauses ne reflètent pas la véritable intention des parties.¹⁸ Par conséquent, si un tribunal estimait qu'un acheteur et un fournisseur souhaitaient que les travailleurs de la chaîne d'approvisionnement bénéficient d'un code de conduite contractualisé, et qu'il jugeait inapplicable une clause standard « aucune clause de tiers bénéficiaire », un travailleur produisant pour un acheteur dans le cadre d'un accord de fournisseur avec un code de conduite actuellement formulé pourrait théoriquement entraîner une réclamation pour rupture de contrat contre un fournisseur.¹⁹

Sur la base de nos recherches sur le droit des tiers bénéficiaires, les juridictions américaines les plus favorables pour une réclamation implicite de tiers bénéficiaire contre un fournisseur sont le Colorado, l'Alaska, la Caroline du Sud, le Wyoming et l'Idaho. Les tribunaux de ces États reconnaissent ou reconnaîtraient vraisemblablement les tiers bénéficiaires implicites sans obstacle pour établir l'intention de la partie. Ils ne trouvent pas automatiquement les clauses « aucun tiers bénéficiaire » comme décisives. Le dépôt de dossiers dans ces États, même en l'absence de clause de tiers bénéficiaire prévu, peut offrir un recours aux travailleurs qui ont été victimes de violations des droits du travail qui ont également violé le code de conduite. Cependant, pour que ce type de revendication aboutisse, la clause de sélection du forum devrait nommer l'un de ces États. Étant donné que cette liste n'inclut pas le Delaware, la Californie ou d'autres États qui hébergent de manière disproportionnée des multinationales, cela limite considérablement le nombre de travailleurs de la chaîne d'approvisionnement qui peuvent être en mesure de présenter avec succès des réclamations implicites de tiers bénéficiaires.

Une expérience de mise en œuvre des codes fournisseurs : application par les travailleurs des codes fournisseurs en tant que tiers bénéficiaires explicites

Bien que de nombreux États ne reconnaissent pas les travailleurs comme des tiers bénéficiaires implicites des accords acheteur-fournisseur qui incluent les codes de conduite des fournisseurs tels qu'ils sont actuellement rédigés, les travailleurs pourraient probablement appliquer les

codes des fournisseurs dans de nombreuses juridictions si les travailleurs étaient explicitement désignés comme tiers bénéficiaires. Cette section traite de l'utilisation expérimentale de tels termes dans les contrats de chaîne d'approvisionnement et de plusieurs obstacles à l'utilisation efficace des contrats pour créer un changement important des conditions de travail.

En 2018 et 2019, Corporate Accountability Lab a commencé un examen limité de cette stratégie, en travaillant avec un acheteur pour inclure la langue des tiers bénéficiaires dans les contrats fournisseurs liés à une ligne de marchandises particulière. Le but de cette expérience était de déterminer (1) si ces termes étaient commercialement viables ; (2) si les entreprises respecteraient les clauses connexes qui étaient nécessaires pour leur application (c.-à-d. divulgation de l'usine, accès, contrôle indépendant, etc.); et (3) si des obstacles pratiques à l'exécution rendraient les conditions inutiles.

Au moins quatorze fabricants, y compris de grandes entreprises de vêtements américaines, ont intégré ce langage dans leurs contrats avec des usines à travers le monde. Bien que les détails de ce cas type restent confidentiels, plusieurs informations partageables ont émergé. Premièrement, la langue des tiers bénéficiaires est commercialement viable. Dans le cas type, quatorze fabricants avaient auparavant fait passé un contrat pour produire cette ligne de marchandises avec l'acheteur, et lorsque le nouveau langage a été introduit, les mêmes quatorze sociétés ont renouvelé leurs contrats malgré ce changement. Alors que toutes les entreprises étaient au courant de la nouvelle langue, aucune d'entre elles, pas même la plus grande et la plus reconnaissable, n'a utilisé son avantage commercial pour résister à la nouvelle langue. Cela va à l'encontre du discours selon lequel aucun acheteur n'accepterait d'exposer ses fournisseurs à une telle responsabilité. En théorie, tout fournisseur qui exerce une diligence raisonnable suffisante ne serait pas exposé à une responsabilité importante au titre de ces clauses.

Deuxièmement, les divulgations exactes des usines sont un problème de seuil, et même les entreprises qui disposent des ressources nécessaires pour fournir des divulgations exactes ne disposent pas de pratiques internes suffisantes pour le faire. Dans le cas type, il y a eu une conformité partielle avec les exigences de divulgation de l'usine. Les divulgations sont souvent inexactes, trop complètes ou nomment les acteurs de la chaîne d'approvisionnement au mauvais niveau (c'est-à-dire les imprimeurs d'écran ou les distributeurs, plutôt que les usines). Le manque de transparence de la chaîne d'approvisionnement est un problème plus large qui a un impact sur de nombreuses stratégies juridiques

¹⁸ *E.g.*, Fortis Advisors L.L.C v. Allergan W.C. Holding Inc., No. 2019-0159-MTZ, 2019 WL 7290945 (Del. Ch. 2019).; Branin v. Stein Roe Investment Counsel, L.L.C, No. 8481-VCN, 2014 WL 2961084 (Del. Ch. 2014) (unreported).; Barr Dev., Inc. v. Utah Mortg. Loan Corp., 106 Idaho 46 (Idaho 1983).

¹⁹ Les parties contractantes peuvent révoquer les droits des tiers bénéficiaires à tout moment avant qu'un tiers ne cherche à les faire respecter.

et de plaider, et cette stratégie ne fait pas exception.

Troisièmement, ce cas type indique qu'en l'absence de certaines clauses supplémentaires, le langage du tiers bénéficiaire n'aura aucun sens pour les travailleurs. En plus d'une clause de tiers bénéficiaire, les accords exécutoires par les travailleurs doivent prévoir des divulgations détaillées de l'usine et un accès aux acheteurs à des fins de suivi, d'éducation des travailleurs, d'anti-représailles et de clauses perpétuelles (étendant les exigences aux sous-traitants), entre autres clauses, pour faire de l'utilisation par les travailleurs de leurs droits de tiers bénéficiaire une réalité pratique. En fonction de la dynamique du pouvoir acheteur-fournisseur de la chaîne d'approvisionnement particulière, il pourrait également être avantageux pour un code de conduite applicable par les travailleurs d'inclure des dispositions garantissant que les fournisseurs peuvent négocier les délais de commande et les coûts qui garantissent le respect et la mise en œuvre des droits des travailleurs (et la conformité au code de conduite). Ces codes pourraient remédier aux déséquilibres de pouvoir entre l'acheteur et le fournisseur en prévoyant une indemnisation de l'acheteur lorsque les actes ou omissions de l'acheteur entraînent des préjudices subis par les travailleurs et pour lesquels ils demandent une compensation.²⁰ Pour évaluer plus complètement la viabilité, les limites et la reproductibilité de cette stratégie, davantage d'acheteurs doivent adopter des codes de conduite des fournisseurs avec des clauses désignant les travailleurs comme des tiers bénéficiaires et ayant des dispositions pour rendre possible leur application par les travailleurs.

Même à leur meilleur niveau, le langage des tiers bénéficiaires dans les codes de conduite des fournisseurs ne résoudrait pas les problèmes structurels qui conduisent à la violation des droits des travailleurs dans les chaînes d'approvisionnement internationales, y compris la dynamique du pouvoir entre les acheteurs et les fournisseurs, les marchés du travail déréglementés et l'interchangeabilité des travailleurs de la chaîne d'approvisionnement, et cela crée, maintient et exacerbe les conditions dans lesquelles les droits des travailleurs sont systématiquement bafoués. Cependant, les codes des fournisseurs applicables par les travailleurs pourraient fournir un outil concret aux travailleurs pour faire valoir leurs droits là où il y a peu d'autres options disponibles.

Conclusion

Les travailleurs des chaînes d'approvisionnement internationales ont rarement accès à la justice lorsque leurs droits sont violés dans le cadre de la production

²⁰ L'un des points critiques pour la poursuite de ces voies d'exécution à l'encontre des fournisseurs est qu'elle exacerbe les déséquilibres de pouvoir d'achat existants. Il s'agit d'une préoccupation lorsque de telles clauses de tiers bénéficiaires pourraient être utilisées par les acheteurs contre des fournisseurs particulièrement désavantagés. Toutefois, les clauses relatives aux tiers bénéficiaires pourraient également être utilisées dans les contrats de licence ou d'approvisionnement lorsque les marques sont les promettant. *See* Robbins, *supra* note 12.

de biens pour des entreprises étrangères qui s'approvisionnent à l'étranger, y compris des marques mondiales qui ont des codes de conduite des fournisseurs. L'ajout d'un langage de tiers bénéficiaire aux codes de conduite des fournisseurs précisant que les travailleurs qui produisent pour un fournisseur (et les fournisseurs de ce fournisseur) sont les bénéficiaires prévus du code pourrait fournir aux travailleurs un mécanisme simple, s'il est difficile à mettre en œuvre, permettant aux travailleurs d'accéder à la justice en vertu des contrats entre acheteurs et fournisseurs. Bien que des obstacles à l'application persistent, le fait que, à partir d'un ensemble de données limité, ce langage semble être commercialement viable indique que l'instrumentalisation des codes de conduite des fournisseurs pour faire respecter les droits des travailleurs peut avoir des applications qui pourraient avoir de vrais impacts positifs pour les travailleurs.

ACCÈS À LA JUSTICE DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL EN GÉORGIE

RAISA LIPARTELIANI & TAMAR GABISONIA

Géorgie

Selon la Constitution de la République de Géorgie,¹ et du droit international, toute personne a le droit de s'adresser à un tribunal (ou à des institutions alternatives) pour défendre ses droits et obtenir un recours effectif. En pratique, la réalité est tout autre et les entraves à la justice n'ont fait que s'aggraver pendant la pandémie. D'importantes réformes ont toutefois permis d'améliorer la situation des travailleurs, même s'il reste beaucoup à faire. Cet article donne une enquête sur les mécanismes de justice disponibles aux travailleurs en République de Géorgie.

Le système judiciaire

Le 12 juin 2013, des changements sans précédent ont été apportés au code du travail de Géorgie, qui a rétabli de nombreux droits du travail qui avaient été complètement supprimés lors des réformes néolibérales extrêmes de 2005. Par la suite, le nombre de plaintes liées au droit du travail a considérablement augmenté dans le système judiciaire géorgien, principalement en raison de la restauration des droits dans le cadre des réformes de 2013. Selon les statistiques de la Cour suprême, 1258 plaintes liées au droit du travail ont été enregistrées en 2013, passant à 1978 plaintes en 2019.² Cependant, tous les travailleurs dont les droits du travail ont été bafoués ne peuvent pas accéder aux tribunaux. Par exemple, les travailleurs employés dans le secteur de l'économie informelle, tels que les travailleurs domestiques, les vendeurs de rue et les travailleurs non rémunérés dans des entreprises familiales, ainsi que les travailleurs indépendants, ne sont pas considérés comme « employés » au regard de la loi et ne sont pas en mesure de déposer plainte contre ceux pour lesquels ils effectuent un travail. De plus, la responsabilité de prouver l'existence d'une relation de travail incombe au plaignant dans le cadre d'un litige. En cas de manquement à cette obligation, le tribunal rejettera la demande.

¹ 1995 CONST. (Geor.) article 31.

² Supreme Court of Georgia, *Statistics*, <http://www.supremecourt.ge/statistics/> [available in Georgian] (last visited Nov. 2020).

Qui plus est, même les travailleurs qui ont la possibilité de s'adresser au tribunal n'ont pas accès à une procédure régulière et droit à un procès équitable. Tout d'abord, les procédures judiciaires relatives aux revendications liées au travail sont extrêmement longues en raison de retards persistants. Même si les dossiers relatifs au droit du travail doivent être résolus dans le mois suivant leur dépôt par les tribunaux de droit commun,³ en pratique, les litiges durent plusieurs années.⁴ Deuxièmement, l'absence de tribunaux spécialisés dans le droit du travail diminue considérablement la qualité des jugements rendus par le tribunal. Cela entraîne des décisions judiciaires incohérentes sur des demandes importantes liées au travail. L'obligation de payer des droits pour les requêtes judiciaires constitue également un obstacle à la revendication des droits, en particulier pour les personnes sans emploi. Bien que les plaintes concernant la rémunération ou les demandes de réintégration soient exemptées de ces frais, les plaintes pour discrimination (y compris la discrimination antisyndicale) exigent des plaignants le paiement de frais avant de déposer la demande.⁵

La pandémie de la Covid-19 a considérablement aggravé la situation en matière d'accès à la justice. Un décret publié par le président de la Géorgie le 21 mars 2020 a déclaré l'état d'urgence dans le pays et, par conséquent, un certain nombre de droits civils ont été restreints. Bien que la restriction n'ait pas été appliquée au droit à un procès équitable et que l'on ait encouragé les litiges virtuels, cela a largement couvert les affaires pénales et certaines affaires administratives. Les litiges relatifs aux droits du travail ont été reportés. Même après la fin de l'état d'urgence, lorsque les litiges ont été relancés, l'accès aux bâtiments des tribunaux reste limité et la diffusion des audiences est restreinte. Cela

³ Civil procedural Code art.59.3 (Geor.).

⁴ Institute for Justice and Development, Friedrich Ebert Stiftung, *Legal and social-economic analyses of the cases of dismissal for 2013-2017 years*, at 4-14 (2018), http://www.fes-caucasus.org/fileadmin/publications/2018/IJD_research.pdf [available in Georgian]

⁵ Law on State Fee art. 5.1. (Geor.).

dit, certaines évolutions positives ont été mises en œuvre durant la pandémie. Toute personne souhaitant s'adresser au tribunal a obtenu le droit de le faire par le biais d'un système électronique de traitement des plaintes, ce qui a eu un effet positif sur les plaintes liées au travail, étant donné que le délai de réclamation concernant, par exemple, la réintégration est très court. Les plaignants sont tenus de saisir le tribunal dans un délai d'un mois à compter du jour de leur licenciement.

L'inefficacité du système judiciaire est également due à l'absence de responsabilité pour les actes d'inconduite judiciaires. La seule façon de contester les violations de procédure ou substantielles commises par un juge est de passer par le Haut Conseil de la justice de Géorgie,⁶ qui n'est pas une institution transparente ou efficace. Premièrement, la décision du Conseil supérieur de la discipline des juges est confidentielle ; par conséquent, les requérants ne sont jamais informés de la suite donnée à leurs plaintes. Deuxièmement, même lorsque la discipline a été appliquée à l'encontre d'un juge en particulier, elles n'ont pas d'incidence sur le règlement de l'affaire que le juge a présidé. En outre, le Haut Conseil ne peut publier que des données statistiques générales sur les violations commises par les juges, et non sur les suites données aux affaires en question.

Outre les défis institutionnels et pratiques auxquels le système judiciaire est confronté, il existe une stigmatisation bien établie dans la société à l'égard des personnes qui cherchent à obtenir justice par le biais des tribunaux. Il n'est pas rare que les employeurs tiennent une « liste noire » des personnes dites « indésirables et dangereuses » qui se sont adressées aux tribunaux pour défendre leurs droits - ce qui rend encore plus périlleuse la revendication de leurs droits par les travailleurs. C'est pourquoi peu de personnes déposent des plaintes alors qu'elles sont encore employées (par exemple pour des infractions en matière de salaire et d'horaires) et n'ont recours aux tribunaux qu'après avoir été licenciées et qu'il ne leur reste pas grand-chose à perdre. La Confédération des syndicats de Géorgie signale, sauf circonstances exceptionnelles, que si un plaignant décide de s'adresser au tribunal pour dénoncer une discrimination antisyndicale ou d'autres violations des droits du travail, il est immédiatement licencié. La lutte des travailleurs pour faire valoir leurs droits devant les tribunaux a un coût élevé, qui se traduit souvent par la perte de leur emploi.

Mécanismes non judiciaires

Il existe des institutions publiques non judiciaires qui garantissent également la justice dans les relations de travail dans le pays, telles que l'inspection du travail et le Bureau du défenseur public de Géorgie. Malgré le fait que les mandats des deux institutions sont très limités, les travailleurs ont la possibilité de s'adresser à l'une ou l'autre des institutions en cas de violation de leurs droits liés au travail.

“La pandémie de la Covid-19 a considérablement aggravé la situation en matière d'accès à la justice. Un décret publié par le président de la Géorgie le 21 mars 2020 a déclaré l'état d'urgence dans le pays et, par conséquent, un certain nombre de droits civils ont été restreints.”

Inspection du travail

La réforme néolibérale introduite en 2005 a aboli non seulement le droit du travail mais aussi l'ensemble du système d'inspection du travail. La Confédération des syndicats géorgiens, ainsi que de nombreuses organisations internationales, dont l'Organisation internationale du travail, ont exigé le rétablissement de l'inspection du travail. Après de nombreuses années de lutte, le département de l'inspection du travail a été recréé sous l'égide du ministère du travail, de la santé et des affaires sociales.

Initialement, le service d'inspection du travail avait pour mandat de contrôler uniquement les normes de santé et de sécurité au travail. Même dans ces conditions, il ne pouvait le faire qu'avec un préavis aux employeurs et sans pouvoir sanctionner les entreprises qui violaient ces normes sur leur lieu de travail. Par conséquent, ni la situation des droits des travailleurs ni le taux alarmant d'accidents du travail ne se sont améliorés dans le pays.

En 2018, une nouvelle loi sur la « santé et la sécurité au travail » a été adoptée. Le mandat du service d'inspection du travail a été élargi pour inclure le contrôle des normes de santé et de sécurité au travail sur les lieux de travail à tout moment et sans préavis aux employeurs. En outre, l'institution s'est vu accorder le droit de sanctionner les entreprises qui enfreignent les règlements promulgués en vertu de la loi. Conformément à cette réglementation, chaque employeur est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité, et minimiser les risques sur le lieu de travail, notamment : l'introduction de politiques de gestion des risques dans l'emploi, la réalisation d'études d'évaluation des risques avec la participation des travailleurs et de leur représentant au cours du processus, l'obligation d'avoir un inspecteur certifié sur le lieu de



Raisa Iparterliani
Vice-président
Georgian Trade
Unions Confederation
Membre
ILAW Advisory Board



Tamar Gabisonia
ILAW Coordinateur
régional pour l'Europe
et l'Asie centrale
Solidarity Center

⁶ Law on Common Courts of Georgia Chapter 13.

travail, entre autres, etc.

Si le mandat du service de l'inspection du travail a été étendu à la santé et à la sécurité au travail, il ne dispose toujours pas du mandat nécessaire pour contrôler la mise en œuvre de tous les autres aspects du droit du travail. Il n'y a pas de séparation rationnelle entre les droits du travail, la santé et la sécurité au travail. En effet, il est important de souligner que la plupart des accidents du travail sont dus à la fatigue physique des travailleurs, qui elle-même est causée par la négligence de leurs droits du travail, tels que le nombre excessif d'heures supplémentaires et le refus de congés, tels que les congés maladie ou les congés annuels.

Par rapport à 2018, le nombre de décès et d'accidents du travail a diminué en 2019. Néanmoins, le nombre d'accidents du travail reste élevé (59 travailleurs sont morts en 2018, 199 ont été grièvement blessés); 38 sont morts en 2019, 135 ont été grièvement blessés).⁷ L'estimation de la mesure européenne des accidents du travail compte le nombre de décès pour 100 000 salariés. Dans le cas de la Géorgie, il y a 745 000 personnes employées dans le pays, sur lesquelles 42,4 travailleurs sont victimes d'accidents du travail chaque année. Et en prenant en compte le système de mesure européen, cela signifie qu'environ 5,7 personnes sur 100 000 meurent dans le pays à la suite d'un accident du travail. Le nombre moyen de décès dans les pays de l'Union européenne s'élève à 1,8 personne pour 100 000 travailleurs, parmi lesquels le taux le plus faible est enregistré aux Pays-Bas - 0,6 personne et le plus élevé en Roumanie et il s'élève à 5,6 personnes pour 100 000 travailleurs. Ces statistiques montrent que la situation en Géorgie est bien plus mauvaise que dans les pays de l'UE. La part des décès dans l'emploi en Géorgie est 3,1 fois plus élevée que le taux moyen de décès dans les pays de l'UE.

Les cas de travail forcé relèvent également du mandat de l'inspection du travail. Toutefois, son mandat sur cette question particulière est également très limité.⁸ Sur la base d'une plainte des travailleurs, les inspecteurs du travail peuvent surveiller la situation sur les lieux de travail et émettre une recommandation en cas de constat de travail forcé. Toutefois, elle n'a pas le droit de sanctionner le contrevenant et sa décision n'a pas force de loi.⁹

Une façon évidente de résoudre les problèmes identifiés avec l'inspection du travail est d'assurer un nombre suffisant d'inspecteurs du travail en général, et qu'ils soient répartis de manière à garantir une couverture géographique. L'OIT recommande aux États membres d'avoir au moins un inspecteur du travail pour 20 000 employés dans le pays. Dans le cas de la Géorgie, au moins 90 inspecteurs du travail sont nécessaires pour

satisfaire aux recommandations de l'OIT. À l'heure actuelle, la Géorgie compte jusqu'à 50 inspecteurs du travail, tous basés dans la capitale de la Géorgie, Tbilissi.¹⁰ Malgré la demande répétée de la Confédération des syndicats de Géorgie de ratifier les conventions de l'OIT protégeant les normes internationales en matière de sécurité et de santé au travail (conventions N 81, N 155 et N 176 de l'OIT), les autorités géorgiennes ne l'ont pas fait. En outre, selon la législation géorgienne, les questions liées à la santé et à la sécurité au travail doivent être discutées dans le cadre de la commission tripartite du partenariat social ; toutefois, la commission tripartite elle-même est restée inactive sur ce point.

Bureau des défenseurs publics

Outre le département de l'inspection du travail, le bureau du défenseur public de l'État géorgien est mandaté pour surveiller la bonne mise en œuvre des droits du travail dans le domaine de l'emploi.¹¹ Le Défenseur public de la Géorgie supervise la protection de toute personne dont les droits sont violés par des entités de l'État ou les autorités municipales locales, ce qui fait obstacle à leur contrôle des droits du travail dans le secteur privé. Le secteur privé n'a aucune obligation de coopérer avec le Défenseur public ou de fournir les informations demandées dans le cadre d'un litige en cours. La seule exception concerne les cas de discrimination et de harcèlement sur le lieu de travail, où les autorités du service public ainsi que les représentants du secteur privé sont tenus de fournir toute documentation à la demande du Bureau du défenseur public de Géorgie.¹²

Le bureau du défenseur public est habilité à émettre des recommandations sur la violation des droits du travail en Géorgie. Toutefois, le taux de mise en pratique des recommandations du défenseur public par les organismes publics est généralement très faible. Parfois, même lorsque les organismes publics se déclarent prêts à suivre la recommandation du Défenseur public, cela ne se produit pas.¹³

Si l'organisme public ne se conforme pas à la recommandation émise et qu'il existe un motif suffisant pour prouver un traitement discriminatoire, le Défenseur public a le droit de saisir le tribunal contre l'organisme public et, dans le cas où le tribunal maintient la demande, une décision de justice est obligatoire et doit être respectée par l'organisme intimé.¹⁴ Le délai de recours des demandeurs a été porté de trois mois à un an. Le Défenseur public est habilité à engager des poursuites dans les affaires de discrimination sur la base de demandes ou de plaintes de personnes physiques et morales ou d'un groupe de personnes ou de sa propre initiative.

¹⁰ *Id.*

¹¹ Law on Public Defenders of Georgia (1996).

¹² *Id.* at art. 3.

¹³ Public Defender's Office, *Special report on prevention of discrimination* (2019) <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2020030416283364211.pdf>

¹⁴ Law on Elimination of all forms of discrimination art. 6 (2014) (Geor.).

⁷ DEPARTMENT OF LABOUR INSPECTION, <https://www.moh.gov.ge/en/728/#/> (last visited Nov. 2020).

⁸ Resolution N473 on the approval of the Statute of the Ministry of Internally Displaced Persons from the Occupied Territories of Georgia, Labor, Health and Social Affairs, art. 2 and 19 (Geor.).

⁹ Resolution #603 on the State Program of Labor Inspection (2018) Article 2 and 3 (Geor.).

Conclusions

Étant donné que le système judiciaire, qui est considéré comme l'institution la plus efficace du pays, présente ses propres lacunes, comme décrit ci-dessus, il est primordial de disposer d'un organisme non judiciaire efficace dans le pays, doté d'un mandat à part entière pour contrôler la mise en œuvre effective du droit du travail dans l'emploi. Selon les normes internationales du travail, l'inspection du travail est l'institution qui doit être dotée d'un mandat lui permettant de contrôler non seulement les risques professionnels, mais aussi la bonne application des droits du travail.

Le manque d'efficacité des organismes de contrôle susmentionnés est devenu encore plus critique pendant la pandémie de la COVID-19. Les droits du travail ont été fréquemment violés - des travailleurs se sont vu refuser le paiement de leur salaire, se sont vu refuser des congés payés ou des congés de maladie, ont été illégalement licenciés, etc. Plus encore, pendant l'état d'urgence, qui a duré 2 mois, la loi sur la sécurité au travail a été suspendue. Par conséquent, l'inspection du travail ne fonctionnait pas, même avec un mandat très limité, alors que de nombreux secteurs économiques aux conditions de travail dangereuses (travaux miniers, services de construction, projets d'infrastructure, etc.) ont continué à fonctionner dans le pays.

Par conséquent, si l'accès à la justice dans les relations de travail en Géorgie est officiellement garanti par le pouvoir judiciaire et d'autres institutions de l'État telles que l'inspection du travail et le Bureau des défenseurs publics de Géorgie, ils présentent tous des difficultés et des lacunes. Il est prioritaire que la Géorgie crée un système de tribunal du travail spécialisé pour leur permettre d'examiner les cas de travail dans les délais établis et de rendre des décisions bien justifiées fondées sur la pratique judiciaire unifiée qui répond à une norme internationale en matière de travail. La mise en place d'une véritable inspection du travail chargée de contrôler tous les droits du travail est également nécessaire pour améliorer l'accès à la justice dans le pays. Le Bureau du défenseur public devrait avoir le droit de sanctionner un contrevenant au droit du travail dans les secteurs publics et privés afin d'accorder à l'institution un rôle efficace dans la lutte contre la discrimination en matière d'emploi.

L'ACCÈS À LA JUSTICE DU TRAVAIL ET LES OBSTACLES PROCÉDURAUX À L'OUVERTURE DES PROCÉDURES : UN CHANGEMENT DE PARADIGME DANS LA PRATIQUE DES TRIBUNAUX ZIMBABWÉENS OU UNE ILLUSION JUDICIAIRE?

MUNYARADZI GWISAI¹

Zimbabwéens

« C'est une cour de justice qui est tenue de résoudre les vrais problèmes entre les parties. Il ne faut pas trop se mêler de petits détails techniques. » MATHONSI JA.²

La Loi sur le travail,³ « la Loi », a été largement saluée comme introduisant un cadre démocratique régissant les relations de travail au Zimbabwe conformément aux normes internationales du travail. L'article 2A(1) de la Loi a pour objet de faire progresser la justice sociale et la démocratie sur le lieu de travail, y compris « le règlement juste, efficace et rapide » des conflits du travail.⁴ La Loi a institué un tribunal du travail spécial doté d'une compétence en matière d'équité et d'habilité à traiter les différends d'une manière juste, souple et peu coûteuse, sans tenir compte des rigidités des tribunaux civils.⁵

L'un des principes de la justice du travail est que l'accès aux tribunaux soit pleinement facilité et les formalités réduites au minimum. Pourtant, comme indiqué dans *Mazambani*, l'utilisation de détails techniques est devenue le fléau des tribunaux au Zimbabwe avec un effet dévastateur

sur les travailleurs ordinaires et les parties pauvres. Les tribunaux ont développé une phalange de précédents relatifs aux formalités d'ouverture de la procédure, en particulier l'avis d'appel, qui ont en fait perturbé l'accès aux tribunaux. Le non-respect le plus infime des règles de la cour a été jugé fatal, rendant l'appel nul.⁶

Cet article critique l'approche suivie par les tribunaux et fait valoir que l'approche de *Mazambani* correspond le mieux aux intérêts de la justice du travail.

“L'un des principes de la justice du travail est que l'accès aux tribunaux soit pleinement facilité et les formalités réduites au minimum. Pourtant, comme indiqué dans Mazambani, l'utilisation de détails techniques est devenue le fléau des tribunaux au Zimbabwe avec un effet dévastateur sur les travailleurs ordinaires et les parties pauvres.”

Le droit d'appel et la structure des tribunaux

Un élément fondamental de la doctrine de l'état de droit est le droit d'une partie lésée par une décision d'un tribunal inférieur de faire appel devant une juridiction supérieure. En termes de loi sur le licenciement équitable, l'article 8(1) de la convention sur le licenciement indique :⁷

« 1. Un travailleur qui estime que son emploi a été résilié de manière injustifiée a le droit de contester

¹ Munyaradzi Gwisai (LLBS, Université du Zimbabwe; LLM, Colombie) est praticien du droit et enseignant à l'Université du Zimbabwe et au Briggs Zano Working Peoples College. L'auteur remercie ses collègues, M Sinyoro, S Banda, E Matika et T Mandangu, pour leurs observations sur cette question dans l'affaire *Mazambani*, note 2, dans laquelle l'auteur était le conseil principal de l'appelant.

² *Edmore Taperesu Mazambani vs International Export Trading Company (Private) Limited and Anor* 2020 SC 88-20 (SC) at 11 (Zim)[hereinafter *Mazambani case*].

³ The Labour Act [Chapter 28:01] of 1985 (Zim.) [hereinafter *Labour Act*].

⁴ Labour Act, *supra* note 3 §2A(1)(f).

⁵ *Zhakata v Mandoza N.O and N M Bank Ltd* HH 22-05 (HC) (Zim.) (le tribunal a déclaré que le fait de porter les affaires relatives au travail devant la Haute Cour où «les procédures sont complexes, coûteuses et lourdes...ne peut que servir à aller à l'encontre du noble but pour lequel le tribunal spécial du travail a été créé. »)

⁶ *Matanhire v BP Shell Marketing* 2004 SC 113 – 04 (SC) (Zim.); *Tamanikwa and Anor v Zimbabwe Manpower Development Fund and Anor* 2013 SC 197-11 (SC) (Zim.); *Chikura and Another v Al Sham's Global BVI Limited* 2017 SC 17-2017 (SC) (Zim.).

⁷ International Labour Organization (ILO), *C158 - Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)*.

ce licenciement devant un organe impartial, tel que la Cour, un tribunal du travail, un comité d'arbitrage ou un arbitre. »

Le Tribunal du travail siège au sommet du processus d'appel en vertu de la Loi sur le travail. Elle jouit d'une compétence d'appel exclusive en première instance dans les affaires relevant de sa compétence en vertu du paragraphe 89(6).⁸ Le tribunal dispose d'une compétence d'appel étendue, y compris les appels des processus disciplinaires sur le lieu de travail en vertu des codes du travail,⁹ les appels de décisions rendues en vertu d'un arbitrage obligatoire,¹⁰ les décisions des autorités disciplinaires du lieu de travail en vertu du Code modèle national¹¹ ou les décisions disciplinaires du secteur public en vertu du Règlement de la fonction publique.¹²

Une partie qui souhaite faire appel devant le Tribunal du travail doit déposer un acte d'appel conforme à la règle 19(1), y compris le formulaire LC 4.¹³ Les motifs de l'appel « doivent être concis et précis ».

Une partie lésée par une décision du Tribunal du travail peut faire appel devant la Cour suprême, mais uniquement sur une question de droit.¹⁴ L'avis d'appel doit être conforme à la règle 59 des Règles de la Cour suprême, 2018 ;¹⁵

(3) L'avis d'appel doit indiquer —

- (a) la date à laquelle la décision a été rendue ;
- (b) le tribunal ou l'officier dont la décision est portée en appel ;
- (c) les motifs d'appel conformément à l'article 44 ;
- (d) la nature exacte de la réparation demandée ;
- (e) l'adresse de l'appelant ou de son représentant légal ; et
- (f) si l'autorisation d'appel a été accordée, la date de cet octroi.

Aux termes de la règle 44, les « motifs d'appel

⁸ See *Nyanzara v Mbada Diamonds* 2016 HH 63-15 (HC) (Zim.); *Triangle Ltd and Others v Zimbabwe Sugar Milling Industry Workers Union* 2016 HH 74 – 169HC (Zim). See also *Chirwa v Transnet Ltd and Others* 2008 (4) SA 367 (CC) (S. Afr.); *Confederation of Zimbabwe Industries v Mbatha* 2015 HH125 – 15 (HC) (Zim.) (for a contrary minority position).

⁹ Labour Act, *supra* note 3 §92D.

¹⁰ *Id.* at §98 (10).

¹¹ Labour Act, *supra* note 3 §92D; *Sakarombe N.O and Another v Montana Carswell Meats (Private) Limited* 2020 SC 44-20 (SC) (Zim.).

¹² Public Service Regulations, SIs 1/2000 of 2000 §52 (Zim.); Public Service Act Chapter 16:04 of 2001 §26 (Zim.).

¹³ Labour Court Rules 2017 SI 150/2017 (2017) (Zim.); Labour Court Rules SI59/2006 (2006) Rule 15(1) (Zim.).

¹⁴ Labour Act *supra* note 3 §92F (les tribunaux l'ont lu de manière restrictive); *Sable Chemical Industries Ltd v Easterbrook* 2010 (2) ZLR 342 (S).

¹⁵ Supreme Court (Miscellaneous, Appeals and References) Rules, 1975 (Zim.); Rules of the Supreme Court, 1964 (Zim.) (if for high court).

doivent être exposés de manière claire et concise ».

Un champ de bataille clé a été la question de savoir dans quelle mesure ces exigences sont impératives. Un avis d'appel est-il défectueux, irrécupérable ou peut-il être modifié ? Une approche trop stricte ferme les portes des cours de justice aux travailleurs et aux pauvres. La pratique des tribunaux n'a cependant pas été encourageante, reflétant une prémisse inarticulée de l'unitarisme néolibéral.

Pratique des tribunaux

Dans la pratique, les tribunaux ont adopté une jurisprudence conservatrice mettant l'accent sur la formalité juridique. Les fondements modernes se trouvent dans *Jensen c Avacolas*,¹⁶ où le juge KORSAH a formulé le principe applicable comme suit :

«... Un avis d'appel qui ne respecte pas les règles est irrémédiablement défectueux et invalide. C'est-à-dire que c'est une nullité. C'est non seulement mauvais, mais incurablement mauvais, et, à moins que le tribunal ne soit prêt à accepter une demande de pardon du défaut et à permettre le dépôt d'un avis approprié, l'appel doit être radié avec dépens ... »

Le tribunal a rigoureusement suivi l'approche ci-dessus avec le juge MALABA (maintenant juge en chef), un partisan particulièrement ardent. Dans *Matanhire c BP & Shell Marketing Services (Pvt) Ltd*,¹⁷ il affirme :

« Il n'est pas habituel d'écrire un jugement sur une question qui a été radiée... Ce jugement a été rédigé dans le but d'attirer l'attention des praticiens du droit sur le fait que toutes les questions exigées par le règlement de la Cour énoncées dans un avis d'appel valide sont d'importance égale, de sorte que le fait de ne pas en indiquer une rend l'avis d'appel invalide. »

Dans *Tamanikwa and Another c. Zimbabwe Manpower Development Fund and Another*,¹⁸ l'acte d'appel était « contre une partie du jugement du Tribunal du travail... » alors que la réparation demandée demandait que « le jugement du tribunal a quo soit annulé... » Le juge BHUNU a rejeté une demande de modification de l'avis et a radié l'appel pour défaut de préciser « la nature exacte de la réparation demandée », expliquant :

« C'est une loi bien établie que, sauf dans des circonstances exceptionnelles, le terme « doit » dénote l'intention du législateur de

¹⁶ *Jensen v. Acavalos* 1993 (1) ZLR 216 (S) at 220A-D (Zim.).

¹⁷ *Matanhire v BP & Shell Marketing Services (Pvt) Ltd* 2004 (2) ZLR 147 (S) (Zim.).

¹⁸ *Tamanikwa and Another vs Zimbabwe Manpower Development Fund and Another* SC 73 - 17, at 4 – 7 (SC) (Zim.).



Munyaradzi Gwisai
Maître de conférence
University of Zimbabwe
Faculty of Law

rendre la règle impérative. Notre Cour a statué à de nombreuses reprises que le non-respect des dispositions impératives des Règles de procédure rendrait un appel nul. »

Les appelants ont été punis de frais punitifs parce qu'ils n'avaient pas tenu compte du « sage conseil du juge en chef » qui les avait alertés du vice fatal dans « ses fonctions de supervision et d'administration de routine ». De plus, « ceux qui défient délibérément les sages conseils et continuent par négligence à causer une perte patrimoniale à autrui ne doivent pas crier au scandale lorsqu'ils sont obligés de réparer la perte. »¹⁹ Dans l'affaire *Madyavanhu c. Saruchera and Others*,²⁰ l'omission incriminée était le défaut de faire une prière pour le succès de l'appel. Le juge GWAUNZA affirme :

« Le libellé des dispositions montre que la Règle est de nature impérative, ce qui signifie que tout document intitulé « avis d'appel » doit s'y conformer pour être un avis d'appel valide. Les informations requises aux termes de cette disposition doivent être clairement énoncées, même lorsqu'elles peuvent être évidentes ou déductibles du texte donné des motifs du recours. »

L'exception concerne les moyens d'appel, pour lesquels les tribunaux ont fait preuve d'une certaine souplesse, permettant par exemple de faire appel lorsque l'avis contient des motifs valables et d'autres invalides.²¹ L'approche des tribunaux a donc été en général conservatrice.

“Cela est conforme à la doctrine de la primauté du droit et à une égale protection de la loi...L'accent excessif sur les détails techniques met l'accent sur la formalité juridique par rapport à la justice de fond, ce qui favorise l'abus des tribunaux, en particulier par les parties aux poches profondes.”

Mazambani : Changement de paradigme ?

Cependant, depuis la séparation de la Cour suprême de la Cour constitutionnelle au début de 2020 et l'arrivée des nouveaux juges, l'atmosphère a changé. Dans l'affaire *Kundishora c. Zimbabwe Red Cross Society*,²² le juge MAKONI a fermement défendu le point préliminaire du défendeur selon lequel l'avis d'appel était invalide parce qu'il était contre une partie du jugement, alors que l'appel était contre l'ensemble du jugement. Le défendeur a dû concéder.

Mais c'est dans *Mazambani c. International Export Trading Co. (Pvt) Ltd and Another*, précité, que le juge

¹⁹ See also *Sambaza v Al Shams Global Bvl Limited* SC 03 – 18 (SC) (Zim.); *Dabengwa and Another v ZEC and Others* SC 32 – 16 (Zim.); *Ndlovu v Ndlovu* SC 133 -02 (SC) (Zim.).

²⁰ *Madyavanhu v Saruchera and Others* SC 75 – 17 (SC) (Zim.).

²¹ *Sambaza v Al Shams Global Bvl Limited* SC 03 -18 (SC) (Zim.); *Mazambani case*, *supra* note 2 at 7.

²² *Kundishora v Zimbabwe Red Cross Society* SC 48-20 (SC) (Zim.).

MATHONSI a élaboré une jurisprudence qui pourrait marquer une rupture avec l'approche conservatrice du passé. L'appelant a soutenu que, selon l'influence des autorités, l'avis d'appel était nul puisqu'il demandait l'annulation du jugement du tribunal a quo et la substitution d'une ordonnance rejetant la demande du demandeur devant l'arbitre. Ceci était invalide parce que le tribunal a quo ne pouvait qu'annuler la sentence et ne pas substituer sa propre ordonnance. Le tribunal a autorisé une modification visant à séparer la partie incompétente en se fondant sur la doctrine de la séparabilité incorporée au droit des contrats, comme l'a soutenu l'appelant.²³ Il a cité l'article 22 de la loi sur la Cour suprême habilitant le tribunal, lorsqu'il le juge nécessaire ou opportun dans l'intérêt de la justice, à suivre une voie « qui peut conduire à un règlement juste, rapide et peu coûteux de l'affaire. »²⁴

En termes appropriés, y compris un avertissement fort aux avocats susceptibles d'abuser des détails techniques, le tribunal a jugé ;²⁵

« Lorsque... l'avis d'appel est, à toutes fins utiles, valable, mais qu'il est nécessaire de procéder à un amendement pour l'arranger, en séparant les parties incriminées, ce tribunal devrait pencher en faveur de l'octroi de l'amendement... On ne peut pas s'attendre à ce que l'appelant recommence à zéro, si l'appel est radié, lorsque les mots incriminés peuvent être dissociés, laissant un appel valide. C'est une cour de justice qui est tenue de résoudre les vrais problèmes entre les parties. Il ne faut pas trop se mêler de petits détails techniques. Les praticiens du droit passent beaucoup de temps à comparaître devant ce tribunal pour discuter de petits détails techniques et essayer de déployer les règles du tribunal pour empêcher le règlement des affaires. C'est inadmissible.”

Critique

Il est soutenu que l'approche adoptée dans *Mazambani* est la bonne pour plusieurs raisons. Comme l'a souligné le juge MATHONIS, la fonction fondamentale des tribunaux est de résoudre les vrais problèmes entre les parties et de ne pas se laisser distraire par des détails techniques.²⁶ Cela est conforme à la doctrine de la primauté du droit et à une égale protection de la loi. De plus, les tribunaux ont le pouvoir de tolérer les dérogations aux Règles.²⁷ L'accent excessif sur les détails techniques met l'accent sur la formalité juridique par rapport à la justice de fond, ce qui favorise l'abus des tribunaux, en particulier par les parties aux poches profondes. Malheureusement, l'approche adoptée par les tribunaux a vu la pratique s'enraciner, en particulier parmi les jeunes avocats, ce qui a nui au développement d'une jurisprudence approfondie et solide dans les cours supérieures.

²³ *Sibanda A and H v Pentaville Investments (Pvt) Ltd and others* HH 14 – 03 (HC) (Zim.) at 2.

²⁴ Supreme Court Act Chapter 7:13 (1981) (Zim.) at §22 (1)(b)(ix).

²⁵ *Sibanda*, *supra* note 23 at 11.

²⁶ ZIM. CONST., §3 (1) and §56 (1).

²⁷ See Labour Court Rules, *supra* note 13 at Rule 32.

Le principe constitutionnel énoncé à l'article 162 de la Constitution selon lequel l'autorité judiciaire « découle du peuple zimbabwéen » oblige les tribunaux à être pleinement accessibles à tous.

Cette dernière approche trouve maintenant une confirmation constitutionnelle à l'article 85(3) de la Constitution. Cela implique que ;²⁸

(3) Le règlement de chaque tribunal doit prévoir la procédure à suivre ... et ces règles doivent garantir que –

- (a) le droit de s'adresser au tribunal en vertu du paragraphe (1) est pleinement facilité ;
- (b) les formalités relatives à la procédure, y compris son ouverture, sont réduites au minimum ;
- (c) le tribunal, tout en respectant les règles de justice naturelle, n'est pas limité de manière déraisonnable par des aspects procéduraux.

Ce qui précède est particulièrement vrai pour les conflits du travail. La section 2A(1)(f) de la Loi prévoit le « règlement juste, efficace et rapide des différends. » Pour atteindre cet objectif, le tribunal jouit d'une compétence en matière d'équité contrairement aux tribunaux civils.²⁹ Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps qu'il n'est « pas souhaitable que les questions de relations de travail soient tranchées sur la base d'irrégularités de procédure. »³⁰ le juge BHUNU (tel il l'était alors) a justifié cela dans *Zhakata c Mandoza N.O et Anor* ;³¹

«... Il est banal et une question de bon sens qu'en matière de travail, les employés pauvres et indigents sont souvent confrontés à l'immense richesse et aux ressources des employeurs. Les employeurs riches n'hésiteront pas à utiliser leur puissance financière pour obtenir un avantage injuste sur les employés pauvres dans les tribunaux les plus chers où l'employé sera ébloui et perdu dans les subtilités du jargon juridique et des détails techniques. La majorité des employés qui auront perdu leur emploi n'ont pas les moyens de se payer les services d'un avocat au Tribunal du travail et encore moins à la Haute Cour. »

En fin de compte, une approche pédante et étroite qui met l'accent sur la formalité juridique renverse la base de l'autorité judiciaire, « le peuple zimbabwéen ». Lorsque la justice substantielle est subvertie parce qu'un système juridique permet l'utilisation à grande échelle de techniques procédurales « pour empêcher le règlement des affaires », le tribunal risque de perdre son autorité morale dans la société. Sans ceci, un

pouvoir judiciaire n'est rien, comme le soutient le juriste américain Roscoe Pound.³² L'intervention du juge MATHONSI à Mazambani est opportune et bienvenue et on espère que cela marque un changement de paradigme dans les tribunaux zimbabwéens et non une illusion judiciaire éphémère.

²⁸ Constitution of Zimbabwe Amendment (No. 20) Act, 2013 at 885 (3).

²⁹ *Samanyau & Ors v Fleximail Ltd* SC 21-14 (SC) (Zim.).

³⁰ *Dalny Mine v Banda* 1999 (1) ZLR 220 (S) at 222 (Zim.).

³¹ *Zhakata supra* note 5.

³² R Pound, *Liberty of Contract*, 18 Yale L.J 654 (1909).

PROTECTION JUDICIAIRE EFFICACE ET DROITS DES TRAVAILLEURS DANS LE CADRE DE LA COVID-19 : UNE PERSPECTIVE DU DROIT COLLECTIF

MIGUEL ÁNGEL GARRIDO PALACIOS

Espagne

La déclaration de l'état d'alerte en Espagne suite à la COVID-19 a forcé l'approbation d'une série de mesures urgentes pour tenter de faire face à la pandémie. Du point de vue du travail, et bien qu'il puisse y avoir des objections à la modération de certaines mesures, on ne peut pas nier que l'esprit qui accompagne la prolifique législation approuvée maintenant s'est engagé à une solution différente des mesures prises après la crise financière de 2008.¹ En ce sens, l'approche adoptée appelle à un équilibre des sacrifices entre les entreprises et les travailleurs.² Plus la définition et la protection des droits sont complexes dans le domaine de l'administration et dans les domaines procédural et judiciaire, plus les travailleurs ont besoin de connaître leurs droits.

Cette situation a entraîné la suspension générale des audiences judiciaires, à l'exception de celles considérées comme urgentes. Ainsi, du fait de la suspension des délais de procédure prévus dans le RD 463/2020,³ les litiges collectifs et les affaires de droits fondamentaux ont été exemptés. Cependant, l'activité de la juridiction sociale a été largement réduite jusqu'à la levée de l'état d'alerte, à l'exception des procédures d'urgence sur la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, ainsi que des litiges sur les plans de licenciement temporaire (« ERTES » en espagnol).⁴

¹ Antonio Baylos, *¿La legislación aluvional de la crisis del COVID-19 la reforma laboral de la "nueva normalidad"?*, BAYLOS BLOG (Jul. 21 2020), <https://baylos.blogspot.com/search?updated-max=2020-07-23T11:51:00%2B02:00&max-results=3&start=12&by-date=false>.

² Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y Maria Emilia Casas Baamonde, *DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE LA PANDEMIA*, 15-90 (Lefebvre-El Derecho ed., 1st ed. 2020).

³ RD 463/2020, pp. 25390-25400 (R.D. 463/2020) (por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, B.O.E. número 67, de 14 de marzo de 2020) (España).

⁴ Réglementation temporaire des plans d'emploi. Il s'agit d'un mécanisme de flexibilité interne qui permet la suspension des contrats de travail ou l'application d'une réduction du temps de travail comme moyen d'ajuster les effectifs à l'activité réelle de l'entreprise et ainsi éviter la destruction d'emplois. Tant qu'ils sont dans cette situation, les travailleurs reçoivent des allocations de chômage. Il faut ajouter qu'il y a également eu des litiges dans des domaines tels que la conciliation de la vie familiale et professionnelle, car l'espace pour les soins en cas de pandémie s'est élargi, ou les licenciements. Comme il s'agit de questions individuelles, elles ne font pas l'objet de cette étude.

Un exemple négatif de protection judiciaire efficace est ce qui s'est passé au sein du Service de médiation, d'arbitrage et de conciliation (« SMAC » en espagnol) de la Communauté de Madrid (CAM)⁵ où il y a eu une inaction considérable de la part de l'administration dans la gestion de la COVID-19. Il convient de rappeler que la gestion de ces services dépend du gouvernement des Communautés autonomes. Les lacunes du SMAC de CAM sont les suivantes : la paralysie des conciliations, l'impossibilité de présenter des demandes de conciliation en personne, l'insuffisance des services virtuels et, à l'heure actuelle, un volume important de conciliations sans convocation. Il s'agit d'une étape préalable inévitable dans des cas tels que les licenciements ou les sanctions. Cela génère une insécurité juridique puisque, lors de l'introduction de l'action en justice ultérieure, l'agence exige la tenue de ladite conciliation ou, à défaut, un certificat de non tenue de ladite conciliation. Cela a conduit les associations d'avocats des travailleurs à officialiser une protestation et un rassemblement au SMAC.⁶

“Étant donné que le mauvais fonctionnement de l'administration publique peut conduire à l'absence de défense des citoyens, il convient d'étudier les actions des syndicats devant les tribunaux pour défendre les droits des travailleurs pendant la pandémie.”

Étant donné que le mauvais fonctionnement de l'administration publique peut conduire à l'absence de défense des citoyens, il convient d'étudier les actions des syndicats devant les tribunaux pour défendre les droits des travailleurs pendant la pandémie. L'interprétation d'une partie du recueil des règlements d'ur-

⁵ Il s'agit d'un organe existant au sein des gouvernements régionaux, qui, entre autres pouvoirs, a la responsabilité de tenter de réconcilier les travailleurs et les entreprises comme étape préliminaire à la phase judiciaire.

⁶ Bernardo García, Enrique Lillo y Miguel Ángel Garrido, *Acudi a los tribunales es un derecho de la ciudadanía que en Madrid se obstaculiza conscientemente*, BAYLOS BLOG (Jul. 23 2020) <https://baylos.blogspot.com/2020/07/acudir-los-tribunales-es-un-derecho-de.html>.

gence peut être envisagée sous l'angle du droit collectif. Cette analyse se concentre sur les deux domaines fondamentaux de conflit : la santé et la sécurité des travailleurs et le mécanisme ERTES.

L'impact de la COVID-19 sur la santé et la sécurité des travailleurs du point de vue du droit collectif.

Il existe un nombre considérable de cas liés à la sécurité et à la santé des travailleurs exposés à la pandémie. Les syndicats ont formulé des mesures préventives, même *ex parte*, conformément à la nécessité d'assurer une protection juridique rapide et efficace.

Ainsi, la jurisprudence montre une compréhension quant à l'impossibilité matérielle de l'Administration de fournir des EPI (EPIS en espagnol)⁷ et les ressources nécessaires à la protection des travailleurs⁸ compte tenu de la pénurie de masques, blouses et autres articles constatée dans le pays.⁹ Toutefois, il existe un certain nombre de décisions fondées sur le manque de vigilance de l'employeur dans l'évaluation des risques sur le lieu de travail, également face à la menace de la Covid-19, et il ne peut donc pas être considéré comme résolu par une simple évaluation générique.¹⁰

La juridiction administrative contentieuse s'est penchée sur la pénurie d'EPI concernant le personnel médical.¹¹ La question principale porte non seulement sur l'insuffisance des ressources, mais aussi sur la question de savoir s'il y a eu une inactivité légale fautive de la part de l'administration. Cela a été rejeté, malgré la compréhension des préoccupations du personnel médical, en raison du manque de preuves pour aboutir à une telle conclusion.¹²

Le niveau de protection des travailleurs par rap-

port à la directive communautaire 2019/1833¹³ a été débattu, les États membres ayant jusqu'au 20 novembre 2021 pour la transposer. La Cour suprême de Madrid¹⁴ a estimé que le délai ne peut être interprété comme une autorisation pour les entreprises à mettre en danger la santé des travailleurs, rendant leur action dépendante des connaissances et des mesures préventives techniquement possibles.

En bref, il y a une prise de conscience de la situation précaire vécue par l'Espagne dans les moments les plus difficiles de la pandémie concernant les ressources immédiates, mais qui n'empêche pas d'exiger des employeurs le respect de la protection permanente de la santé et de la sécurité des travailleurs.

Le mécanisme ERTES en droit collectif

Le mécanisme ERTES était présent dans notre législation, notamment dans les articles 47 et 51 du Code du travail (CT)¹⁵ avec ses procédures reprises dans le RD 1483/2012.¹⁶ Les règlements spécifiques liés à la COVID-19, ont apporté un règlement exceptionnel mettant l'accent sur les articles 22 et 23 du RDL 8/2020¹⁷ qui ont été interprétés par la jurisprudence.

Nous devons partir des aspects généraux pour arriver sur certains points spécifiques. La jurisprudence maintient les critères relatifs aux procédures de négociation collective en termes de flexibilité interne et externe, avec la nécessité de recourir à des affaires dans le cadre de la Covid-19.

La valeur attribuée au dialogue, à la négociation collective et par conséquent à l'accord dans ce type de procédure se distingue. Il est souligné, comme indiqué dans la jurisprudence pré-Covid, qu'un accord avec la majorité syndicale présume l'existence de motifs, qui ne peut être contestée que lorsqu'il y a eu fraude, tromperie,

⁷ Équipement de protection individuelle. Il s'agit de matériel aux qui protègent les travailleurs tels que des gants ou des casques.

⁸ Sindicato ESK vs. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, Jul. 1, 2020, (T.S.J. del País Vasco Sala de lo Social, No. 837/2020) (España); Sindicato Unificado de Policía vs. Ministerio del Interior, Abr. 6, 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. Auto 18/2020) (España); Unión Federal de Policía vs. Dirección General de Policía, Abr. 6 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. Auto 19/202) (España); Sindicato Unificado de Policía vs. Ministerio del Interior, Abr. 6 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. Auto 20/2020) (España).

⁹ Elena Sevillano, *Por qué España está sin mascarillas cuando lo peor de la crisis no ha llegado*, EL PAÍS (Nov. 2020), <https://elpais.com/sociedad/2020-03-18/por-que-espana-esta-sin-mascarillas-cuando-lo-peor-de-la-crisis-no-ha-llegado.html>

¹⁰ Sindicato CCOO vs. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, Jul. 7, 2020 (T.S.J. del País Vasco Sala de lo Social, No. 866/2020) (España).

¹¹ Ordonnance du tribunal traitant des réclamations relatives aux administrations publiques de droit administratif.

¹² Confederación Estatal de Sindicatos Médicos vs. Ministerio de Sanidad, Mar. 31 2020 (T.S. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección cuarta, No. Auto de 31 de marzo de 2020) (España).

¹³ Il convient de rappeler que le droit communautaire prévaut sur le droit interne espagnol, en particulier les directives une fois qu'elles ont été transposées en droit national et que ces délais ont été dépassés, avec les nuances énoncées dans la jurisprudence. Directiva 2019/1833. Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión de 24 de octubre de 2019, Diario Oficial de la Unión Europea, de 31 de octubre de 2019, L 279, pp. 54-79.

¹⁴ Sindicato CSIF vs. Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, Abr. 1, 2020, (T.S.J. de Madrid Sala de lo Social, Sección Segunda, No. Auto de 1 de abril de 2020) (España).

¹⁵ Estatuto de los Trabajadores, pp. 100224-100308 (R.D. 2/2015) (España) (por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, B.O.E., número 255, de 24 de octubre).

¹⁶ RD 1483/2012, pp. 76292-76322 (R.D. 1483/2012) (por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, B.O.E., número 261, de 30 de octubre de 2020) (España).

¹⁷ RDL 8/2020, pp.25853-25898 (R.D.L. 8/2020) (de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, B.O.E., número 73, de 18 de marzo de 2020) (España).



Miguel Angel Garrido Palacios
Avocat
Germinal Lawyers

coercition ou abus de droit,¹⁸ et qui doit être prouvée par le plaignant.¹⁹

Une autre controverse est apparue sur la relation entre la représentation syndicale et la représentation des travailleurs dans les discussions.²⁰ La primauté de l'option syndicale est maintenue, déclarant illégales, les manœuvres d'une entreprise lors d'une réunion finale si elle contacte des représentants individuels pour voter en faveur d'un accord qui n'aurait pas été conclu si les syndicats avaient voté comme à leur habitude. La bonne foi dans les négociations et la liberté d'association sont déclarées avoir été violées car il s'agit d'une intrusion illégitime et d'un acte frauduleux pour parvenir à un accord.²¹

La possibilité de mettre en œuvre un ERTE dans le secteur public est également apparue pendant la pandémie.²² Tel est le cas du Tribunal social de Vitoria,²³ où une société de transports publics urbains a appliqué un ERTE pour cause de force majeure. L'entreprise possède plus de 50 % du capital public et son financement principal n'est pas assuré par les revenus du marché. Le tribunal a estimé que l'ERTE ne pouvait pas avoir été effectué dans une entreprise du secteur public présentant les caractéristiques susmentionnées, et il a donc été déclaré injustifié.²⁴ Toutefois, au moment de la rédaction de cet article, la Cour de justice basque²⁵ a révoqué ledit jugement, optant pour des critères stricts de l'administration publique en considérant que ladite entreprise publique ne fait pas partie de l'administration publique, et a donc révoqué le jugement du tribunal de première instance et déclaré justifiée, la décision d'appliquer l'ERTE.

Compte tenu de l'avalanche d'ERTES, principalement des cas de force majeure qui doivent être vérifiés par l'autorité du travail conformément à l'article 51.7 du

Code du travail,²⁶ il se produit une situation dans laquelle un certain nombre de demandes n'obtiennent pas de résolution administrative expresse ou arrivent trop tard. L'interprétation des tribunaux en est venue à admettre que, en l'absence de résolution administrative expresse, une fois le délai de décision dépassé, le silence produit un effet positif²⁷ permettant à l'entreprise d'appliquer les mesures demandées.

Concernant la documentation à fournir lors des négociations,²⁸ il y a une réaffirmation des critères selon lesquels toutes les absences n'entraîneraient pas la nullité d'un ERTE et, par conséquent, une interprétation concluante est recommandée.²⁹ La manière dont l'absence de documents a empêché une partie de se faire une opinion sur la situation de la société par rapport aux motifs allégués doit être motivée.

En ce qui concerne la négociation parallèle de mesures qui modifient la journée de travail établie par la convention collective applicable, la jurisprudence s'est prononcée sur la conformité de ces mesures impliquant une modification substantielle des conditions de travail dans le cadre de la COVID-19 et l'exécution de l'accord avec le syndicat majoritaire.³⁰

“En bref, il y a une prise de conscience de la situation précaire vécue par l'Espagne dans les moments les plus difficiles de la pandémie concernant les ressources immédiates, mais qui n'empêche pas d'exiger des employeurs le respect de la protection permanente de la santé et de la sécurité des travailleurs.”

Même s'il s'agit d'un moment sans précédent qui exige de la flexibilité dans les relations de travail pour la gestion de la pandémie, cela ne peut conduire à ignorer la procédure établie pour la négociation de la mesure d'ajustement collectif. En conséquence, une entreprise qui ne fournit pas la documentation établie, ne respecte pas les délais, ne se conforme pas aux critères d'impact et dépasse le délai de 15 jours pour notifier les personnes concernées par l'ERTE, voit la mesure déclarée nulle et non avenue.³¹

Les ERTE des contractants ont fait l'objet d'un débat avec la Covid-19 lorsque l'entreprise contractante paralyse les activités dans ses installations. Dans l'affaire

¹⁸ L'article 47 de la LC établit la supposition de motifs lorsqu'il y a accord entre la majorité de la banque sociale et l'entreprise pour la suspension des contrats de travail, à moins que les illégalités décrites ne soient présentes.

¹⁹ Sindicato TUSI y Sindicato CGT vs. Emergia Contact Center SL, Jul. 20, 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. 52/2020) (España).

²⁰ La législation espagnole établit la primauté de la négociation par le syndicat local présent dans l'entreprise lorsque ceux-ci sont d'accord.

²¹ Sindicato UGT vs. Cotronic, Jul. 3, 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. 44/2020) (España).

²² Ce concept comprend essentiellement l'administration publique espagnole, les organismes publics et les organisations publiques qui lui sont rattachés, ainsi que les entreprises publiques. Il n'est pas possible ici de faire une distinction avec le concept d'administration publique en droit espagnol ; aux fins de cet article, les entreprises publiques seraient exclues car, bien qu'elles puissent avoir un intérêt général, elles opèrent principalement dans le cadre du droit privé.

²³ Comité de Empresa vs. Transportes Urbanos de Vitoria, Mayo 20, 2020 (Juz. Soc., No. 63/2020) (España).

²⁴ Le Code du travail établit dans sa D.A. 17 que les agences publiques, les entités de droit public qui leur sont liées ou qui en dépendent et d'autres organismes publics ne peuvent pas réaliser d'ERTE, à l'exception de celles qui sont financées principalement par des opérations de marché.

²⁵ Comité de Empresa vs. Transportes Urbanos de Vitoria, Oct. 16, 2020 (T.S.J. del País Vasco Sala de lo Social, No. 1315/2020) (España).

²⁶ Le Code du travail exige que l'Autorité du travail autorise la suspension des contrats de travail. La notion de force majeure par la Covid-19 concerne une perte d'activité directe résultant de la pandémie telle que la suspension d'activité, la fermeture de locaux, le manque de fournitures, les mesures urgentes liées à la propagation de l'infection parmi les travailleurs, etc.

²⁷ Sindicato CCOO vs. Ana Naya García, Jun. 15, 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. 38/2020) (España).

²⁸ Bien que la législation espagnole établisse une documentation minimale à fournir dans ce type de processus selon les cas, la documentation supplémentaire demandée par les parties est une question au cas par cas interprétée par la jurisprudence.

²⁹ Sindicato CSIF vs. Securitas, Julio 30, 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. 62/2020) (España).

³⁰ Sindicato AST vs. Securitas, Jul. 29 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. 61/2020) (España).

³¹ Sindicatos CCOO, ELA vs. Rhenus Logistics, Jul. 20, 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. 53/2020) (España).

Limpiezas Plata c. Consejería de Empleo,³² la société contractante a fait appel de la résolution administrative qui refusait l'ERTE pour cause de force majeure. L'administration³³ a compris qu'un ERTE pour des raisons économiques, techniques, organisationnelles et productives aurait dû être déposé.³⁴ La juge a contesté la résolution administrative car elle a considéré que l'ERTE est subsumé dans la cause liée à la suspension ou à l'annulation des activités, représentant une impossibilité objective de rendre des services et, par conséquent, a révoqué la résolution de l'Administration.

Enfin, il y a eu des cas où des entreprises ont cherché à amortir leurs contrats de travail, ce qui, dans de nombreux cas, est contraire à l'esprit de la réglementation transitoire du travail pour la COVID-19. Ainsi, le 13ème tribunal de commerce de Madrid,³⁵ face à la demande d'une réunion urgente des créanciers, a compris qu'elle n'avait pas lieu d'être, ce qui a nécessité de la rediriger vers le mécanisme ERTE. Bien qu'il soit encore trop tôt pour connaître la portée de l'article 2 du RDL 9/2020³⁶ concernant la non-justification des motifs de résiliation des contrats de travail dans le cadre de la Covid-19, il constitue un précédent intéressant.

Conclusions

Pour l'instant, la jurisprudence étudiée suit la même ligne que celle déjà établie, prônant la valeur de la négociation collective dans les procédures de suspension du contrat de travail ou de réduction du temps de travail. Cela n'enlève rien au fait que, dans le même temps, les tribunaux doivent être très vigilants quant au respect de la procédure « minimale » en matière de délais et de présentation des documents.

La jurisprudence jouera un rôle crucial dans l'interprétation des règles exceptionnelles qui, par définition, laissent place à l'incertitude et à des concepts interprétatifs ouverts. L'ERTES ou les licenciements dus à la COVID-19 malgré l'interdiction décrétée par le gouvernement dans ce dernier cas, devrait générer des critères unificateurs à des fins de sécurité juridique. En attendant le nouveau code du travail ou l'abrogation des aspects les plus préjudiciables de la réforme du travail de 2012, il est essentiel de continuer à progresser dans la connaissance et l'application

du droit international du travail afin de garantir les normes internationales de protection des travailleurs et d'établir un nouveau cadre réglementaire plus équilibré que les éléments les plus préjudiciables de la réforme du travail de 2012.

³² Limpiezas Plata vs. Consejería de Empleo, Abr. 2, 2020 (Juz. Soc., No. 165/2020) (España).

³³ Ministère de l'industrie, de l'emploi et de la promotion économique de la principauté des Asturies

³⁴ Casus económicas, técnicas, organizativas y productivas.

³⁵ Asunto Comida de Cazuela, Abr. 29 2020, (Juz. Merc., No. Auto de 29 de abril de 2020) (España).

³⁶ Le débat dans la doctrine concerne les conséquences de la règle. La majorité comprend que la conséquence serait que le licenciement ne serait pas approprié en raison de la non-justification des motifs. Une minorité soutient que la règle protège l'interdiction de sorte que la conséquence d'un licenciement pour ces motifs serait la nullité du licenciement.

LE DROIT À DES CONDITIONS DE TRAVAIL JUSTES ET SATISFAISANTES : PRÉVENTION DES RISQUES ET ACCÈS À LA JUSTICE

MARÍA PAULA LOZANO & MATÍAS CREMONTE

Argentine

Avec l'arrivée de la pandémie Covid-19, un débat national a commencé concernant ses conséquences tragiques dans le monde du travail en Argentine. L'une des questions d'intérêt a été l'application du droit à des conditions de travail justes et satisfaisantes concernant les indemnisations. Le droit à ne pas subir de préjudice dans une relation de travail a également comme corrélat la prévention des risques et le droit d'accès à la justice dans la recherche de solutions équitables en cas de dommage.

En Argentine, ce sujet a été la source de débats depuis la promulgation de la loi sur les risques au travail¹ (LRT) en 1995. La Cour suprême de justice a rendu de nombreuses décisions sur divers aspects de la TLR au fil des ans, y compris la procédure administrative obligatoire labyrinthique. Cette procédure a une fonction juridictionnelle (du fait qu'elle détermine l'admissibilité d'une plainte et l'incapacité potentielle), et en tant que telle, elle est une condition préalable à tout accès aux tribunaux.

Récemment, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour interaméricaine) a rendu une décision qui a tenu l'État argentin responsable de la violation des droits aux garanties judiciaires, à la protection judiciaire et au droit à des conditions de travail équitables et satisfaisantes qui assurent la santé des personnes qui travaillent, en ce qui concerne l'accès à la justice.² Cependant, le système des risques professionnels actuels en Argentine met l'accent sur la résolution des préjudices professionnels, mais omet de réguler de manière adéquate l'aspect le plus important : la prévention des accidents et les maladies au travail.

Dans cet article, nous allons non seulement aborder ces sujets mais aussi mettre en évidence l'importance

de l'action syndicale dans la prévention des risques professionnels et dans l'application effective du droit à ne pas subir de préjudice de l'intégrité psychophysique dans le cadre d'une relation de travail.

“La Cour a jugé que le droit à des conditions justes et favorables de travail, qui assure la santé du travailleur, est un droit protégé par l'article 26 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. Elle a notamment relevé qu'une partie intégrante du droit à des conditions équitables et satisfaisantes de travail est « la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles » comme un moyen d'assurer la santé des travailleurs. Elle a ajouté que ce droit fait référence au droit de mener à bien son travail dans des conditions qui évitent les accidents du travail et les maladies professionnelles.”

Le jugement « Spoltore » de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

Pour la première fois de son histoire, la Cour interaméricaine a abordé la question des préjudices à la santé d'un travailleur. La Cour a jugé que le droit à des conditions justes et favorables de travail, qui assure la santé du travailleur, est un droit protégé par l'article 26 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. Elle a notamment relevé qu'une partie intégrante du droit à des conditions équitables et satisfaisantes de travail est « la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles » comme un moyen d'assurer la santé des travailleurs.³ Elle a ajouté que ce droit fait référence au droit de mener à bien son travail dans des conditions qui évitent les accidents du travail et les maladies professionnelles.⁴

¹ Law No. 24.557, enacted on September 13, 1995.

² Spoltore vs. Argentina, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Inter-Am. D. H. (ser. C) No. 404 (9 de junio de 2020), https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_404_esp.pdf.

³ *Id.* at ¶94.

⁴ *Id.* at ¶99.

Cependant, ce qui est pertinent pour le droit d'accès à la justice est que la Cour a jugé que les États doivent veiller à ce que les travailleurs touchés par un accident ou une maladie professionnelle évitables aient accès à des mécanismes de recours adéquats, tels que les tribunaux, pour demander des réparations ou des indemnités.⁵

Dans le procès, Victorio Spoltore a lancé, après avoir subi deux crises cardiaques, une procédure contre la compagnie où il travaillait afin que son état de santé soit reconnu comme une maladie professionnelle et obtenir des indemnités. Cette procédure a duré plus de douze ans et l'État a reconnu que ce retard excessif a entraîné une violation de la garantie de délai raisonnable et le droit à la protection judiciaire.⁶ La Cour rappelle que l'accès à la justice est l'une des composantes du droit à des conditions de travail qui assurent la santé du travailleur.⁷ Par conséquent, tenant compte de la reconnaissance de la responsabilité de l'État en raison du retard excessif de la procédure et étant donné que M. Spoltore n'a pas bénéficié de la garantie d'accès à la justice dans sa recherche d'indemnisation pour une éventuelle maladie professionnelle, la Cour a conclu que l'État était responsable de la violation de l'article 26 de la Convention, en ce qui concerne les articles 8, 25 et 1 (1) du même instrument.

Les conséquences découlant de la décision de « Spoltore »

Bien que la Cour interaméricaine n'ait pas fait référence au système des risques professionnels actuellement en vigueur en Argentine, la décision a été appliquée car l'État était jugé pour la violation du droit à l'accès à la justice. En effet, la Cour suprême de justice a statué à plusieurs reprises que ce système était contraire à la Constitution et inapproprié en ce qui concerne les obstacles à l'accès à la justice.

Le système actuel a été établi par la réglementation locale en 1995 et a été mis en place pour permettre la sous-traitance et la socialisation des coûts des entreprises, avec des ressources allant des travailleurs salariés au secteur financier. Il a mis les compagnies d'assurance, qui sont des entités privées visant le profit, à la tête en tant que gestionnaires de ce système. Ces sociétés sont chargées de la gestion de la santé et de la vie des travailleurs : la prévention, le contrôle du respect des mesures de santé et sécurité, l'assistance médicale, la rééducation, la requalification et la réparation. Leur activité principale est cependant d'investir et de gérer les fonds importants générés par les paiements d'assurance de l'employeur sur les marchés financiers. De ce fait, leurs intérêts sont objectivement opposés aux intérêts des victimes.

⁵ *Id.*

⁶ *Id.* at ¶102.

⁷ *Id.*

À l'origine, les articles 21, 22 et 46 de la LRT 24.557 et ses règlements, ont créé une procédure administrative obligatoire kafkaïenne, qui a supprimé les accidents du travail et les maladies de la compétence des tribunaux, et les a placés dans les procédures obligatoires des Commissions médicales juridictionnelles et de la Commission médicale centrale. Ce système a accordé une compétence exclusive à ces organes administratifs dans toutes les questions relatives à la détermination du caractère professionnel d'un accident ou d'une maladie, à la détermination de la nature et le degré de l'invalidité, la détermination des avantages et la résolution des désaccords entre les parties lésées et/ou les ayants droit et les compagnies d'assurance des risques professionnels.⁸ Ce sont des organes d'administration, dont les membres sont des professionnels médicaux qui ne disposent pas de la formation juridique nécessaire à la résolution des litiges. À ce titre, les principes du droit du travail, qui assurent une protection spéciale pour la personne qui travaille, ne sont pas appliqués. En outre, le système ne respecte pas la garantie d'accès à un tribunal spécialisé en droit social.

Avec la réforme menée par la loi 27.348⁹, le caractère obligatoire et exclusif de la procédure administrative devant la Commission médicale juridictionnelle a été réaffirmé. Cependant, il y avait deux modifications destinées à donner une plus grande légalité au système et contourner la jurisprudence de la Cour suprême. Celles-ci sont que les provinces ont été invitées à se joindre (article 4 de la loi 27348)¹⁰ et les appels au système de justice du travail ordinaire ont été autorisés (article 2 de la loi).

Le système des risques professionnels résultant des modifications introduites par la loi 27348 est-il conforme aux normes constitutionnelles et conventionnelles ?

La réponse est non, les inconstitutionnalités persistent. L'objectif de réduire la judiciarisation qui colorait la réforme était de concevoir une façade qui a laissé ses fondations intactes, en corrodant les piliers structurels des droits fondamentaux compris dans la Constitution nationale et dans les instruments internationaux sur les droits de l'homme avec un caractère supra-juridique et constitutionnel. En effet, la violation des articles 5, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 109, 121, 75, inc. 12 et 22 de la Constitution nationale argentine, articles 8 et 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, entre autres, continue.

⁸ Maria Paula Lozano, *Reforma de la LRT: Veinte años no es nada. Volver a las inconstitucionales comisiones médicas*, 1 REVISTA LABORAL DE ACTUALIDAD 464, 42 (2017).

⁹ La Ley No. 27.348, 23 de febrero de 2017 (Arg.).

¹⁰ *Id.* at art. 4



María Paula Lozano
Professeur assistant en droit social
National University of La Plata - Argentina
Vice-président
Association of Labour Lawyers
(AAL - Argentina)
Conseiller syndical



Matías Cremonte
Vice-président régional
Latin American
Association of Labour Lawyers (ALAL)
Ancien président
Association of Labour Lawyers
(AAL - Argentina)

La norme locale maintient la validité du système de la Liste des maladies professionnelles, selon laquelle seules celles qui y figurent sont reconnues comme telles.¹¹ En raison de l'application d'une telle « liste fermée », sur le total de 100 % des réclamations reconnues en Argentine, seuls 3 % correspondent à maladies professionnelles, lorsque l'Organisation internationale du Travail reconnaît que sur un total des réclamations 33,54 % sont des maladies professionnelles.¹² Ce soi-disant « sous-enregistrement » affecte gravement les droits des travailleurs, en particulier ceux des femmes, qui souffrent de nombreuses maladies non reconnues. C'est la principale raison pour laquelle il est nécessaire de prendre des mesures juridiques pour l'accès à l'indemnisation. Proportionnellement au nombre de maux qui restent sans couverture, peu de réclamations sont lancées.

Depuis la réforme opérationnalisée par la loi 26.773¹³, et sans préjudice de l'inconstitutionnalité et inapplicabilité incontestable dans de nombreux cas de la soi-disant « option d'exclusion »¹⁴, il y a eu une diminution substantielle démontrée des poursuites civiles contre les employeurs. Cela se traduit par le découragement dans la prévention, la protection de la santé et la sécurité des travailleurs.

Ceci est encore pire étant donné que dans notre système de réglementation, il n'y a pas de droit pénal du travail qui favorise la protection de la santé et de la sécurité en tant que bien juridique.

Prévention : La participation des travailleurs

Le très grave crise mondiale, régionale et nationale provoquée par la pandémie a souligné le rôle irremplaçable des systèmes de santé publique et la nécessité de protéger les individus et la société au-delà de l'intérêt du marché, conformément au mandat constitutionnel de l'article 14 bis du CN et l'assurance sociale obligatoire, qui comprend le sous-système des risques professionnels. Les travailleurs exemptés de l'isolement social préventif obligatoire (ASPO) toujours en vigueur en Argentine sont exposés à des risques face à l'urgence sanitaire.

La loi 19.587 stipule que chaque employeur doit adopter et mettre en œuvre des mesures de santé et de sé-

curité adéquates pour protéger la vie et l'intégrité des travailleurs (article 8). La LRT 24.557 établit que l'objectif de la loi est de réduire le taux d'accidents professionnels grâce à la prévention des risques dérivés du travail (article 1, alinéa 2.a). De même, il oblige les employeurs et les ARTs à adopter les mesures légalement prévues pour prévenir efficacement les risques professionnels (article 4).

En plus de ces règles de base, entre autres, qui consacrent le devoir de prévention et l'obligation de sécurité dans le contrat de travail, de multiples protocoles sont obligatoires pour éviter la contagion du Covid-19 selon les zones et les activités. La reconnaissance du Covid-19 en tant que maladie professionnelle présumée « non listée »¹⁵ est avérée insuffisante. Les règlements sont restrictifs, car ils introduisent des obstacles pour les travailleurs qui contractent le Corona virus dans l'obtention d'avantages et des soins complets.

“D'une part, au niveau contractuel, il y a le droit à l'Abstention au travail. D'autre part, il y a un rôle de premier plan et intransmissible de l'autorité d'exécution, du ministère du Travail, des délégations locales, etc., à leurs différents niveaux, de surveiller, d'inspecter et de sanctionner, le cas échéant, le manque de conformité aux règles sanitaires et de sécurité.”

Quels sont les outils dont les travailleurs disposent face à la non-conformité des employeurs et aux conflits sur les conditions de travail ?

Face à la pandémie, le principe de compensation, qui fait partie du droit social, est redéfini. D'une part, au niveau contractuel, il y a le droit à l'Abstention au travail.¹⁶ D'autre part, il y a un rôle de premier plan et intransmissible de l'autorité d'exécution, du ministère du Travail, des délégations locales, etc., à leurs différents niveaux, de surveiller, d'inspecter et de sanctionner, le cas échéant, le manque de conformité aux règles sanitaires et de sécurité.

Mais fondamentalement, l'action collective se révèle être l'outil le plus adapté à la prévention. Selon la réglementation locale, l'action syndicale contribuera à éliminer les obstacles qui rendent difficile la pleine réalisation du travailleur.¹⁷

Compte tenu des restrictions de mouvement et des difficultés d'exercice de l'action syndicale dans le contexte de l'isolement, le rôle du Comité mixte sur la santé et la sécurité au travail dans l'établissement devient fondamentale. L'action des Comités mixtes, par les représentants des travailleurs dans les lieux de travail, signifie

¹¹ *Id.* at art. 2.

¹² Art. 2, la loi 27348 ratifie que, en tout état de cause et à toutes fins juridiques, les dispositions de l'art. 9 de la loi 26773 sont applicables. C'est-à-dire que les organes administratifs et les tribunaux compétents doivent adapter leurs rapports, avis et décisions à la liste des maladies professionnelles [Listado de Enfermedades Profesionales] prévue à l'annexe I du décret 658/96 et au tableau d'évaluation des handicaps [Tabla de Evaluación de Incapacidades] prévu à l'annexe I, le décret 659/96 et ses modifications, ou toute modification future. La soi-disant ouverture visée dans le décret 1278/2000 s'est avérée absolument insuffisante.

¹³ La Ley No. 26.773, 26 de Octubre de 2012 (Arg.).

¹⁴ María Paula Lozano, *El Rol de los Comités Mixtos frente a la pandemia*, REVISTA DE DERECHO LABORAL, 49-54, (2020).

¹⁵ Decreto de Necesidad y Urgencia N° 367/2020, del 14 de abril de 2020, reglamentado por la Resolución de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo N° 38/2020 (Arg.).

¹⁶ La Ley No 20.744, la Ley de Contrato de Trabajo, Art. 75, 13 de marzo de 1976 (Arg.); Código Civil y Comercial de la Nación [Cod. Civ.] [COMMECCIAL CIVIL CODE] art. 1030 -1031 (Arg.).

¹⁷ La Ley No. 23.551, Ley de Asociaciones Sindicales, Art. 3, 23 de marzo de 1988 (Arg.) « Les intérêts des travailleurs sont entendus être tout ce qui est lié à leurs conditions de travail et de vie ».

la possibilité de participer, de donner un avis et exiger l'adoption de toutes les mesures appropriées afin d'éviter la contagion et de préserver l'intégrité psychophysique des travailleurs.

Les Comités mixtes sont constitués des deux côtés, patronaux et syndicaux, en nombre égal. Leur objectif est d'empêcher les accidents et les maladies professionnelles.¹⁸ Ce sont les travailleurs qui sont en contact direct avec le processus de production et savent mieux que quiconque à quels risques ils sont exposés, qui seront en mesure d'exercer l'autogestion collective pour préserver leur santé et leur vie.

Seules deux provinces argentines ont adopté des lois exigeant la mise en place de Comités mixtes dans chaque établissement.¹⁹ Cependant, il n'y a pas de législation similaire au niveau national, à l'exception de certaines conventions collectives qui adoptent cet outil (l'exploitation minière, la télévision par câble, les compagnies pétrolières, entre autres). À l'heure d'une grave crise de santé et d'urgence, avec des conséquences économiques et sociales drastiques, il y a un risque d'un retour à « l'unilatéralisme » des employeurs, une aspiration qui est toujours présente dans le secteur des entreprises. Par conséquent, l'action syndicale et la réaffirmation de la dimension collective est d'une importance vitale.

Conclusion

L'accès à la justice pour demander réparation pour des dommages psychophysiques causés au travail a été renforcé par décision de la Cour dans l'affaire « Spoltore », ce qui est sans aucun doute d'une importance vitale. Le système des droits de l'homme interaméricain devient progressivement plus réceptif à traiter les cas de violations des droits économiques, sociaux et culturels, y compris les droits du travail.

Le délai d'accès aux tribunaux causés par les instances administratives antérieures obligatoires a été aggravé par la durée excessive des procédures judiciaires, et cela se transforme facilement en un déni de justice. En effet, dans de nombreux cas, la nécessité de nombreux travailleurs les oblige à accepter des accords de conciliation qui en aucun cas n'auraient été acceptables s'ils avaient un niveau de vie décent ou la perspective d'un jugement dans un délai raisonnable. La dépréciation de la valeur de la monnaie, d'ailleurs, n'est pas toujours accompagnée d'un mécanisme qui garantisse, au moins, que l'indemnisation reçue à la fin du processus n'ait pas été dévaluée.

¹⁸ Luciana Censi y María Paula Lozano, *La ley 14.408 y los comités mixtos en la Provincia de Buenos Aires*, EL ROBLE INFORMACIÓN DESDE LAS BASES (marzo 2016), <https://periodicoelroble.wordpress.com/2016/06/29/la-ley-14-408-y-los-comites-mixtos-en-la-provincia-de-buenos-aires/>

¹⁹ Dans la province de Santa Fe, la loi 12,913 est en vigueur depuis 2008 ; dans la province de Buenos Aires, la loi 14.408 est en vigueur depuis 2012.

L'UNIQUE SYSTÈME D'ATTRIBUTION AUSTRALIEN A ÉTÉ TESTÉ PAR LA PANDÉMIE COVID-19

IL S'EST AVÉRÉ PARTICULIÈREMENT ADAPTABLE POUR PROTÉGER LES INTÉRÊTS DES EMPLOYEURS, MAIS MOINS EFFICACE POUR PROTÉGER LES SALARIÉS DE MANIÈRE PROACTIVE

TREVOR CLARKE

Australie

Le système australien de réglementation du travail comporte plusieurs niveaux et, en tant que fédération, présentes certaines complexités. En tant que pays de droit commun, le cadre de base des contrats de travail est subordonné aux lois des États et de la Fédération. La réglementation de la discrimination, la santé et la sécurité, l'indemnisation des travailleurs et le service public sont les principales fonctions du droit du travail de l'État. La réglementation fédérale fournit le cadre pour la négociation collective et l'application, chevauchant les protections en matière de discrimination, ainsi que pour l'enregistrement et la responsabilité des associations d'employeurs et d'employés. Jusqu'à présent, la situation est tout à fait banale. Ce qui est inhabituel en Australie, c'est son système d'attribution.

Le système d'attribution a été créé à l'époque où le sobriquet « attribution » avait un certain sens : dans les premières versions du système, une « attribution » était la détermination par un arbitre d'un litige entre les représentants des employeurs et les représentants des travailleurs concernant les salaires et les conditions de travail et les questions connexes. Les parties ayant participé à ce litige ont déterminé l'étendue de leur différend, les domaines sur lesquels elles pouvaient s'entendre et ceux pour lesquels un arbitrage était nécessaire. L'arbitre était un tribunal constitué de membres quasi judiciaires nommés par le Parlement. Les attributions ont été faites sur la base de communautés d'intérêt dans un secteur ou une profession. L'exigence constitutionnelle selon laquelle les litiges qui ont un caractère interétatique sont faciles à satisfaire.

Au cours des deux dernières décennies du siècle dernier, le cadre des relations industrielles, y compris le système d'attribution, a été considérablement remanié en plusieurs étapes. Cette évolution a été associée à un changement d'orientation, passant de la détermination centralisée à la négociation d'entreprise, et a coïncidé avec la montée de l'orthodoxie du néolibéralisme aux États-Unis et au Royaume-Uni. Un changement de

gouvernement à droite dans les années 1990 a accéléré le rythme du changement, même si nombreux sont ceux qui soutiennent que ce n'est pas la tendance générale de ce dernier. Dans le cadre du modèle révisé, le système d'attribution a continué à fonctionner, bien qu'avec une portée réduite des types de conditions « admissibles » dans les attributions et un ensemble de principes (à la fois législatifs et découlant de la jurisprudence du tribunal) selon lesquels les attributions ne devraient pas faire plus que fournir un « filet de sécurité » - le strict nécessaire. Si les travailleurs et leurs syndicats souhaitaient plus que le strict nécessaire, alors le système de négociation devait être leur solution.

Ailleurs, on a beaucoup écrit pour savoir si le système de négociation de l'Australie et le droit de grève qui lui est associé ont tenu leur promesse d'une répartition équitable des gains de productivité ou s'ils donnent correctement effet aux obligations internationales qui ont sous-tendu sa conception.¹ Le plus grand problème, dans le cas présent, est qu'avant que le système

¹ See International Labour Organization (ILO), *Direct Request of Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) - Australia (Ratification: 1973)*, adopted 2009, published 99th ILC session (2010), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YFAR:2317733,102544,Australia,2009; ILO, *Observation (CEACR) Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) - Australia (Ratification: 1973)*, adopted 2009, published 99th ILC session (2010), http://ilo.ch/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:2317726; ILO Committee on Freedom Association, *Report in which the committee requests to be kept informed of development in Case No 2698*, Report No. 357, at 229, (June 2010) https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2911836; ILO, *Observation (CEACR) Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) - Australia, adopted 2011, published 101st ILC session (2012)* http://ilo.ch/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2698917; ILO, *Observation (CEACR) - Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) - Australia, adopted 2013, published 103rd ILC session (2014)* http://ilo.ch/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3148210; ILO, *Observation (CEACR) Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) - Australia, adopted 2016, published 106th ILC session (2017)*, http://ilo.ch/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3299915.



Trevor Clarke

Directeur
Industrial and Legal
Australian Council of
Trade Unions
Membre
ILAW Advisory Board

d'attribution ne soit abandonné à son sort par les amendements agressifs de « WorkChoices » de 2006, il a réussi à relever les nombreux défis du XXI^e siècle et à fournir non seulement une réglementation de base des salaires et des conditions de travail des employés, mais aussi à jouer un rôle clé dans une réforme plus large, y compris des structures de rémunération basées sur les compétences et liées à un cadre de qualifications cohérent au niveau national, une réglementation des travailleurs de l'habillement dans des relations de non-emploi, un travail valorisant et un supplément de salaire et de protection sociale pour les travailleurs souffrant de handicaps intellectuels, une retraite obligatoire et, du moins en apparence, l'égalité de rémunération pour les femmes.

Le système d'attribution tel que nous le voyons aujourd'hui est le résultat d'un changement de gouvernement de courte durée de gauche, entre 2007 et 2013, qui a promis d'« abolir les WorkChoices » et de recommencer. Le cadre statutaire qui régit le système d'attribution ne vise plus à résoudre les conflits pratiques de la vie réelle entre les représentants des travailleurs et les représentants des employeurs. Bien que le système d'attribution fonctionne toujours sur la base de regroupements sectoriels ou professionnels, sa raison d'être est d'établir des règles qui garantissent que « les attributions modernes... constituent un filet de sécurité équitable et pertinent... ».² Le tribunal (désormais appelé « Fair Work Commission ») a reconnu que son rôle dans le maintien du système d'attribution est passé de la résolution de litiges entre parties identifiables à l'exercice d'une fonction réglementaire qui affine les instruments réglementaires³, bien qu'il reconnaisse que l'exercice de ce rôle implique toujours la nécessité d'assurer l'équité de la procédure.⁴

Ce qui précède est le contexte dans lequel il convient d'examiner la manière dont le système australien d'« attribution moderne » s'est adapté aux défis posés par COVID-19.

Tout d'abord, les salaires. La Fair Work Commission a procédé à son examen annuel du salaire minimum et des salaires dans les attributions modernes sur une période prolongée, afin de disposer d'un maximum de temps pour prendre en considération les informations en évolution sur les impacts de COVID-19 sur l'économie, les niveaux de vie et le marché du travail. Au moment de la rédaction de la décision sur la révision

annuelle des salaires⁵, l'Australie émergeait de la première vague d'infection au niveau national, passant d'un maximum de plus de 300 nouveaux cas par jour à la mi-mars et au début avril à moins de 40 par jour à partir de la fin avril. Les restrictions au commerce des entreprises, la distanciation sociale et les restrictions à la circulation sont progressivement assouplies et des mesures de soutien du gouvernement aux travailleurs et aux employeurs sont mises en place. Néanmoins, la banque centrale (Réserve de la Banque d'Australie), le Trésor et les groupes d'employeurs prévoient une période d'incertitude permanente en raison de ce qui avait déjà été vécu sur le marché du travail et dans les conditions commerciales et de la difficulté à prévoir la position mondiale, y compris celle des principaux partenaires commerciaux. S'il a été reconnu que la reprise économique était clairement liée au contrôle de la COVID-19 et à la levée des restrictions, il n'en reste pas moins qu'une deuxième vague ne pouvait être exclue, que les effets entre les industries avaient été inégaux et que même les effets financiers à court terme sur les entreprises et les ménages pouvaient avoir des effets à plus long terme sur leur comportement économique.

“Le résultat final est donc une situation où les risques pour l'économie associés à la pandémie se traduisent par une restriction des salaires.”

Face à cela, l'ACTU a cherché à réfuter les demandes des employeurs de maintenir les salaires à leur niveau actuel en soulignant la nécessité d'utiliser les salaires pour accélérer la reprise économique en contribuant à la consommation, en particulier les dépenses des consommateurs pour les biens et services à faible coût et à forte rotation dans les industries les plus touchées par les restrictions qui étaient alors modérées. En conséquence, la Fair Work Commission a opté pour une légère augmentation de 1,75 % des salaires minimums et des salaires d'attribution modernes, échelonnée par tranches : les industries les moins touchées par la pandémie ont reçu leur augmentation au moment habituel du 1^{er} juillet, alors que les industries intermédiaires ont reçu un délai de 4 mois et les industries les plus touchées un délai de 7 mois. La Commission n'a pas été convaincue par les arguments selon lesquels une augmentation trop faible n'équivaudrait pas à « agir avec prudence », dans des circonstances où les augmentations précédentes au niveau de 3 à 3,5 % avaient à peine stabilisé la baisse de la part du salaire minimum (l'Australie est l'un des six seuls pays de l'OCDE dont on peut démontrer qu'ils ont subi une baisse de la part du

² Fair Work Act 2009, s. 34 (Austl.).

³ [2017] FWCFB 3001 at 271, Fair Work Commission (Austl.); [2015] FWCFB 3406 at 156, Fair Work Commission (Austl.); [2015] FWCFB 4466 at 253, Fair Work Commission (Austl.).

⁴ [2016] FWCFB 3500 at 15, Fair Work Commission (Austl.).

⁵ [2020] FWCFB 3500, Fair Work Commission (Austl.).

salaires minimum au cours des deux dernières décennies⁶) et où il y avait des preuves croissantes de stress financier parmi les travailleurs faiblement rémunérés, y compris l'insécurité alimentaire et les sans-abri.⁷ Le résultat final est donc une situation où les risques pour l'économie associés à la pandémie se traduisent par une restriction des salaires. De même, la probabilité d'une éventuelle reprise pour la décision de l'année prochaine sera vraisemblablement étroitement déterminée par l'« incertitude », la Commission ayant déjà statué que la législation ne lui permet pas d'adopter une fourchette cible pour l'orientation à moyen terme des salaires minimums.⁸

Fin mars, avant la conclusion de l'examen annuel des salaires, des groupes d'employeurs ont commencé à prendre contact avec les syndicats et l'ACTU pour tenter de convenir de modifications temporaires des attributions afin de répondre à leurs besoins en raison des restrictions commerciales et de distanciation sociale imposées par les gouvernements des États. Le fait que les associations d'employeurs aient abordé la question sur la base de la recherche d'un consensus avant d'agir est tout à l'honneur des personnes impliquées. Néanmoins, le processus a été essentiellement un processus de négociation concessionnelle : les groupes d'employeurs ont cherché à réduire les heures de travail et d'autres coûts en raison de la limitation obligatoire de leurs activités par la réglementation, les syndicats ont cherché à obtenir des limites et des garanties procédurales pour l'exercice des nouveaux droits des employeurs.

La première série de modifications temporaires proposées a touché les secteurs du travail administratif, de l'hôtellerie et de la restauration et a été soutenue par le gouvernement, en plus des représentants des entreprises, et approuvée rapidement par la Commission.⁹ L'objectif essentiel des variations était d'assurer la viabilité des entreprises dans des circonstances où il était tellement évident qu'un risque existait pour certaines d'entre elles (par exemple les restaurants auxquels la loi interdit de faire asseoir les clients) qu'il était inutile d'insister sur la preuve du risque de perte réelle. Les modifications accordaient aux employeurs des droits temporaires de réduire le temps de travail, de réduire les démarcations entre les compétences et les emplois et de permettre aux entreprises d'exiger des travailleurs qu'ils prennent les congés accumulés ou de les autoriser à les prendre pendant de longues périodes à demi-salaire. Une seule composante de l'une des variations temporaires comportait un élément d'expression collectiviste : les employés de bureau devaient avoir le droit de voter sur la réduction de leurs heures de travail, avec une majorité de 75 % requise, ainsi qu'une fiche d'information du syndicat concerné avant d'expri-

mer leur vote. Le reste des modifications a consisté à donner aux employeurs le droit, soit de négocier individuellement avec ces travailleurs pour savoir jusqu'où ils peuvent aller en dessous du « strict minimum » dans des domaines particuliers, soit simplement de donner des instructions sur ces questions.

La Commission a estimé que l'utilisation d'un congé annuel à demi-salaire comme mesure de soutien pendant la pandémie présentait un intérêt plus général et a proposé, début avril, de modifier *toutes* les attributions afin que cela soit autorisé, lorsque les employés et leur employeur en conviennent individuellement. Toutefois, la proposition de la Commission prévoyait également un droit à un congé *sans solde* pour les travailleurs dans le cas où les autorités sanitaires les obligeraient à se mettre en quarantaine ou à s'isoler en raison de conditions liées à la COVID-19. Un tel droit était nécessaire, selon la Commission, car il permettait d'éviter que l'employé ne soit « placé dans la position peu enviable d'enfreindre des directives ou des orientations de santé publique, ou de mettre son emploi en danger ». ¹⁰ À l'exception d'une poignée d'attributions, ces deux variations temporaires ont été étendues à l'ensemble du système d'attribution, avec une date d'expiration initiale fixée au 30 juin 2020.

Les premiers jours d'avril ont également été importants dans la mesure où ils ont vu l'introduction d'une politique de subvention salariale (le programme « Job-Keeper »), dans le cadre de la réponse du gouvernement fédéral à la pandémie COVID-19. La subvention prévoyait une contribution du gouvernement de 1 500 AUD par quinzaine pour les salaires des employés des employeurs qui avaient connu ou prévu une baisse du chiffre d'affaires de 30 à 50 %. Toutefois, les modifications apportées à la loi qui accompagnait le Job-Keeper¹¹ ont permis aux employeurs qui recevaient le paiement de réduire les heures de travail de leurs travailleurs, d'étendre leurs tâches et les lieux où elles pouvaient être effectuées ainsi que de conclure des accords individuels sur l'utilisation des congés accumulés et des heures de travail. De tels arrangements pourraient être conclus indépendamment de toute prescription contraire dans les attributions ou les accords d'entreprise et sans qu'il soit nécessaire de les modifier : il s'agissait d'un système de réglementation entièrement distinct et supérieur. Les employeurs étaient tenus de ne pas donner d'instructions qui étaient déraisonnables dans ces circonstances, de même que les travailleurs étaient tenus de ne pas refuser de manière déraisonnable d'accéder aux demandes des employeurs et la Commission s'est vu confier une fonction de règlement des différends. Contrairement à l'orientation générale du droit du travail en Australie au cours des dernières décennies, la Commission était spécifiquement habilitée à régler ces litiges par voie d'arbitrage. Ces litiges étaient liés aux griefs individuels et se concentraient généralement sur ceux-ci, sauf lorsque

⁶ Australian Council of Trade Unions (ACTU), *Initial Submission to the 2019-2020 Annual Wage Review*, ACTU D. 17/2020 at Figure 87 (March 2020).

⁷ *Id.* at Chapter 4.4.3.

⁸ [2017] FWCFB 1931, Fair Work Commission (Austl.).

⁹ [2020] FWCFB 1960, Fair Work Commission (Austl.); [2020] FWCFB 1741, Fair Work Commission (Austl.); [2020] FWCFB 1574, Fair Work Commission (Austl.).

¹⁰ [2020] FWCFB 1837 at 68, Fair Work Commission, (Austl.).

¹¹ *Coronavirus Economic Response Package Omnibus* (Measures No. 2) Act 2020 (Austl.).

le contexte consistait, pour les employeurs à donner des instructions identiques à tous les membres d'une main-d'œuvre ou à une partie de celle-ci en se fondant sur les nouveaux droits.¹²

Après l'entrée en vigueur de ces lois, il s'est passé quelque chose d'intéressant. La Commission a commencé à adopter un point de vue différent sur les éléments nécessaires d'un « filet de sécurité équitable et pertinent », lorsqu'elle a été confrontée à des demandes de modification des attributions en réponse à la COVID-19 ou de prolongation de la durée des modifications existantes. Dans le cas des variations des attributions régissant l'industrie de la restauration rapide et la vente et la réparation de véhicules, les variations COVID-19 (qui, comme celles qui les avaient précédées, offraient la possibilité de réduire le temps de travail entre autres choses) ont été exprimées de manière à ne *pas* s'appliquer aux employeurs qui recevaient déjà le paiement du JobKeeper : ces employeurs avaient un moyen de réduire le temps de travail et n'en avaient manifestement pas besoin.¹³ La Commission a également exigé certaines preuves de la détresse des entreprises dans les secteurs concernés, pour étayer la proposition selon laquelle les variations étaient nécessaires. En outre, l'exercice des nouveaux droits de l'employeur dans ces différentes attributions a été soumis à une procédure de règlement des litiges qui comprenait l'arbitrage de plein droit. La Commission a « accordé un poids significatif » à la présence de cette protection lorsqu'elle a examiné si la modification temporaire recherchée « .. garantirait que l'attribution constitue un filet de sécurité équitable et pertinent des termes et conditions », car il a convenu que les travailleurs confrontés à une réduction des heures de travail en vertu des dispositions relatives aux primes ne devraient pas être matériellement désavantagés par rapport à ceux dont les heures peuvent être réduites en vertu des dispositions législatives qui faisaient partie du cadre du JobKeeper.¹⁴

Le regain d'intérêt pour les mérites de l'arbitrage a été salué. L'arbitrage des litiges est un droit qui a été ancré dans les premières versions du système d'attribution et, alors que les clauses d'arbitrage étaient généralement autorisées dans les attributions modernes, la Commission avait décidé que l'arbitrage obligatoire des litiges sur le lieu de travail (par opposition à l'arbitrage uniquement lorsque les deux parties sont d'accord) n'était *pas* nécessaire lorsqu'elle avait rédigé ces attributions modernes plus de dix ans

auparavant.¹⁵ Il est pour le moins déconcertant de constater que le tournant pour la Commission s'est produit par comparaison avec une base de référence fixée par une législation d'urgence qui accordait des droits extraordinaires aux employeurs et qui a été introduite par le gouvernement de droite le plus radical que le pays ait connu.

Au milieu des démarches de la Commission visant à introduire un congé sans solde pour les travailleurs qui devaient s'isoler ou se mettre en quarantaine dans le cadre de COVID-19, l'ACTU et ses syndicats affiliés dans le secteur de la santé et les secteurs connexes préparaient une demande de congé payé. L'argument en faveur de cette mesure était essentiellement que (a) ces travailleurs étaient plus susceptibles que d'autres d'entrer en contact avec des personnes qui avaient contracté la COVID-19, à la fois en raison de la nature de leur travail et parce que leur travail était l'un des rares domaines d'activité qui, à l'époque, était autorisé à se poursuivre de manière quasiment illimitée; (b) ces travailleurs étaient plus susceptibles que d'autres d'interagir avec des personnes présentant un risque élevé de contracter le virus ou de graves complications qui en résulteraient; (c) ces travailleurs étaient plus susceptibles de contracter et de propager le virus et (d) ces travailleurs étaient plus susceptibles d'être soumis à l'obligation de s'isoler ou de se mettre en quarantaine, ou de le faire à plus d'une occasion. Dans ces circonstances, il y avait des risques liés au fait que les salariés continuent à travailler ou cherchent un emploi secondaire afin de maintenir leurs revenus alors qu'ils auraient dû être absents du lieu de travail : un droit au congé payé réduirait donc le risque que les travailleurs en infectent d'autres, ou infectent leurs patients ou clients. La Commission a accepté le bien-fondé logique de cet argument et les preuves d'experts à l'appui (bien que ce ne soit pas le cas pour tous les secteurs de la santé et les secteurs connexes où le droit a été demandé), mais cela n'a pas suffi pour que la demande aboutisse.¹⁶ La Commission a expliqué sa décision de la manière suivante : « ..Le facteur primordial que nous avons pris en compte est que, dans les circonstances actuelles, le degré de réussite de la lutte contre la pandémie de COVID-19 signifie que le risque potentiel élevé pour les travailleurs de la santé et les soignants d'une exposition réelle ou suspectée à l'infection, ne s'est pas manifesté dans la réalité ». ¹⁷ Il semblait donc que les mesures préventives pour sauver les entreprises et les emplois étaient plus faciles à obtenir, que les mesures préventives pour protéger la santé publique et potentiellement sauver des vies.

¹² See e.g. *Transport Workers Union of Australia v. Prosegur Australia Pty Ltd* [2020] FWCFB 3655, Fair Work Commission (Austl.).

¹³ [2020] FWCFB 2316, Fair Work Commission, (Austl.); [2020] FWCFB 2367, Fair Work Commission (Austl.).

¹⁴ [2020] FWCFB 2367 at 93, Fair Work Commission, (Austl.).

¹⁵ See [2008] AIRCFB 1000, Australian Industrial Relations Commission (Austl.).

¹⁶ [2020] FWCFB 3561 at 122-132, Fair Work Commission, (Austl.).

¹⁷ [2020] FWCFB 3561 at 129, Fair Work Commission, (Austl.).

Il est à noter que la Commission n'a pas rejeté les demandes, mais les a plutôt ajournées, afin de pouvoir réévaluer le bien-fondé de la prévention au cas où un préjudice réel se produirait. Deux semaines plus tard, ce fut le cas - sous la forme d'une deuxième vague impliquant de nombreux foyers dans des établissements de soins pour personnes âgées, impliquant à la fois les résidents et le personnel. La Commission a ramené l'affaire de sa propre initiative et a décidé qu'elle accorderait un congé payé de deux semaines d'auto-isollement ou de quarantaine aux travailleurs couverts par l'attribution dans les établissements de soins pour personnes âgées, mais pas aux autres.¹⁸ À la date de rédaction du présent rapport, il y avait un peu moins de 4 000 cas de COVID-19 chez les résidents et le personnel de soins aux personnes âgées en Australie et 580 décès.¹⁹

"That the turning point for the Commission came about through a comparison to a baseline set by emergency legislation which delivered extraordinary rights to employers and was introduced by the most right wing government the country has seen, is bewildering to say the least."

L'ACTU et ses syndicats affiliés mènent actuellement d'autres procédures auprès de la Commission afin d'obtenir l'extension du droit aux travailleurs du secteur des soins aux personnes handicapées, du fait du nombre de cas approchant celui observé au moment où la décision relative au secteur des soins aux personnes âgées a été prise. Depuis que la décision concernant le secteur des soins aux personnes âgées a été prise, le gouvernement conservateur a mis en place un système permettant de verser aux travailleurs qui sont tenus de s'isoler ou de se mettre en quarantaine un paiement en espèces de 1 500 dollars, lorsqu'ils n'ont pas le droit de prendre un congé ou ne bénéficient pas déjà d'une aide au revenu. Cela représente 7,60 \$ de moins que deux semaines au salaire minimum national. Bien que cela soit insuffisant pour couvrir les revenus à plein temps des professionnels qui pourraient bénéficier de la procédure actuelle, la question essentielle est de savoir quelle opinion la Commission se fera sur ce que le strict minimum exige, à la lumière de cette source alternative de revenus que le gouvernement fédéral juge clairement suffisante.

La Commission a pris une mesure inhabituelle à la fin du mois d'août en publiant un projet de

dispositions que les parties devront examiner au cas où elles chercheraient à obtenir de nouvelles modifications temporaires des attributions pour faire face aux retombées de la COVID-19.²⁰ Certaines caractéristiques de ces dispositions sont familières à ceux qui connaissent la législation JobKeeper et les variations déjà accordées, telles que la possibilité de réduire le temps de travail, de modifier les horaires de travail, d'étendre les tâches, de prendre un congé annuel à demi-salaire ou de délocaliser les travailleurs. Toutefois, l'arbitrage obligatoire des litiges est également une caractéristique, tout comme certaines dispositions potentiellement bénéfiques telles que la facilitation des accords pour le travail à domicile, la semaine de travail comprimée ou les heures de début et de fin échelonnées pour minimiser la congrégation dans les zones communes ou dans les transports publics. Le congé payé dans

le cas où un travailleur est tenu de s'isoler ou de se mettre en quarantaine n'est pas une caractéristique. Jusqu'à présent, les syndicats ont montré peu d'intérêt à négocier des variations d'attributions sur la base de ces dispositions.

Ces temps inhabituels ont clairement mis la Commission sous pression, et elle a eu tendance jusqu'à présent de considérer qu'il fallait réduire les risques pour les employeurs tout en persuadant davantage les travailleurs des risques et des préoccupations au-delà de la voix des travailleurs eux-mêmes. Une évaluation finale des performances du système d'attribution moderne pendant la pandémie COVID-19 est toutefois prématurée. Bien que la Commission évolue clairement pour devenir plus sensible aux préoccupations des travailleurs, il existe un risque réel qu'elle ne soit pas considérée comme un moyen de soulager réellement les travailleurs et que les attributions modernes n'aient qu'une influence périphérique sur les modalités de travail qui conviennent le mieux aux travailleurs dans le contexte de la pandémie persistante et de l'après COVID-19.

¹⁸ [2020] FWCFB 3940, Fair Work Commission, (Austl.).

¹⁹ Australian Government Department of Health, *COVID-19 outbreaks in Australian residential aged care facilities* (Sept. 2020), <https://www.health.gov.au/sites/default/files/documents/2020/09/covid-19-outbreaks-in-australian-residential-aged-care-facilities-11-september-2020.pdf>

²⁰ Fair Work Commission, *The Fair Work Commission's Coronavirus (COVID-19) update - Draft Award Flexibility Schedule*, (August 2020) <https://www.fwc.gov.au/documents/documents/re-sources/covid-19-information/presidents-statement-fwc-covid-19-response-2020-08-31.pdf>

LE COVID-19 ET LE NÉOLIBÉRALISME : IMPACTS SUR LA JUSTICE DU TRAVAIL AU BRÉSIL

PEDRO DANIEL BLANCO ALVES & MAXIMILIANO NAGL GARCEZ

Brazil

Le Brésil est un pays avec des inégalités structurellement profondes, enracinées dans le travail des esclaves des travailleurs africains et autochtones ; en fait, le travail forcé persiste à ce jour dans certaines régions du pays, souvent sous la forme de servitude pour dettes. Avec l'industrialisation du pays dans les années 1930, les droits du travail ont été progressivement étendus aux travailleurs urbains qui ont été intégrés dans les industries nationales naissantes. Il faudrait encore des décennies pour que ces droits soient étendus aux travailleurs ruraux. En dépit de la croissance rapide de l'économie brésilienne dans les années 1960 et 1970, à la suite de la consolidation de la base industrielle nationale, les gains économiques ne sont pas parvenus à la classe ouvrière et aux segments marginalisés de la population.¹

En 1964, un coup d'État militaire sanglant a plongé la société brésilienne dans plus de 20 ans d'autoritarisme et de la dictature. La loi du travail des années 1930 a été sévèrement affaiblie pendant cette période, les dénommées « années de plomb ». La classe ouvrière brésilienne a vu la fin de la stabilité de l'emploi, l'avènement du travail temporaire (un prototype normatif pour la sous-traitance) et la modération salariale. La persécution politique et le terrorisme d'État signifiaient que les syndicats et les mouvements de défense des travailleurs étaient réduits au silence. En même temps que les propriétaires de l'industrie connaissaient des gains extraordinaires, la pauvreté a augmenté pour la classe ouvrière à cause de ce que certains auteurs appellent la privatisation de l'espace public.² En raison de la crise de la dette qui a fortement impacté les économies périphériques, déjà subordonnées au pouvoir hégémonique des États-Unis, les années 1980 ont été une période désastreuse pour le marché du travail brésilien.

¹ See Maximiliano Nagl Garcez, *A Struggle for Democracy in the Workplace: The Possibilities and Limits of the Constitutionalization of Labour and Employment Law in Brazil*, 48(1-2) LES CAHIERS DE DROIT 137, 137-152 (2007).

² Eduardo Fagnani, *Política social e pactos conservadores no Brasil: 1964/92*, 8(1) ECONOMIA E SOCIEDADE 183, 183-238 (1997).

La période de re-démocratisation au Brésil a été symbolisée par l'adoption de la Constitution fédérale de 1988, qui a fait de la valorisation du travail un axe principal du système juridique. Elle formalise, entre d'autres principes, l'interdiction de rétrogression en ce qui concerne les droits du travail. Toutefois, le Brésil s'est passivement inséré dans la mondialisation³ et le programme néolibéral des années 1990. Cela comprenait le chômage structurel, le démantèlement des industries nationales, la privatisation des entreprises publiques stratégiques et des attaques sur la législation du travail. Ce processus destructeur a été temporairement interrompu au cours des gouvernements progressistes et populaires de Lula da Silva, à partir de 2003, et, plus tard, Dilma Rousseff, à partir de 2011. Même si les réformes classiques du capitalisme contemporain ne sont pas abordées (agricoles, fiscales et sociales), comme l'a souligné Pochmann,⁴ il y a eu une appréciation sans précédent des classes ouvrières, avec une forte expansion des politiques de distribution de la richesse, une augmentation des investissements dans des domaines stratégiques, une augmentation du salaire minimum et le début du développement économique avec l'inclusion sociale jamais promu dans l'histoire du pays auparavant.

La fin de ce cycle de développement social est survenue avec le coup d'État de 2016, avec un impact immédiat pour les travailleurs et l'ensemble de la société.

Retombées du coup d'État parlementaire de 2016 sur le travail

La destitution, en 2016, du président Dilma Rousseff, un euphémisme pour désigner le coup d'État parlementaire qui a coupé court à son deuxième mandat (en dépit de toute preuve d'activité illégale), a représenté un moment historique dans le processus de

³ Marcio Pochmann, *Ajuste econômico e desemprego recente no Brasil metropolitan*, 29(85) ESTUDOS AVANÇADOS, 7-19 (2015).

⁴ Marcio Pochmann, *Brasil: segunda grande transformação no trabalho?*, 28(81) ESTUDOS AVANÇADOS, 23-38 (2014).

flexibilisation des systèmes de protection sociale et du travail du Brésil. Ceci est en grande partie la poursuite du mouvement d'austérité en cours depuis les années 1990 qui a été mis en pause en 2003 avec le début des gouvernements populaires.⁵

Le droit du travail au Brésil a émergé dans les années 1930 et a été symbolisé par la législation consolidée du travail (CLT), adoptée par le gouvernement de Getúlio Vargas en 1943. Bien que la CLT ait subi des centaines de modifications au cours des 77 dernières années, en particulier pendant le régime militaire (1964-1985), la législation du travail n'a jamais été soumise à une plus grande flexibilité qu'avec la réforme du travail de 2017. Après la consolidation du coup d'État parlementaire le 31 Août, 2016, le gouvernement illégitime de Michel Temer a commencé une attaque directe contre les intérêts de la classe ouvrière. Le dernier jour du calendrier législatif de 2016, alors que les célébrations de Noël s'approchaient et de nouveaux projets de loi passaient inaperçus par le public, le gouvernement fédéral a envoyé un projet de loi à la Chambre basse qui visait à ajouter, modifier ou contrer 19 articles de la CLT et le droit du travail temporaire. À la fin du mois d'avril 2017, le projet de loi qui s'est conclu en un temps record a modifié 114 dispositions de la législation du travail, touchant, en plus de la CLT, des lois telles que le Fonds de garantie pour la durée du service (FGTS) et la législation de sécurité sociale.⁶

Lorsque le projet de loi est arrivé au Sénat, le gouvernement a exercé des pressions aux

membres afin qu'ils ne modifient pas la loi pour accélérer le processus, et il a été en effet approuvé en juillet 2017, sans amendement. Parmi un grand nombre de mesures approuvées, toutes anti-travailleurs, les suivantes méritent d'être mentionnées : l'utilisation sans restriction de la sous-traitance, les frais juridiques du défendeur à la charge des travailleurs si ils perdent leurs procès en justice, la fin des cotisations syndicales obligatoires, permettre aux conventions collectives de déroger aux protections du droit du travail, augmenter la journée de travail maximale de 10 à 12 heures, définir le préjudice moral selon le salaire de l'employé, permettre que les femmes enceintes travaillent dans des environnements insalubres, légaliser le travail intermittent (contrat de zéros heures), permettre les licenciements collectifs sans négociation avec le syndicat, et bien d'autres mesures ne profitant qu'aux employeurs.

Au cours de cette période, le gouvernement a également approuvé un amendement à la Constitution fédérale qui a congelé les dépenses dans des domaines tels que la santé et l'éducation pendant 20 ans et a réformé le régime de retraite pour imposer une exigence de temps de travail supérieure pour se qualifier et un montant de pension inférieur. C'était une période si fragile pour le droit du travail brésilien qu'un parlementaire ruraliste a même proposé la légalisation du truck system (Paiement des salaires sous forme non monétaire) pour les relations de travail dans la campagne. Le Truck Act a interdit ce type de relation de travail en Angleterre en 1831.

Après la réforme du travail de 2017, le nombre moyen de procès portés devant la Cour du travail

⁵ Marcio Pochmann, *Attack on Social and Labor Rights in Brazil*, 9(1) REVISTA ESTADO Y POLÍTICAS PÚBLICAS, 81-91 (2017).

⁶ Pietro Rodrigo Borsari & Pedro Daniel Blanco Alves, *Capitalismo flexível e periférico: o sentido da reforma trabalhista no Brasil e um balanço de seus resultados*, A REFORMA TRABALHISTA E O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO: DOS RETROCESSOS ÀS RESISTÊNCIAS, 210-248 (Daniela Muradas Antunes et al. eds., 2nd ed. 2019).

⁷ La réduction du nombre de nouveaux procès en matière de travail depuis la réforme du travail de 2017 a été très agressive (ligne rouge). Après la pandémie COVID-19, l'impact a été encore plus visible (ligne noire). Il s'agit du niveau le plus bas de poursuites dans la série historique.



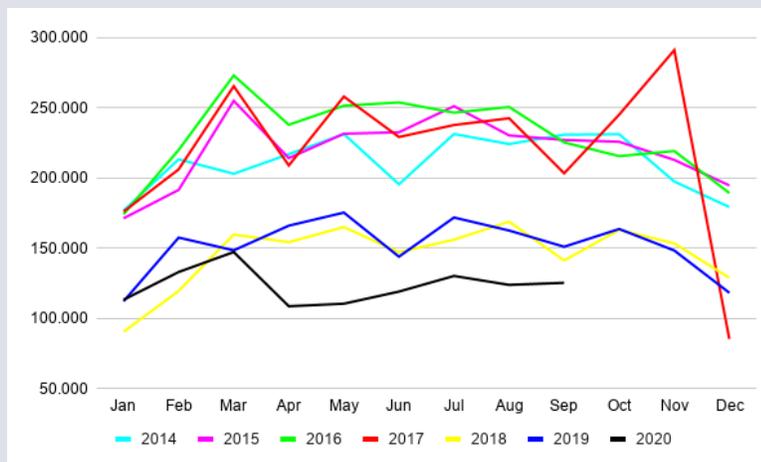
Pedro Daniel Blanco Alves

Avocat du travail
étudiant en maîtrise à
Sao Paulo
Labour Law at the
University of Sao Paulo



Maximiliano Nagl Garcez

Avocat du travail
Maîtrise en droit des
relations sociales Brésil
Federal University of
Parana
Ancien boursier
Labour and
Worklife Program at
Harvard Law School
dans le cadre d'une
Fulbright bourse
Membre
ILAW Advisory Board



Nouveaux procès en matière de travail au Brésil - 2014 à 2020
Tribunal supérieur du travail (TST)⁷

a baissé d'un tiers par rapport aux années précédentes (baisse de 2.600.000 à 1.700.000), en raison des limites nettes d'accès à la justice. En outre, le contexte a été aggravé en raison de l'augmentation de l'informalité, la réduction des salaires, l'augmentation du temps de travail, la baisse des effectifs syndicaux, l'aggravation des conditions de travail, la croissance de la pauvreté et les inégalités sociales et le non-respect de la promesse de croissance de l'économie.⁸

Le faible taux de travailleurs syndiqués, aggravé par la réforme du travail, et la grande taille du secteur des services, avec des taux élevés de travail informel, le roulement élevé de la main d'œuvre et l'externalisation accrue sont quelques-unes des réalités auxquelles font face le mouvement syndical, rendant très difficile d'organiser et de mobiliser les membres. L'organisation est un besoin urgent pour revitaliser le mouvement ouvrier et lutter contre les attaques auxquelles les travailleurs ont dû faire face au Brésil, en particulier dans les secteurs qui sont plus sensibles à la précarité.⁹

Pandémie et travail au Brésil

Au Brésil, les conséquences de la pandémie du coronavirus ont commencé au mois de mars 2020. En dépit de la résistance du secteur des entreprises, des mesures imposant des limites sur le commerce, les services et l'industrie ont été adoptées à travers le pays (toutefois, avec des différences régionales). Après une bonne réponse initiale par le gouvernement fédéral et par la plupart des administrations municipales et l'État, y compris les confinements et les restrictions lorsque nécessaires, Bolsonaro a renvoyé son ministre de la Santé et a commencé à boycotter la plupart des mesures adoptées pour limiter la contamination par Covid19, en défendant les médicaments non prouvés et attaquant les scientifiques. Le Brésil est rapidement devenu le deuxième pays avec le plus grand nombre de décès dus au coronavirus (deuxième derrière les États-Unis), avec près de 168 000 décès et 6 millions de cas confirmés de la maladie en Novembre 2020.

Malgré la propagation du virus, le président a nié la gravité du problème. En plus d'encourager les Brésiliens à ne pas suivre les recommandations de l'OMS, le Président Jair Messias Bolsonaro a officiellement déclaré que le Covid-19 n'était rien de plus qu'une « petite grippe », en répondant ironiquement à un journaliste qu'il ne voulait pas commenter l'augmentation du nombre de décès causés par la maladie « parce qu'il n'était pas fossoyeur ». Plus tard, aussi ironiquement, il dit « qu'il est le Messie » (en référence à son prénom), « mais il ne sait pas comment faire des miracles ».

La mauvaise gestion de la pandémie a eu un impact

⁸ Magda Barros Biavaschi & Marilane Teixeira, *Balanço da reforma trabalhista em perspectiva econômica, as falácias dos argumentos de seus defensores e os impactos nas instituições públicas do trabalho*, 2(1) REVISTA JURÍDICA TRABALHO E DESENVOLVIMENTO HUMANO, 19-55 (2019).

⁹ Andréa Galvão & José Dari Krein, *Les obstacles à la revitalisation syndicale*, 160 CHRONIQUE INTERNATIONALE DE L'IRE, 101-115 (2017).

énorme sur l'emploi. Selon l'Institut brésilien de géographie et de statistique (IBGE), en Juin 2020, il y avait 12,8 millions de Brésiliens au chômage et 5,7 millions ont été découragés (personnes qui ont renoncé à la recherche d'un emploi). Le pourcentage de travailleurs dans ces conditions est passé de 16 % de la population active en Février (avant la pandémie) à 19,2 % en Juin.¹⁰ Autrement dit, près d'un cinquième du marché du travail brésilien n'a pas ou a renoncé à la recherche d'un emploi.

Pour empirer les choses, le gouvernement a autorisé par des mesures provisoires (« actes législatifs » émis par le président sans parlement) la suspension des contrats de travail et la réduction des salaires sans négociation avec les syndicats ou le besoin pour les entreprises de prouver leur nécessité lorsqu'elles cherchent à obtenir une aide financière (même pour les personnes les plus puissantes économiquement). L'une de ces mesures provisoires, n° 927, a déterminé que le Covid-19 ne devrait pas être considéré comme une maladie professionnelle et que les inspections du travail seraient limitées au cours de la pandémie. La Cour suprême fédérale (STF), la plus haute cour de justice au Brésil, a constaté que ces deux dispositions de la mesure provisoire n° 927 étaient inconstitutionnelles. Toutefois, elle a jugé qu'il était possible de suspendre les contrats des travailleurs et de réduire leurs salaires sans négocier avec les syndicats.

“L'une de ces mesures provisoires, n° 927, a déterminé que le Covid-19 ne devrait pas être considéré comme une maladie professionnelle et que les inspections du travail seraient limitées au cours de la pandémie. La Cour suprême fédérale (STF), la plus haute cour de justice au Brésil, a constaté que ces deux dispositions de la mesure provisoire n° 927 étaient inconstitutionnelles. Toutefois, elle a jugé qu'il était possible de suspendre les contrats des travailleurs et de réduire leurs salaires sans négocier avec les syndicats.”

Au Brésil, les conflits de travail sont réglés par des juges spécialisés. Selon les données de la Cour supérieure du travail (TST), la plupart des plaintes posées par les travailleurs depuis le début de la pandémie concernent le défaut de paiement des sommes nécessaires à la résiliation d'un contrat de travail. C'est à dire, que lorsqu'un travailleur est licencié, il ne reçoit pas ce qui est dû automatiquement et, au lieu de cela, il doit embaucher un avocat pour lancer une action en justice pour réclamer le montant dû. Cela peut nécessiter des mois d'attente ou des années. Sans emploi et avec peu ou pas de ressources (la plupart du temps, ils ne sont pas affiliés à un syndicat), le travailleur doit poursuivre en justice pour essayer de recevoir des montants non versés. Cela s'est aggravé au cours de la pandémie, car les tribunaux ne mènent pas d'activités face à face et les juges planifient des audiences par vidéoconférence, repoussant de nombreux cas à 2021. En outre, de nombreux travailleurs et des témoins, en particulier

¹⁰ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), *Indicadores IBGE: Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios Contínua - trimestre móvel abr./jun. 2020* (2020).

les pauvres, n'ont pas les moyens d'accéder à des services de vidéoconférence (25% de la population brésilienne n'a pas accès à Internet).

Pour les employeurs sans foi ni loi, le processus actuel est une bonne affaire. Lorsque l'employeur est servi (ce qui peut être difficile, en particulier dans les cas de sous-traitance, car, souvent, le propriétaire ne peut pas être localisé), ils proposent un règlement bien en deçà de ce qui est dû au travailleur en sachant que, en raison des difficultés financières, ils accepteront le règlement. Le règlement du montant est souvent divisé en plusieurs échéances. En général, les juges acceptent ces accords sans examen, car cela efface le dossier et fait que leur « score » augmente selon les indicateurs de productivité du Conseil national de la justice (CNJ). Les juges avec de bons scores sont promus plus rapidement.

Selon la TST, le nombre de procès gagnés en attendant la satisfaction du jugement a augmenté depuis 2015. Souvent, l'employeur disparaît, ou l'entreprise fermera sans actifs à saisir pour satisfaire les jugements.

La pandémie du coronavirus a aggravé les difficultés préexistantes de la pratique du droit du travail. La suspension des activités face-à-face des tribunaux, l'isolement social et les demandes de prolongation dans le paiement des fonds obtenus en justice sont des exemples. Avec des audiences maintenues uniquement par vidéoconférence, outils dont les travailleurs ne disposent pas souvent, les audiences ont été reportées à 2021 (et avec le risque d'être reportées à nouveau si la pandémie subsiste). Comme la plupart des avocats travaillent avec des honoraires conditionnels, cela signifie aussi que les avocats du travail ne sont pas payés.

Bien que la distanciation sociale soit une pratique adoptée par tous les avocats brésiliens, paradoxalement, les avocats spécialisés dans la défense des procès (et dont, par conséquent, les revenus ont été grandement affectés au cours de la période de pandémie), ont même protesté en juillet 2020 pour le retour du travail face-à-face dans les tribunaux du travail en raison du désespoir financier. Ceci et d'autres faits démontrent les conditions de travail précaires des avocats du travail au Brésil, dont la plupart travaillent de manière informelle et sans protection sociale.

Au cours de la pandémie, les travailleurs ont cherché à lutter contre la crise dans leurs lieux de travail par les recours collectifs des litiges déposés par les syndicats ou par le Ministère public du travail (MPT), une institution publique qui défend aussi les travailleurs. La plupart de ces recours collectifs avaient pour but de forcer les employeurs à adopter simplement des mesures de sécurité pour prévenir la propagation du Co-

vid-19 sur le lieu de travail. En dépit d'avoir été affaibli par la réforme du travail, les syndicats de travailleurs ont réaffirmé leur pertinence dans la défense de la vie des travailleurs et de leur dignité. Des milliers de procès collectifs ont été engagés par les syndicats dans tous les États du pays, cherchant l'approvisionnement d'équipements de protection individuelle (tels que des masques et des désinfectants pour les mains) et des adaptations de l'environnement du travail (comme la distance sociale, l'adoption du bureau à domicile, la rotation des employés, les congés payés pour les travailleurs des groupes à risque). En raison de l'urgence des mesures, dans de nombreux cas, à titre préliminaire, des mesures relatives à la promotion de la santé en milieu de travail étaient accordées, sans attendre la fin de l'instruction de procédure. Ces mesures ont été très importantes dans le cas des catégories qui exercent des activités essentielles.

Cependant, dans de nombreux autres cas, les juges ont montré un manque d'empathie en n'accordant pas les mesures de protection demandées par les travailleurs. Les juges ont été convaincus par les arguments des employeurs sur le « pouvoir de gestion » d'organiser la main-d'œuvre comme ils l'entendent. Dans ce cas, la vision économique étroite a prévalu, avec des décisions indiquant que les environnements de travail à distance (même si possible) pourraient influencer sur la productivité ou la viabilité économique d'une entreprise.

Par conséquent, il existe d'innombrables difficultés rencontrées par la classe ouvrière brésilienne pendant la pandémie du coronavirus. Bien qu'il existe des instruments dans le système juridique permettant d'assurer de meilleures conditions de travail, le manque d'engagement social par les employeurs et le conservatisme du pouvoir judiciaire ont été des obstacles à la réalisation de la justice sociale dans le lieu de travail.

De telles attaques à la classe ouvrière ont rendu les relations de travail encore plus autocratique au Brésil en 2020 que dans la décennie précédente. Elles ont également eu un impact significatif sur la démocratie du pays. Comme cela est le cas dans plusieurs régions du monde, « le modèle de travail d'entreprise hiérarchique commence à dominer le reste de la société ».¹¹ La démocratie brésilienne, à la suite des attaques systémiques sur les travailleurs et les syndicats, souffre aussi en conséquence de l'ordre du jour de l'aile droite du gouvernement de Bolsonaro.

Conclusion

Le Brésil connaît une crise sans précédent. La situation a été exacerbée par la pandémie du

¹¹ Elaine Bernard, Workplace Democracy, Boston Review: A political and Literary Forum (1996), <http://bostonreview.net/archives/BR21.3/BernardE.html>.

Covid-19 et l'absence de véritable réponse du gouvernement. A une époque où les nations se sont engagées au bien-être social de leur peuple en retournant une partie de la richesse sociale produite à la population, en garantissant la stabilité et la dignité, les pays avec les gouvernements néolibéraux comme le Brésil ont plutôt vu l'escalade de l'autoritarisme. En raison des attaques soutenues contre la classe ouvrière depuis le début de son mandat, y compris avoir soumis des millions de Brésiliens au Covid-19, 41 demandes de mise en accusation ont déjà été déposées à la Chambre basse contre le président Jair Bolsonaro et Bolsonaro a fait l'objet d'une plainte auprès de la Cour pénale internationale alléguant la perpétration de crimes contre l'humanité.

Alors que la crise s'aggrave, le gouvernement fédéral n'a répondu qu'avec des mesures néolibérales, telles que la privatisation des entreprises publiques et la réduction des droits des travailleurs. Ceci conduit à un abaissement général du niveau de vie de la classe ouvrière.¹² Cependant, de nouvelles voies sont prises par le mouvement syndical pour revitaliser sa pertinence par rapport aux travailleurs. La grève nationale récente des conducteurs de plateformes numériques, qui exigeaient des conditions de travail sûres, de meilleurs salaires et la formalisation de leurs relations de travail, est un exemple. La syndicalisation des travailleurs précaires et le renforcement des mouvements sociaux qui cherchent à faire face aux inégalités sociales créent de nouvelles possibilités de lutte pour la construction d'une société plus juste. Les avocats du travail qui défendent les intérêts des travailleurs ont contribué de manière significative à cette fin, réaffirmant avec les tribunaux judiciaires les principes fondamentaux du droit du travail, historiquement construits à partir de la lutte et des réalisations de la classe ouvrière.

¹² Ricardo Antunes, *Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado* (2020).

LA PANDÉMIE COVID-19 ET LA PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE EN POLOGNE

ŁUCJA KOBROŃ-GĄSIOROWSKA

Pologne

La dénonciation¹ sur le lieu de travail consiste en la divulgation par un salarié d'irrégularités dans le fonctionnement du lieu de travail en informant les personnes habilitées à prendre des mesures visant à prévenir de telles irrégularités. Les employés sont souvent la source d'information la plus fiable sur les situations inappropriées sur le lieu de travail. Cependant, en les divulguant, ils s'exposent à plusieurs risques tels que le harcèlement, le licenciement et même le snobisme par des collègues.² Un vestige de l'ère communiste,³ l'acte de dénonciation en Pologne a encore des associations très négatives. En Pologne, la loi ne prévoit pas de garanties juridiques adéquates pour les lanceurs d'alerte, c'est-à-dire les employés, les stagiaires, les apprentis, les anciens employés ou même les personnes qui ne sont pas dans une relation de travail typique. Son rôle dans la dénonciation des fautes, des fraudes et d'autres formes de comportement illégal ou contraire à l'éthique permet au public d'être au courant de violations qui autrement ne seraient pas détectées. En tant que tel, la dénonciation est un mécanisme important dans la lutte pour l'équité et l'intérêt public,⁴ en particulier maintenant pendant la pandémie COVID-19.

La situation actuelle

La pandémie COVID-19 a présenté un défi important non seulement pour l'économie mondiale, mais surtout pour les pays individuels. En Pologne, de nombreux secteurs de l'économie ont pratiquement cessé de fonctionner, tandis que dans d'autres, l'activité est considérablement réduite. Ceci a touché beaucoup d'employés, y compris les personnes employées sous contrat de droit civil et les travailleurs indépendants.

"The pandemic has served as an excuse for many abuses against workers' rights, including censorship. The above-mentioned legal regulations protect to some extent workers' rights during a pandemic, although not fully. The pandemic inevitably shows how important in Poland the problem of whistle-blower protection will soon become."

En commençant par le diagnostic du premier patient COVID-19 le 2 mars 2020,⁵ le législateur polonais a préparé des principes directeurs pour la gestion, la prévention et l'élimination de la COVID-19, d'autres maladies infectieuses et des conditions défavorables causées par des situations de crise (« loi COVID 1 »). La législation a été publiée le 7 mars 2020. Pendant la mi-avril et en mai, d'autres lois sont entrées en vigueur, appelées loi COVID 2.0 et 3.0, et une semaine plus tard (le 22 mai 2020), le projet de la prochaine, et apparemment la dernière, la loi COVID 4.0. Un certain nombre de ces lois COVID concernent la protection des emplois et les actions et responsabilités des employeurs. Cependant, les problèmes identifiés tant par les employeurs que par les salariés concernant la santé et la sécurité au travail, la responsabilité des EPI et la fixation du temps de travail n'ont pas perdu de leur pertinence.

¹ See PWN POLISH DICTIONARY, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/informator.html> (last visited Nov. 13, 2020).

² David Banisar, *Whistleblowing: International Standards and Developments*, CORRUPTION AND TRANSPARENCY: DEBATING THE FRONTIERS BETWEEN STATE, MARKET AND SOCIETY, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, (2011); Dilara Huseynova and Katerina Piperigos, *Justice for justice: Protecting whistleblowers in the EU: Protection of whistleblowers - the why and the how*, COLLEGE OF EUROPE TRANSPARENCY GROUP (2017/2018).

³ See Łucja Kobroń, *Czy Polskę czeka era etycznych donosów? Społeczno-prawne aspekty działania [Is Poland waiting for an era of ethical denunciations? Socio-legal aspects of whistleblower action]*, 82 *Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ Nauki Społeczne* 10 (2015) (Poland); Łucja Kobroń, *Informator strażnik wartości czy donosiciel [Whistleblower of value guardian or informer]* 296-300 *Palestra* (2013) (Poland).

⁴ Simon Wolfe, et. al, *Whistle-blower protection laws in G20 countries: Priorities for action*, TRANSPARENCY INTERNATIONAL AUSTRALIA (MELBOURNE) (2014) at 10, <https://blueprintforreespeech.net>.

⁵ LAW of 2 March 2020 on special solutions related to the prevention, counteraction and combating of COVID-19, other infectious diseases and emergencies caused by them (Dz.U.2020.374) (Poland) [hereinafter COVID-19 Act].

La pandémie a servi d'excuse à de nombreux abus contre les droits des travailleurs, y compris la censure. Les réglementations juridiques susmentionnées protègent dans une certaine mesure les droits des travailleurs pendant une pandémie, mais pas complètement. La pandémie montre inévitablement à quel point le problème de la protection des lanceurs d'alerte est important en Pologne.

Łucja Kobroń-Gąsiorowska
Professeur assistant
Avocat
Institute of Law and
Economics
Pedagogical University of
Krakow - Poland

Le cas le plus célèbre de censure est celui d'une sage-femme d'un hôpital de Nowy Targ. Là, l'employée a publié une photo d'elle-même sur Facebook portant un masque de protection fait maison d'une serviette en papier avec une légende expliquant que son hôpital ne disposait pas d'une protection de base contre le coronavirus. L'employeur a donné à la sage-femme une déclaration de résiliation du contrat de travail sans préavis parce qu'elle avait violé la réputation de l'hôpital et ses devoirs de base en tant qu'employé, c'est-à-dire le soin du bien-être du lieu de travail.⁶

Ce n'est pas le seul cas où un lanceur d'alerte en Pologne a subi des représailles pour avoir signalé des irrégularités sur le lieu de travail. Une affaire antérieure, celle du docteur Barbara Sosinowska, a fait l'objet d'une procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Le médecin était un spécialiste des maladies pulmonaires à l'hôpital de Ruda Śląska. En 2004, le médecin a remis en question de manière critique le diagnostic et le traitement des patients par son superviseur. À ce sujet, elle a écrit une lettre à un consultant médical régional dans le domaine des maladies pulmonaires. Une procédure disciplinaire a été engagée contre le médecin, l'accusant d'avoir violé les principes d'éthique professionnelle en raison de sa critique ouverte des décisions diagnostiques et thérapeutiques du superviseur en présence d'autres collègues de l'hôpital. Les tribunaux médicaux ont condamné B. Sosinowska à une réprimande.

Le médecin a déposé une plainte contre cette décision auprès de la Cour EDH. La Cour a conclu que la liberté d'expression du médecin avait été violée. De l'avis de la Cour, sa critique était substantielle et l'action visait à attirer l'attention des autorités compétentes sur ce qu'elle considérait un dysfonctionnement grave dans le travail de son supérieur. La Cour note que les tribunaux médicaux n'ont pas pris en compte si l'avis du médecin était justifié et exprimé de bonne foi et s'il visait à protéger l'intérêt public. Les tribunaux disciplinaires se sont concentrés uniquement sur le fait qu'un autre médecin a été critiqué, ce que le Code d'éthique médicale considère comme

⁶ Karolina Nowakowska, *Lekarze mają milczeć o koronawirusie. Dyrektorzy wyciszają medyków*, GAZETA PRAWNA.PL (March 26, 2020) https://serwis.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/1463864.koronawirus-w-polsce-uciszanie-lekarzy-hm?fbclid=IwAR0TugvIMeeqz1pb5vX7Rk_xqbGY8-8SmWbaB8B-KujPfiVWYeZVFI76aHtE.

une infraction disciplinaire. Une telle interprétation, comme l'affirme la Cour, comporte un risque que les médecins s'abstiennent de fournir aux patients des informations objectives sur leur état de santé par crainte de sanctions disciplinaires.⁷

Union européenne et législation sur la dénonciation

La directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes signalant des infractions au droit de l'Union a été publiée au Journal officiel de l'Union européenne,⁸ communément appelée « la directive sur la protection des lanceurs d'alerte. » À compter du 17 décembre 2019, les États membres disposent de deux ans pour transposer dans leurs systèmes juridiques nationaux les réglementations prévoyant, entre autres, une protection juridique des lanceurs d'alerte. Comme le montrent les dernières données de 14 pays sur 27,⁹ l'Union européenne a entamé le processus de mise en œuvre de la directive ; cependant, certains pays lui résistent, comme l'Allemagne. Selon Transparency International, l'UE est d'accord sur le fait que : « Nous avons 18 mois pour nous assurer que la protection juridique nécessaire des lanceurs d'alerte, pour laquelle nous avons travaillé si dur au niveau de l'UE, fonctionne réellement dans la pratique au niveau des États membres. C'est pendant les mêmes mois que l'Europe relâchera les restrictions sur la COVID-19. Davantage de lanceurs d'alerte nous diront où et comment les faiblesses existantes de nos systèmes doivent être corrigées afin de détourner le financement public nécessaire de ceux qui en ont le plus besoin. Le taux de dénonciation de l'UE nous aidera à demander le changement dont nous avons besoin dans toute l'Europe pour protéger les dénonciateurs qui nous aident à protéger l'intérêt public. »¹⁰

Le médecin et l'infirmière peuvent critiquer objectivement

La perspective du Code du travail polonais¹¹ met l'accent sur la protection d'un employé en tant qu'entité la plus faible en ce qui concerne le droit

⁷ Sosinowska v. Poland, App. No. 10247/09 (Jan. 1, 2012), <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-148571>; See also Frankowicz v. Poland, App. No. 53025/99 (Dec. 16 2008) Eur. Ct. H.R.

⁸ See Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law, 2019 O.J. (L 305), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1937>.

⁹ See EU Whistleblowing Meter, <http://euwhistleblowingmeter.polimeter.org/> (excluding Poland) (last visited November 16, 2020).

¹⁰ Whistleblowing International Network and EU Whistleblowing Meter, *NOW is the time for every European government to protect whistleblowers!* (August 20, 2020) <https://whistleblowingnetwork.org/Our-Work/Spotlight/Stories/FINAL-WIN-EU-Whistleblowing-Meter-Press-Release-22.aspx>

¹¹ Labour Code of 26 June 1974 (Dziennik Ustaw., 1974 Nr 24 poz. 141) (Poland).

du travail. La loi fait référence à la relation de deux parties à un contrat dans lequel le travailleur le plus faible est protégé par le champ d'application du code du travail. La substance du code du travail est essentiellement de « préciser » la nature de la relation de travail individuelle dans le sens de la définition des normes minimales des employés.¹² Dans le contexte de cette question, le Code du travail polonais ne contient pas de dispositions de protection susceptibles de protéger efficacement les lanceurs d'alerte contre les effets négatifs du signalement d'irrégularités telles que le harcèlement ou le soi-disant « licenciement disciplinaire » en raison d'une grave violation des obligations des employés.¹³

“La substance du code du travail est essentiellement de « préciser » la nature de la relation de travail individuelle dans le sens de la définition des normes minimales des employés. Dans le contexte de cette question, le Code du travail polonais ne contient pas de dispositions de protection susceptibles de protéger efficacement les lanceurs d'alerte contre les effets négatifs du signalement d'irrégularités telles que le harcèlement ou le soi-disant « licenciement disciplinaire » en raison d'une grave violation des obligations des employés.”

Il convient toutefois de noter que l'une des principales accusations portées contre les employés est un manque de loyauté envers l'employeur. La Cour suprême polonaise a traité de la soi-disant critique de l'employeur par l'employé.¹⁴ Selon la Cour suprême, le salarié a droit à la critique publique du superviseur (droit à la dénonciation, c'est-à-dire révéler des irrégularités dans le fonctionnement de son lieu de travail consistant de divers types d'actes de malhonnêteté impliquant l'employeur ou ses représentants), si cela n'entraîne pas une violation des devoirs du salarié consistant notamment à veiller au bien-être du lieu de travail et à garder des informations secrètes dont la divulgation pourrait exposer l'employeur à des dommages¹⁵ ou au non-respect des règles d'entreprise de coexistence sociale.¹⁶ L'employé ne peut pas imprudemment, d'une manière justifiée uniquement par des raisons subjectives, formuler des opinions négatives à l'égard de l'employeur ou de ses représentants). Dans un autre arrêt, la Cour suprême a souligné que la caractéristique fondamentale de la critique autorisée est la « bonne foi » de l'employé, c'est-à-dire sa conviction subjective de fonder la critique sur des faits (avec la diligence requise pour les vérifier) et d'agir dans l'intérêt légitime de l'employeur. D'autre part, la critique doit prendre en compte les principes de la protection

des droits personnels (articles 23, 24),¹⁷ car les évaluations négatives ne peuvent pas conduire directement à la violation des droits personnels de l'employeur, et la violation de ces droits ne peut se produire qu'exceptionnellement à la suite d'une déclaration évaluative, si elle n'est pas étayée par un événement réel évalué.

Conclusions

La pandémie COVID-19 a relancé la discussion sur la nécessité de protéger les lanceurs d'alerte qui signalent des irrégularités agissant de bonne foi. La situation des informateurs présentée dans cet article, quel que soit le moment où ils se sont déclarés, a entraîné la résiliation de leur contrat de travail sans préavis. Il s'agit simplement de représailles contre les lanceurs d'alerte. Le Code du travail polonais est du côté des salariés. Conformément à l'art. 56 du Code du travail, un salarié avec lequel un contrat de travail a été résilié sans préavis, en violation des dispositions sur la résiliation du contrat de travail, a droit à une demande de réintégration dans les conditions précédentes ou d'indemnisation. Je suis convaincue que la pandémie renforcera le rôle des lanceurs d'alerte, même si ce sera un processus à long terme, non seulement juridique, mais surtout social.

¹² See Arkadiusz Sobczyk, Różnicowanie praw (ochrony) zatrudnionych – wybrane kryteria i ich ocena [Differentiation of employees' rights (protection) - selected criteria and their assessment] 1 (Maria Bosak et al., eds. 2014).

¹³ Labour Code, *supra* note 11 at art. 52 §1.

¹⁴ Supreme Court judgment of 10 May 2018, II PK 74/17; Supreme Court judgment of September 7, 2000, I PKN 11/00).

¹⁵ Labour Code, *supra* note 11 at art. 100 §1 (duty of loyalty; non-violation of employer's interest).

¹⁶ *Id.* at art. 100 §2

¹⁷ The Act of 23 April 1964 -Civil Code (Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93) (Poland).

L'INSPECTION DU TRAVAIL : PLUS QU'UN EXERCICE D'ÉTHIQUE

SAMANTHA RAMSAY & BERYL TER HAAR

Global

Assurer le respect de la réglementation du travail est un élément essentiel de la protection des travailleurs et une « fonction(s) essentielle(s) d'un système d'administration du travail. »¹ Comme l'a dit l'ancien directeur général de l'OIT Francis Blanchard, « la législation du travail sans inspection est un exercice d'éthique non une discipline sociale contraignante. »² L'inspection du travail est un outil essentiel pour inciter à la conformité. Cependant, malgré l'importance de l'inspection du travail, l'OIT a reconnu en 2006 qu'il s'agissait d'une institution en crise.³ Cette crise se poursuit aujourd'hui.⁴

Les principaux problèmes identifiés par l'OIT en 2006 comme étant à l'origine de la crise sont que les inspections du travail sont sous-financées et manquent de ressources et de personnel.⁵ Celles-ci ont été davantage soulignées en 2011 lorsque l'OIT a publié son dernier rapport sur cette question.⁶ Selon Amengual et Fine, les solutions proposées pour cette « crise » se répartissent globalement en deux catégories :

- (a) un besoin d'augmenter les ressources, le nombre d'inspecteurs du travail et une plus grande professionnalisation de l'inspection du travail ; et
- (b) un ensemble de propositions qui repose sur la théorie selon laquelle la manière dont les inspecteurs travaillent, plutôt que le nombre d'inspecteurs, détermine l'efficacité de l'application (« inspection stratégique »).⁷

¹ International Labour Conference (100th Session), *Report V: Labour Administration and Labour inspection*, at ¶18 (2011) [hereinafter ILC].

² Wolfgang von Richthofen, *Labour Inspection: A Guide to the Profession*, INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 7 (2002).

³ David Weil, *A Strategic Approach to Labour Inspection*, 147(4) INTERNATIONAL LABOUR REVIEW 349 (2008).

⁴ Laurent Vogel & David Walters, *Labour Inspection: a Public Service in Crisis*, HESAMAG #14 ETUI (2016).

⁵ Weil, *supra* note 3.

⁶ ILC, *supra* note 1.

⁷ Matthew Amengual & Janice Fine, *Co-enforcing labor standards: The unique contributions of state and worker organisations in Argentina and the United States*, 11(2) REGULATION AND GOVERNANCE 129 (2017).

Même le manuel de l'OIT sur l'inspection du travail reconnaît qu'« aucun service d'inspection n'aura jamais « suffisamment » d'inspecteurs. »⁸ Compte tenu de ces problèmes de ressources, il convient de mettre davantage l'accent sur « l'inspection stratégique » et sur la manière dont les ressources disponibles peuvent être déployées de la manière la plus efficace.

“Comme l'a dit l'ancien directeur général de l'OIT Francis Blanchard, « la législation du travail sans inspection est un exercice d'éthique non une discipline sociale contraignante. » L'inspection du travail est un outil essentiel pour inciter à la conformité. Cependant, malgré l'importance de l'inspection du travail, l'OIT a reconnu en 2006 qu'il s'agissait d'une institution en crise.”

Lors de l'étude de la manière d'entreprendre une inspection du travail « stratégique », il est possible de rechercher un aperçu de la discipline de l'économie comportementale ainsi que du droit. Dans cet article, la théorie économique comportementale du dynamisme institutionnel sera présentée, puis utilisée comme cadre pour examiner certaines recherches récentes sur l'inspection du travail. En entreprenant cette analyse, il sera démontré que le dynamisme institutionnel peut être utilisé pour examiner les pratiques d'inspection du travail afin de déterminer si elles ont une portée plus large que prévue. Elle sera ensuite utilisée pour analyser le principal document de l'OIT sur « l'inspection stratégique » de ces dernières années. Enfin, on fera valoir qu'une théorie telle que le dynamisme institutionnel peut être un élément susceptible d'augmenter l'offre actuelle de l'OIT en matière d'inspection stratégique du travail.

La théorie économique : le dynamisme institutionnel

Le « dynamisme institutionnel » est le nom technique donné à la manière dont une institution juridique (telle qu'une inspection du travail) peut influencer des acteurs qui ne sont pas directement affectés par

⁸ Von Richthofen, *supra* note 2 at 73.

les actions de cette institution et/ou par une réglementation spécifique. Il est décrit comme un instrument utile pour la mesure analytique et l'élaboration de politiques.⁹ On pense qu'une série de processus, qui ne sont pas encore pleinement compris, influencent le dynamisme institutionnel. La construction du dynamisme institutionnel de Lee et McCann a deux classifications principales : interne et externe.¹⁰

Il y a très peu de recherches publiées qui considèrent quand la portée des inspections du travail a été étendue au-delà de ses objectifs spécifiques (connus sous les noms de dissuasion générale, effets d'entraînement, dynamisme institutionnel, etc.). Ceci est problématique. Une théorie qui inclut cet aspect pourrait aider les décideurs à faire de nouveaux choix sur la manière de favoriser la conformité grâce à l'inspection du travail.

Le dynamisme externe

Le dynamisme externe est la catégorie la plus simple. Il se réfère à l'influence des lois du travail dans les contextes informels. Un exemple clé est de savoir comment une connaissance des normes juridiques statutaires peut améliorer la conformité. L'influence de la législation sur le salaire minimum dans les contextes informels en est un exemple clé. Il a également été décrit comme un effet dit « phare. »

Le dynamisme interne

Le dynamisme interne est un peu plus compliqué. Il saisit la capacité des régimes réglementaires à accueillir des interactions entre une gamme d'institutions, par exemple la négociation collective, la législation du travail, les règles de salaire minimum, etc. La prise en compte de l'interaction entre les institutions doit également inclure l'imprévisibilité des interactions. Un exemple qui a été fourni par McCann est le fonctionnement des « effets d'entraînement » qui résultent d'une modification du salaire minimum, par lequel des modifications du salaire minimum peuvent avoir un effet sur les salaires au-dessus du niveau minimum.¹¹ Par exemple, par l'inclusion d'un pourcentage équivalent de changement de salaire dans une convention collective à celui qui s'applique au salaire minimum.

⁹ Judy Fudge & Dierdre McCann, *Unacceptable Forms of Work: a global and comparative study*, International Labour Organization (2015) [hereinafter Fudge & McCann].

¹⁰ Sangheon Lee & Dierdre McCann, *New Directions in Labour Regulation Research*, REGULATING FOR DECENT WORK: NEW DIRECTIONS IN LABOUR MARKET REGULATION (Sangheon Lee et al. eds.) (2011); Sangheon Lee & Dierdre McCann, *Regulatory indeterminacy and protection in contemporary labour markets: innovation in research and policy*, CREATIVE LABOUR REGULATION: INDETERMINACY AND PROTECTION IN AN UNCERTAIN WORLD (Dierdre McCann, et al. eds.) (2014).

¹¹ Fudge & McCann, *supra* note 9.

La Chine : une étude de cas

Le dynamisme institutionnel peut être utilisé pour analyser quand et comment l'influence d'une institution, comme l'inspection du travail, est étendue au-delà de ce à quoi on pourrait s'attendre lorsqu'on examine ses capacités juridiques formelles et son influence. Ainsi, il peut être facilement lié à l'objectif le plus courant de la politique stratégique de l'inspection du travail : tirer meilleur parti des ressources de l'inspection. La théorie suggère que nous devrions identifier où les actions des inspections encouragent la conformité chez ceux à qui les actions des inspections ne sont pas strictement dirigées. Ceci pourrait être une manière de sensibiliser davantage aux normes juridiques statutaires, etc.

Par exemple, en 2008, le gouvernement central chinois a introduit la loi sur les contrats de travail (Labour Contract Law – LCL)¹² et la loi sur la médiation et l'arbitrage (Mediation and Arbitration Law)¹³ pour protéger les droits des travailleurs.¹⁴ La mise en œuvre récente de ces réglementations par les organes gouvernementaux compétents, y compris les services d'inspection, s'est améliorée.

Tenant compte de cette amélioration, la recherche de Zhuang et Ngok examine l'interaction de deux institutions, les inspecteurs du travail et les « alliés de l'inspection du travail. »¹⁵ Le dynamisme institutionnel suggère que nous cherchions des preuves que cette interaction a modifié l'effet des actions d'inspection sur les personnes qui ne sont pas directement touchées. Les syndicats ont été l'un des alliés, car ils sont habilités par la législation à s'associer aux inspecteurs du travail et à faire appliquer les réglementations. Cependant, ils ne sont pas disposés à s'engager dans ces activités. S'agit-il d'un exemple de règlement ayant un effet indirect sur les employeurs ? Ceci est peut-être le cas. L'inspection du travail est potentiellement rendue moins efficace. Les violations ne sont pas détectées en raison des actions d'un tiers, des syndicats et de leur refus d'agir. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un exemple classique de dynamisme institutionnel interne, il pourrait entrer dans cette catégorie. Si la conformité n'est pas améliorée, il est tout aussi important d'examiner les « échecs. »

¹² Labour Contract Law of the People's Republic of China (promulgated by the Standing Comm. Nat'l People's Cong., June 29, 2007) P.R.C. LAWS No. 65 (China).

¹³ Law of the People's Republic of China on Labour-Dispute Mediation and Arbitration (promulgated by the Standing Comm. Nat'l People's Cong. Dec. 29, 2007) P.R.C. Law No. 80 (China).

¹⁴ Chris King-Chi Chan & Khalid Nadvi, *Changing labour regulations and labour standards in China: Retrospect and challenges*, 153(4) INTERNATIONAL LABOUR REVIEW 513 (2014).

¹⁵ Wenjia Zhuang & Kinglun Ngok, *Labour inspection in contemporary China: Like the Anglo-Saxon model, but different*, 579, 153(4) INTERNATIONAL LABOUR REVIEW 561 (2014).



Samantha Ramsay

Responsable
industriel
National Tertiary
Education Union –
NSW Branch



Beryl ter Haar

Professeur associé
Leiden University
Professeur invité
University of Warsaw
Poland

La recherche de Chung sur l'application par les autorités locales (inspecteurs) de la LCL qui impliquait d'interroger des parties prenantes liées au travail forme un contraste intéressant.¹⁶ Elle s'est concentrée sur la partie de la LCL qui exigeait des contrats de travail écrits (CTE) et une copie des CTE à remettre à l'employé. Les résultats suggéraient que deux autres parties prenantes contribuaient à la mise en application de l'inspection : divers intermédiaires du travail¹⁷ et travailleurs.

Chung suggère que les activités de contrôle des inspecteurs ont un impact qui est prolongé par les actions des intermédiaires et des travailleurs. Ceci est largement démontré par les conclusions selon lesquelles le respect des réglementations des CTE, la question sur laquelle les inspections du travail ont pris la position la plus stricte, a augmenté davantage que le respect d'autres domaines de la LCL. Cependant, les actions des inspections à elles seules ne semblent pas pleinement expliquer l'augmentation rapide de la conformité des CTE. Les intermédiaires du travail et les connaissances des employés ont également joué un rôle. Le système chinois de protection de l'emploi étant entièrement fondé sur des plaintes, les inspecteurs refusent souvent d'agir sans pression supplémentaire de la part des intermédiaires du travail et des employés. Ils perçoivent les lois comme « éloignées de la réalité » parce qu'elles « imposent des normes extrêmement élevées aux employeurs » (p. 244). Dans l'interview de Chung (2015), certains inspecteurs ont qualifié les réglementations d'« absurdes. » Ceci suggère qu'il est possible que les activités de l'inspection du travail aient un impact plus large que prévu, lorsqu'elles sont combinées avec des intermédiaires du travail, un indicateur clé du dynamisme institutionnel.

Le travail de terrain entrepris par Chung (2015) a mis en évidence quatre façons dont les intermédiaires du travail peuvent influencer la conformité des employeurs, en particulier en ce qui concerne les CTE :

- (a) Faire connaître les fautes de l'employeur.
- (b) Faciliter les réclamations des travailleurs.
- (c) Offrir aux employeurs des normes et des solutions acceptables.
- (d) Mettre la pression sur les dirigeants gouvernementaux pour qu'ils façonnent la politique du droit du travail.

S'il n'est pas possible de déterminer exactement quelle interaction a amélioré le plus les actions des services d'inspection, il est possible de conclure qu'au moins une des interactions entre deux institutions a amélioré les activités de conformité. En tant que tel, il est probable qu'un niveau de dynamisme institutionnel interne soit en jeu.

¹⁶ Sunwook Chung, *Explaining compliance: A multi-actor framework for understanding labour law compliance in China*, 68(2) HUMAN RELATIONS 237 (2015).

¹⁷ Chung defined labour intermediaries as 'actors outside the labour bureaucracy that directly and/or indirectly engage in labour law enforcement and have a relatively high level of technical knowledge of labour/employment issues'. See Chung, *supra* note 16 at 241 (Examples include trade unions, NGOs, legal clinics and local media).

Les médias peuvent également jouer un rôle clé en encourageant le respect des lois de CTE en tirant parti des slogans de l'État pour attirer l'attention sur les abus du travail et en contribuant à la création de normes au niveau local qui s'attendaient à ce que les employeurs non éthiques soient punis.¹⁸ Les entretiens ont indiqué que l'exposition médiatique avait poussé les institutions à prendre les règlements des CTE plus au sérieux. Soutenus par une série de politiques favorables au travail, les travailleurs ont pu utiliser la législation du travail et les mécanismes officiels comme pression pour faire valoir leurs droits. C'est un signe classique de dynamisme externe. L'existence de politiques en faveur du travail et le travail de l'inspection du travail indiquent aux travailleurs qu'ils peuvent bien utiliser la législation du travail comme un outil pour améliorer leurs conditions de travail.

L'approche de l'OIT en matière de planification stratégique de la conformité pour les inspections du travail

En utilisant le dynamisme institutionnel comme cadre pour analyser l'exemple ci-dessus de la Chine, il a été démontré que les interactions entre les institutions peuvent permettre aux inspections du travail d'avoir un impact plus large et d'améliorer le respect des réglementations du travail. En tant que tel, il est maintenant proposé d'utiliser ce cadre pour analyser les derniers conseils de l'OIT sur l'inspection stratégique du travail afin de voir où l'OIT pourrait être en mesure d'encourager les inspections à tirer parti des interactions entre les institutions pour accroître la conformité.

Publiée en décembre 2017, *Approche de l'OIT de la planification stratégique pour la conformité à destination des services d'inspection du travail (AOPSCIT)* donne un aperçu de la position de l'OIT vu de l'extérieur par rapport à l'inspection stratégique du travail.¹⁹ L'AOPSCIT est conçue pour orienter les services d'inspection vers des « interventions proactives, ciblées et adaptées qui engagent de multiples parties prenantes. » Elle comporte 6 étapes :

1. Étudier l'inspection du travail
2. Étudier les problèmes et les cibles
3. Étudier les influences
4. Étudier les parties prenantes
5. Étudier les interventions
6. Opérationnaliser le plan de conformité stratégique

Dans l'ensemble, cela démontre un changement intéressant dans l'opinion publique de l'OIT sur les processus d'inspection du travail.

Une caractéristique cruciale de l'AOPSCIT se trouve à l'étape 1 qui déclare que son « objectif principal... est de surmonter les déficits de ressources en identifi-

¹⁸ Chung, *supra* note 16.

¹⁹ International Labour Organization, *ILO Approach to Strategic Compliance Planning for Labour Inspectorates (IASCP)*, (2017), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/publication/wcms_606471.pdf

ant les ressources précédemment inexploitées et en utilisant différemment les ressources disponibles. »²⁰ Ceci est essentiel pour les inspections du travail qui cherchent à tirer meilleur parti de ressources limitées. Cependant, le document demande uniquement aux inspecteurs de « penser de manière large et créative » pour répertorier les ressources disponibles.²¹ En tant que telle, l'étape 1 pourrait être développée par un meilleur aperçu de la manière de conceptualiser les ressources inexploitées. L'inclusion de théories qui examinent comment les ressources peuvent être étendues, comme le dynamisme institutionnel, y contribuerait. Cependant, une personne lisant l'AOPSCIT ne reçoit aucune théorie suggérée pour guider cette réflexion.

En outre, l'étape 3 décrit comment les services d'inspection devraient explorer les influences sur la conformité. C'est l'objectif principal de la théorie du dynamisme institutionnel. Cependant, les exemples donnés encouragent principalement la prise en compte de la conformité qui résulte d'une dissuasion spécifique, c'est-à-dire des actions d'inspection qui ont un impact direct sur un employeur. Cela suggère que l'équipe LABADMIN (les auteurs) peut encore avoir une vision limitée de l'impact que l'inspection du travail peut avoir. Le dynamisme institutionnel offre une vision plus large. Il demande aux inspecteurs de regarder au-delà des domaines où ils ont une influence directe et de considérer les circonstances dans lesquelles leurs actions peuvent avoir un impact plus large sur ceux à qui ils tentent de faire respecter la loi. Une référence spécifique à une théorie telle que le dynamisme institutionnel ajouterait une dimension à la position de l'OIT à cet égard qui n'est pas évidente actuellement, voire pas du tout prévue.

L'étape 4 demande à l'inspection de se tourner vers les partenaires sociaux et d'envisager de développer des partenariats. C'est une approbation partielle du dynamisme institutionnel. Ceci montre clairement que l'OIT envisage de former des partenariats entre les inspections et d'autres parties prenantes pour améliorer la conformité. Cependant, aucune suggestion n'est faite quant à la manière de quantifier l'impact que pourrait avoir un partenariat. Par exemple, il n'y a pas de recommandation concernant la prise en compte des effets d'entraînement. Bien que cela soit potentiellement mentionné à l'étape 5, lorsque l'OIT recommande d'examiner « comment l'impact de l'une de ces interventions [choisies] pourrait être amélioré et étendu en tirant parti d'autres parties prenantes, »²² ceci n'est pas explicite. En utilisant ce langage, l'OIT indique une ouverture à développer davantage sa position en incorporant une théorie comme le dynamisme institutionnel. Elle cherche essentiellement à décrire presque

exactement cet effet et à prédire comment elle peut améliorer la conformité.

En fin de compte, c'est peut-être à l'étape 6 où il devient le plus clair qu'en dépit de certaines promesses, l'AOPSCIT n'a pas encore considéré explicitement l'impact plus large des actions de l'inspection du travail. L'étape 6 traite de la mise en œuvre du plan de conformité stratégique élaboré dans le cadre de l'AOPSCIT. Si elle fait à nouveau explicitement référence au partenariat avec des alliés, elle manque une référence explicite sur la manière dont cela peut étendre l'impact des actions des inspections du travail. Au lieu de cela, le document indique que « lors de l'élaboration d'un calendrier d'escalade, l'inspection du travail devrait considérer que chaque intervention est l'occasion d'encourager une cible à se conformer. »²³ Il s'agit d'une référence explicite à une dissuasion spécifique et, de l'avis de cet auteur, limite les possibilités de dissuasion disponibles. Il n'y a pas de référence claire aux effets d'entraînement ou à d'autres impacts plus larges.

Conclusion

Au départ, l'AOPSCIT de l'OIT semble être une tentative de présenter une nouvelle version de « l'inspection stratégique du travail. » Cependant, un examen plus approfondi suggère que cela pourrait être perçu comme une tentative de reconditionner de vieilles idées. Elle semble également ignorer largement les idées qui peuvent être tirées d'autres disciplines, par exemple la psychologie et l'économie comportementale. En tant que tel, il semble que cet élément de l'offre de l'OIT reste sous-développé.

Leçons pour l'OIT

Ceci n'a pas besoin d'être le cas. L'OIT a récemment fait face à de vives critiques.²⁴ Pour répondre à ces critiques, l'OIT pourrait adopter la modernisation et la revitalisation de l'inspection du travail à travers l'inclusion des éléments de psychologie et d'application économique. Le dynamisme institutionnel n'est pas la seule option dans ce domaine, c'est une manière de montrer comment la réflexion autour de l'inspection du travail peut être reconceptualisée. L'inspection du travail est l'institution idéale pour trouver de nouvelles façons de s'engager, car on peut la considérer comme faisant partie de la mission fondamentale de l'OIT.²⁵

Bien que certaines voies d'application non gou-

²⁰ *Id.* at 4.

²¹ *Id.*

²² *Id.* at 4.

²³ *Id.*

²⁴ Velibor Jakovleski et al., *The ILO's Role in Global Governance: Limits and Potential*, 82, *THE ILO @ 100* (Christophe Gironde and Gilles Carbonnier eds., 2019); Guy Standing, *The ILO: An Agency for Globalization*, 39(3) *DEVELOPMENT AND CHANGE* 355 (2008); Brian A. Langill, *Core Labour Rights - The True Story (Reply to Alston)*, 16(3) *THE EUROPEAN J. OF INT'L LAW* 409 (2005);

²⁵ Guy Standing, *The ILO: An Agency for Globalization*, 39(3) *DEVELOPMENT AND CHANGE* 355 (2008).

vernementales soient prometteuses, nombre d'entre elles ont maintenant conclu que les gouvernements doivent conserver leur rôle central pour que l'inspection du travail et l'application de la loi soient efficaces.²⁶ Malheureusement, l'OIT n'est pas en mesure d'effectuer elle-même des inspections du travail et ses normes sur l'inspection du travail²⁷ ne fournissent que des orientations de très haut niveau. En tant que telle, l'offre de l'OIT se limitera logiquement à la preuve de conseils techniques. Tout au long de son existence, l'OIT « a été à l'avant-garde des débats mondiaux sur la justice sociale et le monde du travail. »²⁸ Elle est acceptée par les gouvernements comme une source d'autorité.²⁹ Cela signifie qu'en matière d'inspection du travail, le seul moyen pour l'OIT d'influencer le changement est de cibler directement les gouvernements et les inspections. C'est le gouvernement qui doit être convaincu de la sagesse d'adopter une approche alternative. L'OIT peut prendre l'initiative dans ce cas.

“Cela signifie qu'en matière d'inspection du travail, le seul moyen pour l'OIT d'influencer le changement est de cibler directement les gouvernements et les inspections. C'est le gouvernement qui doit être convaincu de la sagesse d'adopter une approche alternative. L'OIT peut prendre l'initiative dans ce cas.”

Certains peuvent critiquer cela comme s'éloignant de l'objectif traditionnel et « véritable » de l'OIT : l'établissement de normes.³⁰ Cependant, dès les années 30, l'OIT offrait une assistance technique aux membres pour faciliter le respect de ses conventions³¹ et l'assistance technique en matière de coopération est une caractéristique de la plupart des organisations internationales.³² C'est aussi une vision qui s'accorde bien avec les commentateurs qui envisagent un avenir dans lequel l'OIT suit l'adhésion à part entière au club des agences internationales de développement.³³ En outre, il est communément admis, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'OIT, que l'ajout de nouvelles conventions à un domaine déjà chargé ne résoudra pas ses problèmes. Au lieu de cela, des solutions meilleures et plus intelligentes sont nécessaires, ce qui peut entraîner un changement réel dans le monde.³⁴

Même s'il s'agit d'un éloignement important par rap-

²⁶ Lillian Miles, *The 'integrative approach' and labour regulation and Indonesia: Prospects and challenges*, 36(1) ECONOMIC AND INDUSTRIAL DEMOCRACY 5 (2015).

²⁷ E.g. International Labour Organization, *C081 - Labour Inspection Convention*, No. 81 (1947)

²⁸ Velibor Jakovleski et al., *The ILO's Role in Global Governance: Limits and Potential*, 82, THE ILO @ 100 (Christophe Gironde and Gilles Carbonnier eds., 2019).

²⁹ Standing, *supra* note 25.

³⁰ *Id.*

³¹ Sandrine Kott, *ILO: Social Justice in a Global World? A History in Tension*, THE ILO @ 100 (Christophe Gironde and Gilles Carbonnier eds., 2019).

³² Standing, *supra* note 25.

³³ Steve Hughes & Nigel Haworth, *The International Labour Organization Coming in from the cold*, (2011).

³⁴ Brian A. Langill, *Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston)*, 16(3) THE EUROPEAN J. OF INT'L LAW 409 (2005).

port au rôle traditionnel de l'OIT, il convient également de se demander si ce serait un véritable problème si l'OIT finissait par être mieux placée pour relever les défis du monde du travail d'aujourd'hui.³⁵

Conclusion

Certains puristes juridiques et juristes traditionnels peuvent aborder une expansion de la pensée qui inclut l'économie et la psychologie dans l'application avec une certaine appréhension, car ce n'est pas une solution entièrement légale. Cependant, l'OIT est depuis longtemps et reste une organisation interdisciplinaire et son objectif de travail décent ne peut être atteint par seule la loi. Il convient également de noter que l'OIT peut fixer de nombreux types de normes. Le simple fait que les juristes traditionnels ne considèrent pas le dynamisme institutionnel comme une « norme juridique » ne signifie pas qu'il ne peut pas faire partie de la pratique standard lorsqu'il s'agit de la meilleure façon d'inciter à la conformité en utilisant l'inspection du travail.

Comme l'a suggéré Standing en 2008, « à moins que l'OIT ne puisse être transformée en un organe d'information et de conseil de classe mondiale, son avenir semble sombre. »³⁶ Une focalisation continue sur des solutions simples axées sur la dotation en ressources ne permettra pas à l'OIT de conserver sa place en tant que chef de file mondial en matière de normalisation ou en tant qu'agence de développement. Ce n'est qu'en adoptant des théories interdisciplinaires sur l'inspection du travail que l'OIT et d'autres agences intéressées pourront trouver des moyens de contourner les problèmes de ressources.

En fin de compte, cet article espère démontrer qu'inclure des idées qui sous-tendent le dynamisme institutionnel dans la théorie stratégique de l'inspection du travail peut permettre aux inspecteurs d'identifier les façons dont leurs actions ont un impact plus large que prévu et de repenser la manière dont ils entreprennent les inspections. Ceci est essentiel pour résoudre la crise de l'inspection du travail. Pour ceux qui restent prudents, un dernier appel à l'action est lancé : seules des recherches plus approfondies sur ce sujet peuvent révéler si le dynamisme institutionnel peut garantir que l'inspection du travail et les inspections du travail sont en mesure d'obtenir une conformité maximale pour leur « argent. » Cet auteur espère certainement que c'est le cas.

Remerciements : Je tiens à remercier le Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss de l'Université de Leyde pour son aide dans la préparation de cet article. Il est basé sur une thèse préparée pour le Master avancé en droit du travail mondial et européen de l'Université de Leyde.

³⁵ Hughes, *supra* note 33.

³⁶ Standing, *supra* note 24 at 381.

CAPITAL-INVESTISSEMENT, DEVOIR DE DILIGENCE EN MATIÈRE DE DROITS HUMAINS ET DROITS DU TRAVAIL MONDIAUX : LE CAS DE « HOTEL CALIFORNIA »

JEREMY BLASI ET SAMIR SONTI¹

États-Unis d'Amérique

Lorsque Juana Melara, une mère immigrante qui travaille comme femme de chambre au Westin Long Beach Hotel en Californie, et ses collègues ont lancé une campagne de syndicalisation, ils ont été confrontés à un problème de plus en plus courant : personne ne pouvait leur dire qui était responsable.

Marre des indignités comme devoir se mettre à genoux pour nettoyer le sol de la salle de bain et ne pas être payée pour tout son travail, Mme. Melara a dirigé une délégation demandant que la direction locale laisse les travailleurs décider librement de se syndiquer sans ingérence de la direction. Mais le directeur général de l'hôtel leur a dit qu'il ne pouvait pas accepter une telle demande de la part des travailleurs et l'hôtel a plutôt lancé un effort antisyndical agressif à l'américaine. Les travailleurs et leur syndicat UNITE HERE Local 11 se sont rendus dans le Utah pour se plaindre auprès du principal investisseur de l'hôtel, mais l'investisseur, un fonds de pension public, leur a dit qu'ils devaient parler à une société de gestion d'actifs de capital-investissement qui supervisait l'hôtel au nom de l'investisseur. Et lorsque le syndicat a cherché à engager le gestionnaire d'actifs, AEW Capital Management, une filiale américaine du géant bancaire français Natixis, ils se sont retrouvés dans l'impasse.

Malgré ces défis, deux ans plus tard, Mme. Melara et ses collègues avaient remporté une convention collective novatrice prévoyant non seulement une amélioration des salaires et des avantages sociaux, mais également des dispositions créant un précédent pour protéger les femmes de ménage contre le harcèlement et les agressions sexuelles. Mme. Melara elle-même avait été nommée l'une des personnes de l'année du Time Magazine, honorée pour son leadership en tant que militante pour les travailleuses à bas salaire. Elle est maintenant à la tête d'une campagne pour la sécurité des travailleurs durant la pandémie COVID-19.

¹ Les auteurs remercient Ashwini Sukthankar pour ses commentaires sur une version antérieure de cet article et sa contribution à la campagne qu'il décrit.

Cet article raconte comment la victoire des travailleurs du Westin Long Beach a été accomplie grâce à une doctrine juridique relativement nouvelle et peu utilisée, associée à un engagement critique des investisseurs. Le syndicat a déposé une plainte contre Natixis au titre des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales dans ce qui est devenu la première application du « devoir de diligence en matière de droits humains » aux gestionnaires d'actifs de capital-investissement. Qualifiée par une publication de « cas historique »,² la plainte a abouti à un engagement constructif avec Natixis par le point de contact national français de l'OCDE. Cet effort a été complété de manière critique par l'implication de dirigeants syndicaux français en tant que fiduciaires des fonds de pension publics avec des investissements dans Natixis. Les dirigeants, qui coordonnent le Réseau des administrateurs pour l'investissement (RAIR), ont engagé avec succès Natixis pour assurer la mise en œuvre effective des principes dits ESG, aboutissant à résultat révolutionnaire.

“Le syndicat a déposé une plainte contre Natixis au titre des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales dans ce qui est devenu la première application du « devoir de diligence en matière de droits humains » aux gestionnaires d'actifs de capital-investissement.”

L'essor du capital-investissement et le devoir de diligence en matière de droits de l'homme

Dans l'ensemble de l'économie mondiale, les entreprises qui étaient autrefois des entreprises autonomes sont de plus en plus entraînées dans des réseaux com-

² Jessica Agache-Gorse, *OECD National Contact Point for France accepts a complaint filed by a US trade union against the Natixis banking group*, PLANET LABOR (May 17, 2017), www.planetlabor.com.



Jeremy Blasi
Avocat général
UNITE HERE Local 11



Samir Sonti
Professeur assistant
CUNY School of
Labour and Urban
Studies

plexes contrôlés par le capital-investissement.³ La nature et la complexité de l'investissement ou des chaînes d'approvisionnement posent des obstacles aux efforts des travailleurs au bas de ces chaînes pour qu'ils s'organisent avec succès. Dans de nombreux cas, ce sont ces entreprises aux plus hauts sommets des chaînes qui sont les décideurs ultimes en matière de politique du travail parmi les subventions et les entrepreneurs. Mais comme ils n'emploient pas directement de travailleurs et n'exercent souvent pas de contrôle quotidien sur les opérations de travail au niveau du chantier, ils ne sont généralement pas obligés en vertu de la législation américaine ou de celle d'autres pays de participer à des négociations collectives et ne sont pas tenus responsables des abus du travail tels que le vol de salaire ou des conditions dangereuses. L'élaboration de stratégies pour responsabiliser ces entreprises principales et les amener à la table de négociation fait partie des défis les plus urgents auxquels sont confrontés les travailleurs à bas salaire.

Le concept du « devoir de diligence en matière de droits de l'homme » est apparu comme un outil potentiellement prometteur pour créer une telle responsabilité de l'entreprise principale. Le cadre a été formulé pour la première fois dans le cadre des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, qui ont été approuvés par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies en 2011. Ils ont été intégrés dans les versions récemment révisées de la Déclaration de principes tripartite de l'OIT concernant les entreprises et la politique sociale et les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

Comme indiqué dans les Principes directeurs de l'OCDE, le cadre de base est le suivant : Les entreprises soumises aux Principes ont le devoir d'éviter les impacts négatifs sur les travailleurs et de traiter ces impacts même lorsqu'ils surviennent chez un fournisseur ou un autre type de partenaire commercial. Une entreprise devrait : « (a) éviter de causer ou de contribuer à des impacts négatifs sur les droits de l'homme par le biais de ses propres activités, et remédier à ces impacts lorsqu'ils se produisent ; [et] (b) s'efforcer de prévenir ou d'atténuer les impacts négatifs sur les droits de l'homme qui sont directement liés à leurs activités, produits ou services de leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces impacts. »⁴

Selon cette formulation, qu'une entreprise contribue à un impact négatif sur les droits de l'homme ou qu'elle soit uniquement liée à une entreprise causant ou contribuant à un tel préjudice, elle doit utiliser tout pouvoir dont elle

³ See Eileen Appelbaum & Rosemary Batt, *PRIVATE EQUITY AT WORK: WHEN WALL STREET MANAGES MAIN STREET* (2014).

⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, at ¶13 (2011) [hereinafter *OECD Guidelines*].

dispose pour influencer les autres entités qui ont causé ou contribué à l'impact négatif à l'atténuer.⁵ Ainsi, « [s]i l'entreprise commerciale dispose d'un pouvoir de pression pour prévenir ou atténuer l'impact négatif, elle doit l'exercer. »⁶ Cette formulation se distingue notamment des doctrines de la common law en matière de responsabilité délictuelle selon lesquelles une personne ou une entreprise ne peut être tenue responsable qu'en causant un préjudice raisonnablement prévisible, mais en l'absence de circonstances spéciales, elle n'a aucune obligation d'atténuer les préjudices causés par autrui. Dans le cadre du devoir de diligence en matière de droits de l'homme, un travailleur qui est soumis à un impact négatif peut s'attendre à ce que toute entreprise qui a « la capacité de modifier les pratiques fautes d'une entité qui cause [le] préjudice » le fasse.⁷

Les droits mis en cause par le cadre du devoir de diligence en matière de droits de l'homme comprennent des protections étendues des droits du travail. En vertu des Principes directeurs de l'OCDE, les droits de l'homme affirment que : « [dans] tous les cas et indépendamment du pays ou du contexte spécifique des activités des entreprises », selon les conventions fondamentales de l'OIT affirmées dans la Déclaration de 1998 de l'Organisation internationale du travail relative aux principes et droits fondamentaux au travail,⁸ qui protègent nettement plus les droits des travailleurs que la législation nationale américaine et celle de nombreux autres pays.⁹ Le Comité de la liberté syndicale de l'OIT a, par exemple, interprété les conventions 87 et 98 comme interdisant aux employeurs de refuser aux syndicats un accès raisonnable au lieu de travail pour communiquer avec les travailleurs sur les avantages

⁵ See, e.g., OECD, *Responsible Business Conduct for Institutional Investors* at 34-35 (2017); *OECD Guidelines* at Chapter II, ¶10, Chapter IV, ¶15, Commentary 19 and Commentary 41.

⁶ U.N., *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, at 21-22, HR/PUB/11/04 (2011) [hereinafter *UN Guiding Principles*] (« On considère qu'il existe une influence lorsque l'entreprise a la capacité de modifier les pratiques fautes d'une entité qui cause un préjudice. »). See also, *OECD Guidelines* at Commentary 41.

⁷ *OECD Guidelines*, supra note 4 at Commentary 41; *UN Guiding Principles* at 21.

⁸ *Id.* at Commentary 39. The Guidelines also make specific reference to the right to organise, stating that enterprises should Les Principes directeurs font également spécifiquement référence au droit de se syndiquer, déclarant que les entreprises devraient « [R]espécter le droit des travailleurs employés par l'entreprise multinationale de faire reconnaître les syndicats et les organisations représentatives de leur choix aux fins de la négociation collective, et engager des négociations constructives, individuellement ou par le biais d'associations d'employeurs, avec ces représentants en vue de parvenir à des accords sur les conditions d'emploi. » *OECD Guidelines*, supra note 4 at Commentary Chamber V (1)(a).

⁹ *OECD Guidelines* at Chapter IV, ¶11(a)-(b) and Commentary 39.

de la syndicalisation¹⁰ et de proférer des menaces ou de remplacer définitivement les travailleurs en grève.¹¹ Ces pratiques sont privilégiées en vertu du droit du travail américain. L'OCDE a déclaré que la direction devait « adopter une approche positive des activités des syndicats et, en particulier, une attitude ouverte à l'égard des activités organisationnelles dans le cadre des règles et pratiques nationales ». ¹² Dans le cadre de cette approche, de nombreux outils antisyndicaux à l'américaine courants tels que soumettre les travailleurs à des séances antisyndicales « d'audience captive » tout en privant les organisateurs syndicaux d'un accès comparable aux travailleurs, des tactiques utilisées par l'employeur d'origine dans l'affaire du Westin Long Beach, sont interdits.¹³

En plus de ces droits et d'autres droits à la procédure, les Principes directeurs de l'OCDE incluent également un droit fondamental des travailleurs : les employeurs doivent « [o]bserver des normes d'emploi et de relations professionnelles non moins favorables que celles observées par des employeurs comparables dans le pays d'accueil. »¹⁴ Dans l'affaire du Westin Long Beach, le syndicat a allégué que l'hôtel enfreignait cette norme en fournissant une assurance maladie aux employés qui était sept fois plus chère que les plans les plus courants offerts aux employés des hôtels du groupe de pairs, dont la majorité étaient syndiqués.¹⁵

Les Principes directeurs de l'OCDE, comme les Principes directeurs des Nations Unies, présentent également des lacunes notables : la plus évidente étant qu'il s'agit d'un exemple de « soft law » sans effet contraignant devant les tribunaux. Le seul moyen d'application est la présentation d'une plainte, appelée un « cas

spécifique », auprès des points de contact nationaux (« PCN ») qui sont établis par chaque gouvernement signataire. S'ils acceptent un cas, les PCN peuvent offrir leurs bons offices pour aider à résoudre le différend et publier des rapports, mais ils ne peuvent pas rendre de décisions contraignantes. Les entreprises interrogées peuvent choisir de s'engager ou non dans un dialogue médiatisé par le PCN, et beaucoup ne le font pas : en 2018, par exemple, sur les 34 cas spécifiques clôturés par les PCN, seuls 11 sont allés à une médiation facilitée par le PCN et dans près d'un quart des cas (23%), l'OCDE a attribué l'absence d'accord entre les parties au défaut de l'entreprise intimée de s'engager dans le processus.¹⁶ Le scepticisme quant à l'utilité du mécanisme est probablement un facteur à l'origine du nombre relativement faible d'affaires qui ont été déposées (52 ont été soumises dans tous les bureaux en 2018), bien que l'utilisation du mécanisme se soit développée ces dernières années.¹⁷

La chaîne d'investissement hôtelière du Westin Long Beach

Avant de discuter des questions juridiques et de l'engagement des parties prenantes dans notre étude de cas, nous passons brièvement en revue les entités commerciales impliquées.

De plus en plus fréquent dans le secteur de l'hôtellerie, le cas impliquait une chaîne d'investissement complexe. Au bas de la chaîne se trouvait le Westin Long Beach Hotel. Au début de l'affaire, l'hôtel était exploité par une société basée aux États-Unis appelée Noble-Interstate Management Group California LLC (« l'exploitant »), qui employait directement ses employés. Comme indiqué ci-dessus, le principal investisseur de l'hôtel était un fonds de pension des fonctionnaires de l'État de l'Utah, Utah Retirement Systems (URS). URS était propriétaire de l'hôtel via une société holding détenue par une coentreprise. De pertinence pour les dimensions internationales de l'affaire, URS a passé un contrat avec une société de gestion d'actifs appelée AEW Capital Management pour superviser la propriété. AEW est une filiale américaine de la société française Natixis Global Asset Management (NGAM), qui appartient à Natixis. En tant que gestionnaire d'actifs, AEW a conseillé URS, ainsi que l'exploitant de l'hôtel, sur des questions de main-d'œuvre et autres.¹⁸ Ces relations sont résumées dans le diagramme de la page suivante.

¹⁰ See ILO Committee on Freedom of Association, *Complaint against the Government of the United States by the United Food and Commercial Workers International Union et al.*, Report No. 284, Case No. 1523 (1992) (« Le comité demande au gouvernement de garantir l'accès des représentants syndicaux aux lieux de travail, dans le respect des droits de propriété et de gestion, pour que les syndicats puissent communiquer avec les travailleurs, afin de les informer des avantages potentiels de la syndicalisation »).

¹¹ See International Labour Organisation (ILO) Committee on Freedom of Association, *Complaint against the Government of the United States by the AFL-CIO*, Report No. 278, Case No. 1543 (1991) (« Le droit de grève [...] n'est pas vraiment garanti lorsqu'un travailleur qui l'exerce légalement court le risque de voir son emploi repris de façon permanente par un autre travailleur tout aussi légalement. »).

¹² OECD Committee on International Investment and Multinational Enterprises, *The Review of the 1976 Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises*, at ¶ 60 (1979).

¹³ Avant la résolution de l'affaire, une clinique de la faculté de droit de l'UC Irvine a produit un rapport évaluant les pratiques de l'employeur à la lumière des normes internationales du travail, concluant que la campagne antisyndicale de l'employeur, impliquant des réunions d'audience captive où des consultants antisyndicaux ont tenté de dissuader les travailleurs de l'organisation, et son refus d'accorder au syndicat l'accès au lieu de travail pour communiquer avec les travailleurs et contrer les messages antisyndicaux de l'employeur violaient les normes de l'OIT. See Sam Cretcher and Sameer Ashar, *Report Regarding Compliance with Domestic and International Labor Standards at The Westin Long Beach Hotel*, IRVINE SCHOOL OF LAW IMMIGRANT RIGHTS CLINIC (May 18, 2016) [hereinafter UC IRVINE LAW CLINIC REPORT], http://www.law.uci.edu/academics/real-life-learning/clinics/pdfs/UCI-OECD-Report_5-18-16.pdf.

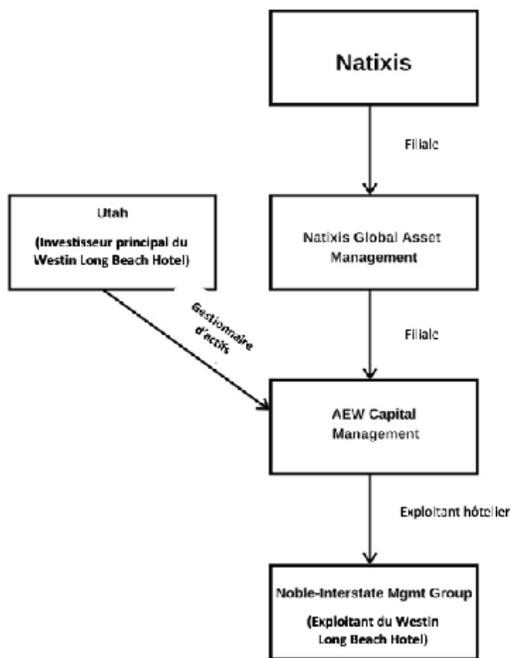
¹⁴ OECD Guidelines, *supra* note 4 at Chapter IV, ¶4(a).

¹⁵ UC IRVINE LAW CLINIC REPORT, *supra*, note 14, at 8-10, http://www.law.uci.edu/academics/real-life-learning/clinics/pdfs/UCI-OECD-Report_5-18-16.pdf.

¹⁶ OECD, *Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2018* at 8, 21, (2019) <http://mneguidelines.oecd.org/2018-Annual-Report-MNE-Guidelines-EN.pdf>.

¹⁷ *Id.* at 31.

¹⁸ See French OECD PCN, *Report of the French NCP in the specific circumstance Natixis-NGAM in the United States*, at 6-8 (2017) [hereinafter France NCP's Detailed Report on Natixis Case] <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2017/12/14/5-decembre-2017-rapport-du-pcn-francais-dans-la-circonstance-specifique-natixis-ngam-aux-etats-unis>.



Le Bureau des plaintes de l'OCDE découvre la responsabilité des gestionnaires d'actifs

Le syndicat a fait de son mieux pour utiliser les mécanismes juridiques nationaux pour résoudre les problèmes de travail à l'hôtel, notamment en déposant des accusations de pratique déloyale de travail contre l'exploitant auprès du National Labor Relations Board. Ses travailleurs ont également déposé un recours collectif contre les salaires et les heures de travail contre l'exploitant. Mais lorsque ses efforts nationaux américains n'ont pas abouti à une résolution, le syndicat s'est tourné à l'international.¹⁹ Assistée de l'avocate franco-américaine Véronique Camerer et avec l'aide de l'affilié du secteur bancaire de la confédération syndicale française CFDT, il a d'abord cherché à engager Natixis lors de son assemblée générale annuelle à Paris. Lorsque la société n'a pas accepté le dialogue, il a déposé une plainte relative aux Principes de l'OCDE. La plainte alléguait que Natixis avait violé ses obligations du devoir de diligence en matière de droits de l'homme en ne s'assurant pas que sa filiale AEW et l'exploitant de l'hôtel qu'elle gérait au nom du propriétaire de l'hôtel cessent leur cam-

pagne antisyndicale.²⁰ Le syndicat a demandé au PCN français d'utiliser ses bons offices pour faciliter le dialogue afin d'atteindre ce résultat.

Le PCN français est hébergé au sein du ministère français de l'Économie, des finances et de la relance. Il s'agit d'un organe tripartite dirigé par des représentants des syndicats, des employeurs et du gouvernement. Peut-être en raison de la responsabilité que cette structure crée, UNITE HERE Local 11 a trouvé que le PCN, dirigé par le secrétaire général du PCN Maylis Souque, était très transparent très transparent et à l'écoute de ses préoccupations. Le PCN a fait preuve d'une expertise technique impressionnante dans la mise en évidence des relations entre les différentes entités de l'entreprise. Surtout, ses efforts de médiation avec Natixis ont été personnellement dirigés par ses plus hauts fonctionnaires.

La plainte du syndicat, déposée en septembre 2016, présentait de nouvelles questions pour l'application du cadre du devoir de diligence en matière de droits de l'homme des Principes directeurs : à un niveau général, elle posait la question des obligations du devoir de diligence des entreprises autres que les employeurs directs dans des chaînes d'investissement complexes, en particulier lorsque plusieurs entités jouent un rôle dans le processus d'investissement ou de prise de décision. En ce qui concerne Natixis, la question plus précise était de savoir quelles obligations s'appliquent, le cas échéant, aux entreprises du secteur financier qui font office de « conseillers en investissement » ou de « gérants d'actifs » pour les investisseurs en capital-investissement, même lorsque les conseillers ou gestionnaires n'ont eux-mêmes aucune participation dans les affaires ?

Dans son rapport final sur l'affaire, le PCN a observé que Natixis, à travers sa filiale américaine AEW, aurait pu « contribuer » ou était « directement lié » aux conséquences néfastes pour les travailleurs résultant de la campagne antisyndicale de l'exploitant local dans la mesure où il a donné des conseils opérationnels ou a joué un rôle dans l'acquisition de l'hôtel et la sélection des partenaires opérationnels des hôtels. Natixis était tenue de s'assurer que sa filiale adhérerait aux Principes directeurs de l'OCDE en utilisant de son influence pour atténuer les impacts négatifs sur le travail. Cette obligation n'a toutefois

²⁰ Une Plainte Contre Natixis Pour Non-Respect Des Droits Syndicaux Aux États-Unis, NOVETHIC, May 17, 2017, <http://www.novethic.fr/isr-et-rse/actualite-de-la-rse/isr-rse/natixis-attaque-pour-non-respect-des-droits-syndicaux-aux-etats-unis-144093.html>; Dan Isreal, A Paris, les employés d'un hôtel américain demandent des comptes à Natixis, MEDIAPART, May 24, 2016, <https://www.mediapart.fr/journal/economie/240516/paris-les-employes-d-un-hotel-americain-demandent-des-comptes-natixis?onglet=full>; Aaron Chappell, Unite Here Local 11 Calls for OECD Investigation into Long Beach Westin Hotel—Complaint Filed against French Firm Natixis, Sept. 20, 2016, AFL-CIO NOW, <http://www.aflcio.org/Blog/Organizing-Bargaining/Unite-Here-Local-11-Calls-for-OECD-Investigation-into-Long-Beach-Westin-Hotel-Complaint-Filed-against-French-Firm-Natixis>.

¹⁹ See, e.g., Beth Healy, Hotel workers cross an ocean to prod Natixis on union, BOSTON GLOBE (May 24, 2016), <https://www.bostonglobe.com/business/2016/05/23/springtime-paris-hotel-workers-fly-miles-prod-natixis-union/ikYFdcOr5ichAH-PN1x9fBN/story.html>; Beth Healy, Natixis CEO urges counsel to keep protesting Calif. hotel workers at bay, BOSTON GLOBE (Apr. 8, 2016), <https://www.bostonglobe.com/business/2016/04/08/natixis-ceo-email-urges-counsel-keep-protesting-california-hotel-workers-bay/jx7KJSAeznTTwiYQakBNzj/story.html>.

pas été remplie, car la filiale était au courant des activités antisyndicales de l'exploitant de l'hôtel mais « n'a pas agi pour remédier à la situation. »²¹ Sur la base de ces résultats, les hauts responsables du PCN se sont engagés avec Natixis pour faciliter une résolution.

Un résumé de l'interprétation des Principes directeurs par le PCN est que les acteurs du secteur financier qui fournissent aux investisseurs des conseils opérationnels ont l'obligation de fournir des conseils conformes aux Principes directeurs de l'OCDE, y compris les normes relatives au droit des travailleurs de se syndiquer. Étant donné le rôle de plus en plus important des sociétés de gestion d'actifs et de conseil en investissement cette conclusion est significative. L'analyse du PCN implique également que lorsque les sociétés de gestion d'actifs de capital-investissement détiennent une participation dans l'entreprise en question, ce qui est également assez courant, il y aurait encore plus de raisons d'attendre que les entreprises prennent des mesures appropriées pour garantir des pratiques commerciales responsables.

Engagement critique du réseau des fiduciaires des fonds de pension français

Comme mentionné au début, un deuxième développement critique menant à la résolution de l'affaire a été l'engagement parallèle avec Natixis par les fiduciaires du côté social d'un fonds de pension français dont la société gérait les actifs. Cet engagement a été facilité par le Réseau des administrateurs pour l'investissement responsable (RAIR). Fondé en 2013 par Jean-Pierre Costes, un dirigeant syndical, et le défunt Éric Loiselet, membre du Parti socialiste français et éminent environnementaliste, le RAIR a été lancé pour aider les fonds de pension à s'assurer que leurs investissements respectent les principes de la responsabilité sociale. En tant qu'initiative des mandataires syndicaux, il a été particulièrement soucieux de voir que le « S » pour « social » de ESG n'est pas négligé par rapport aux enjeux de l'environnement et de la gouvernance.

Les membres du RAIR comprennent des administrateurs de fonds de pension créés par les syndicats et les employeurs pour compléter les prestations de retraite du gouvernement français, y compris celles des fonctionnaires du secteur public, des enseignants, des agents de santé et autres (IRCANTEC, PREFON, ERAFP, FRR), ainsi que deux fonds du secteur privé pour les travailleurs agricoles (AGIRC et ARRCO). Le RAIR ne possède ni n'investit lui-même des actifs. Cependant, les fonds dont les fiduciaires du côté des travailleurs qui participent au réseau détiennent plus de 100 milliards de dollars d'actifs.

Pendant l'été 2017, avec l'aide de l'avocat Camerer, UNITE HERE Local 11 a contacté le président à l'époque du RAIR, Luc Prayssac, pour lui faire part de ses préoccupations concernant l'affaire Natixis. Le réseau a partagé des informations sur l'affaire et a appris que l'un des fonds, IRCANTEC, disposait d'importants actifs sous la gestion de Natixis : environ 2 milliards de

dollars sur les 11 milliards de dollars d'actifs du fonds. Prayssac et Costes, tous deux administrateurs de l'IRCANTEC, se sont arrangés pour rencontrer Natixis pour discuter de l'affaire.

Au cours de ce qui s'est avéré être une réunion fatidique avec l'entreprise, ils ont souligné les préoccupations soulevées par UNITE HERE selon lesquelles l'hôtel était sur le marché à la vente, un développement qui, en plus d'éliminer la possibilité pour Natixis de prendre des mesures positives pour résoudre la situation, pourrait avoir d'autres conséquences négatives pour les employés de l'hôtel qui risqueraient de perdre leur emploi. Selon Prayssac, les représentants de Natixis ont initialement soutenu la position publique de la société selon laquelle elle n'avait aucune relation avec le Westin Long Beach Hotel, mais la position de la société a évolué au cours de la discussion au point où elle s'est déclarée ouverte à prendre des mesures constructives.

Réfléchissant à cet engagement, Prayssac raconte : « Dans une approche d'investissement socialement responsable (ISR), il est essentiel que les investisseurs institutionnels comme ceux que je représente aient des informations sur l'impact social de leurs investissements. Dans ce contexte, il n'est pas acceptable que dans une chaîne d'investissement ISR nous apprenons que des travailleurs souffrent et se voient refuser la possibilité d'exercer leurs droits. C'est ce que j'ai rappelé aux dirigeants de Natixis. »

Résolution et conclusion

L'engagement du NCP et du RAIR avec Natixis a finalement abouti à une avancée. Fin 2017, l'hôtel a été vendu de manière à résoudre efficacement le différend. Un acheteur a été sélectionné dont l'exploitant, HighGate Hotels, a immédiatement négocié avec le syndicat les procédures de reconnaissance du syndicat, puis a reconnu le syndicat sur la base du soutien majoritaire du syndicat par le biais de cartes d'autorisation signées, le tout dans un délai d'un mois après la vente. Comme l'observait le PCN français dans son rapport, « la vente de l'hôtel réalisée par AEW Capital Management pour le compte de son client URS a bien évidemment tenu compte des Principes directeurs de l'OCDE et notamment de l'importance du dialogue social d'une part, dans le choix du nouvel acheteur et, d'autre part, dans le choix du nouvel exploitant fait par le nouveau propriétaire. »²² Ainsi, l'assainissement a finalement consisté à sélectionner un acheteur disposé à adopter une approche positive à l'égard du syndicat.

Le syndicat et le nouvel employeur ont par la suite négocié une convention collective révolutionnaire. Parmi les améliorations significatives des salaires et des avantages sociaux des travailleurs, l'accord prévoit des soins de santé complets pour leurs familles payés presque entièrement par l'employeur et une amélioration des charges de travail des femmes de ménage. L'accord a également innové dans la protection des travailleurs contre le harcèlement et les agressions sexuelles, exigeant entre autres que les femmes de ménage soient

²¹ See France NCP's Detailed Report on Natixis Case, supra note 18 at 6-8.

²² Id. at 8.

dotées de boutons de panique pour appeler une aide immédiate si elles sont confrontées à des comportements menaçants lors du nettoyage d'une chambre d'hôtel. Juana Melara a joué un rôle central à la fois dans l'organisation du lieu de travail et dans une campagne réussie pour instaurer les mêmes protections contre les agressions sexuelles dans une loi à l'échelle de la ville. Depuis le début de la pandémie COVID-19, elle et ses collègues ont réussi à faire pression pour des mises à niveau de sécurité et des protections des travailleurs sur leur lieu de travail et dans toute la région.

En septembre 2018, Luc Prayssac et Philippe Sebag, les dirigeants des caisses de retraite syndicales qui coordonnent le RAIR, se sont rendus à Los Angeles pour ce qu'ils ont qualifié de « pèlerinage. » Bien que leur réseau de fiduciaires de fonds de pension, le RAIR, ait joué un rôle clé en persuadant Natixis de changer de cap, ils n'ont jamais rencontré les dirigeants des travailleurs du Westin Long Beach. Lorsque Prayssac et Sebag ont appris la chance de venir à San Francisco pour une conférence du Center for Workers' Capital, ils ont sauté sur l'occasion pour enfin rencontrer les travailleurs de ce qu'ils appelaient, avec un clin d'œil aux Eagles, « Hotel California. »²³ À l'hôtel, ils ont été accueillis les bras ouverts par Juana Melara et ses collègues qui les ont emmenés le visiter, leur présentant ses cuisiniers, plongeurs, femmes de ménage et autres, ainsi que son nouveau directeur général, tout en soulignant les améliorations qu'ils avaient gagnées à travers leur contrat syndical.

Ce soir-là, ils ont continué leur échange international autour d'un dîner. À un moment donné, tout le monde à table a partagé à son tour leur souvenir préféré. Mme. Melara a rappelé son incrédulité lorsqu'elle a appris qu'elle allait se rendre en France pour l'assemblée générale annuelle de Natixis, et l'incrédulité de ses dirigeants à son retour, un moment qu'elle a décrit comme un tournant dans la manière dont les employés de l'hôtel étaient traités. Prayssac se souvient avoir été porté aux larmes lorsqu'il a reçu une photo des employés de l'hôtel le soir de leur victoire tenant une pancarte indiquant « merci pour votre solidarité » en français, qu'il dit garder toujours sur son bureau.

La campagne Westin Long Beach est ce que nous pourrions appeler une « pousse verte. » La campagne a transformé la vie des travailleurs et des autres personnes impliquées et a constitué une étape critique vers la transformation du secteur hôtelier de Long Beach. Mais dans l'ensemble des choses, l'impact de la campagne a été relativement modeste. Sa plus grande importance peut se trouver dans les leçons et les possibili-

tés qu'elle a révélé sur la façon dont les acteurs du secteur financier en haut de notre économie peuvent être tenus responsables des conditions au bas des chaînes depuis le sommet sur lequel ils se trouvent.

²³ Jean-Pierre Costes, fondateur de l'IRCANTEC et de la RAIR, qui a joué un rôle principal dans l'affaire Natixis, prévoyait également de rejoindre la délégation française mais des problèmes de santé l'ont empêché de le faire.

LES SYNDICATS UTILISENT LES LIGNES DIRECTRICES DE L'OCDE POUR LUTTER CONTRE LA VIOLENCE ET LE HARCÈLEMENT FONDÉS SUR LE SEXE DANS LES ACTIVITÉS MONDIALES DE MCDONALD'S CORP

MARY JOYCE CARLSON

Global

Le 18 mai 2020, quatre syndicats et fédérations syndicales, l'Association internationale des travailleurs de l'alimentation, de l'agriculture, de l'hôtellerie, de la restauration, du tabac et des secteurs connexes (UITA) ; leur filiale européenne EFFAT-UITA ; le Syndicat international des employés des services (SEIU) et União Geral dos Trabalhadores (UGT), ont déposé une plainte pour « cas spécifique » auprès du PCN néerlandais de l'OCDE contre McDonald's, une entreprise internationale de restauration rapide comptant près de 40 000 magasins, près de 2 millions de travailleurs et revenus annuels de plus de 20 milliards de dollars.¹ Les syndicats et les fédérations syndicales plaignants représentent, entre autres secteurs, les travailleurs des services, de la vente au détail et de la restauration, y compris les travailleurs de la restauration rapide au niveau international (UITA), en Europe (EFFAT-UITA), au Brésil (UGT), aux États-Unis et au Canada (SEIU).² La plainte allègue également que deux des investisseurs institutionnels de McDonald, APG Asset Management et Norges Bank, n'ont pas respecté les directives exigeant un devoir de diligence avant d'investir.³

La plainte allègue que tout au long de ses opérations mondiales, dans sept pays sur quatre continents, McDonald's n'a complètement pas réussi à protéger ses travailleurs contre la violence et le harcèlement sexistes généralisés.⁴ Il fait valoir que ce faisant, McDo-

nald's n'a pas suivi les directives de l'OCDE sur la prévention de la violence et du harcèlement sexistes. La plainte « cas spécifique » des syndicats comprend des histoires de harcèlement sexuel dans les magasins McDonald's de sept pays et quatre continents. Au Brésil, une travailleuse était régulièrement suivie dans le vestiaire par son directeur, puis on lui a dit qu'elle aurait besoin de faire des faveurs sexuelles pour obtenir une promotion.⁵ En France, un responsable a installé une caméra de téléphone portable dans le vestiaire des femmes, puis a renvoyé une femme qui se plaignait.⁶ Au Royaume-Uni, un responsable demandait constamment à une employée si elle coucherait avec lui et, lorsqu'elle refusait, s'exposait à elle au travail.⁷ Aux États-Unis, « des travailleurs aussi jeunes que seize ans ont accusé des supérieurs hiérarchiques de . . . tentative de viol, exposition indécente, attouchements et offres sexuelles. »⁸ Le « cas spécifique » allègue qu'il ne s'agit pas d'incidents isolés, mais ils reflètent plutôt un schéma de harcèlement.⁹

“La plainte allègue que tout au long de ses opérations mondiales, dans sept pays sur quatre continents, McDonald's n'a complètement pas réussi à protéger ses travailleurs contre la violence et le harcèlement sexistes généralisés. Il fait valoir que ce faisant, McDonald's n'a pas suivi les directives de l'OCDE sur la prévention de la violence et du harcèlement sexistes.”

¹ Specific Instance: Gender-Based Violence and Harassment in Global Operations of McDonald's Corp. and Related Due Diligence by Investors APG Asset Management and Norges Bank, at 1, National Contact Point (NCP) (May 18, 2020) [hereinafter “Specific Instance”]

² *Id.* at 2.

³ *Id.* at 2, 21-26.

⁴ *Id.*

⁵ *Id.* at 15.

⁶ *Id.* at 17.

⁷ *Id.* at 20.

⁸ *Id.* at 8-9.

⁹ *Id.* at 9.



Mary Joyce Carlson
Conseil
Fight for Fifteen
Law office of Mary
Joyce Carlson

La plainte détaille comment les efforts antérieurs pour tenir McDonald's responsable par le biais des canaux nationaux se sont avérés inefficaces. Vingt-trois plaintes distinctes pour harcèlement déposées auprès des autorités locales au Brésil,¹⁰ quinze en Colombie¹¹ et plus de vingt-cinq aux États-Unis n'ont pas abouti à un changement à l'échelle de l'entreprise.¹² Elle décrit comment une culture de harcèlement sexuel a envahi les plus hauts niveaux de l'entreprise : un rachat de 42 millions de dollars du PDG Steve Easterbrook après avoir été découvert dans une relation sexuelle avec une employée ; et une « culture d'entreprise de boire, de faire la fête et de plaisanteries sexuelles. . . dans lesquelles les femmes employées à des postes subordonnés devaient jouer le jeu. »¹³

La plainte « cas spécifique » auprès de l'OCDE concernant la violence et le harcèlement sexistes chez McDonald's

L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) est une organisation internationale composée de quarante-deux États membres, dont la plupart sont des pays européens, les États-Unis et des pays d'Asie et d'Océanie.¹⁴ L'OCDE a pour rôle majeur d'élaborer des principes directeurs à l'intention des employeurs multinationaux décrivant « les principes et les normes de conduite responsable des affaires dans un contexte mondial ». ¹⁵ Concernant cette plainte, l'OCDE a des principes directeurs sur les droits de l'homme qui interdisent la violence sexiste, le harcèlement sexuel et qui exigent des lieux de travail sûrs.¹⁶ Elle a également des principes directeurs qui appellent explicitement à la non-discrimination dans l'emploi et à la négociation entre les employeurs et leurs travailleurs.¹⁷ Les principes directeurs de l'OCDE incorporent également explicitement les conventions 111 et 190 de l'Organisation internationale du travail, interdisant le harcèlement sexuel et la violence sexiste sur le lieu de travail.¹⁸ Enfin, l'OCDE propose des principes directeurs distincts pour les investisseurs dans les entreprises multinationales, les encourageant à « identifier et évaluer les impacts négatifs réels et potentiels » de leurs

investissements et à « cesser, prévenir et atténuer » ces derniers.¹⁹

Pour encourager le respect de ces directives, les pays membres de l'OCDE sont invités à désigner des points de contact nationaux (PCN) au sein de leur propre gouvernement.²⁰ Les agences gouvernementales désignées comme PCN sont chargées de promouvoir les directives auprès des entreprises locales, des syndicats et des ONG dans leurs pays respectifs.²¹ Un des rôles principaux des PCN est de recevoir, d'enquêter et d'essayer de résoudre les plaintes concernant des « cas spécifiques » : des plaintes alléguant qu'une entreprise multinationale ne suit pas ces directives.²² En règle générale, lorsqu'une plainte « cas spécifique » décrit des problèmes dans un seul pays, le PCN de ce pays est censé recevoir la plainte, enquêter sur elle et essayer de la résoudre.²³ Cependant, lorsqu'un « cas spécifique » décrit des problèmes dans plusieurs pays, un PCN principal doit être identifié.²⁴ Un certain nombre de facteurs doivent être pris en compte, mais en général, un PCN principal devrait être celui qui est le mieux adapté pour « atteindre. . . une résolution des problèmes et promouvoir. . . l'efficacité des principes directeurs. »²⁵

“Les principes directeurs de l'OCDE incorporent également explicitement les conventions 111 et 190 de l'Organisation internationale du travail, interdisant le harcèlement sexuel et la violence sexiste sur le lieu de travail.”

Allégations contre McDonald's dans le « cas spécifique »

La plainte du « cas spécifique » des syndicats décrit comment McDonald's n'a pas réussi à plusieurs reprises à protéger les travailleuses, certaines aussi jeunes que seize ans, contre le harcèlement sexuel et la violence sexiste à tous les niveaux de son organisation. Le « cas spécifique » commence par mettre en évidence une culture de harcèlement sexuel au siège américain de l'entreprise. Il détaille ensuite les rapports et les plaintes de harcèlement sexuel dans les restaurants McDonald's de sept pays. Enfin, il parle des efforts de McDonald, aidés par l'administration de Trump, pour éviter la responsabilité pour harcèlement sexuel ou un processus par lequel les travailleurs pourraient négocier des problèmes sur le lieu de travail. La plainte allègue que ce comportement enfreint les principes directeurs

¹⁰ *Id.* at 14.

¹¹ *Id.* at 21.

¹² *Id.* at 8, 13.

¹³ *Id.* at 8.

¹⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), <https://www.oecd.org/about/> (last visited Sept. 14, 2020).

¹⁵ OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (2011) [hereinafter *OECD Guidelines*].

¹⁶ Specific Instance, *supra* note 1, at 3, *OECD Guidelines*, at Chapter IV (Principes directeurs, chapitre IV sur les droits de l'homme, qui comprend: la Charte internationale des droits de l'homme, composée de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des principaux instruments par lesquels elle a été codifiée: le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels).

¹⁷ Specific Instance, *supra* note 1, at 3.

¹⁸ Specific Instance, *supra* note 1, at 3-4.

¹⁹ *Id.* (citant des sections du Guide de l'OCDE sur la diligence raisonnable en matière de conduite responsable des affaires).

²⁰ *OECD Guidelines*, *supra* note 15 at 68.

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ Coordination entre les points de contact nationaux de l'OCDE lors du traitement des instances spécifiques, 4, 6 (2019).

²⁴ *Id.* at 8.

²⁵ *Id.*

de l'OCDE visant à lutter contre la violence et le harcèlement sexistes sur le lieu de travail.

Premièrement, la plainte décrit comment le harcèlement sexuel est un problème au sommet de la structure de l'entreprise de McDonald's. En 2019, le PDG de McDonald's, Steve Easterbrook, a été démis de ses fonctions parce qu'il avait une relation sexuelle avec une employée subordonnée.²⁶ La société a déclaré que M. Easterbrook n'avait pas été licencié « pour cause » et qu'il a reçu une indemnité de départ de 42 millions de dollars.²⁷ Après la destitution de M. Easterbrook, un rapport interne a révélé que le siège social américain de McDonald's avait « une culture de la consommation d'alcool, de faire la fête et de plaisanteries sexuelles entre les hauts dirigeants et les subordonnés dans laquelle les femmes employées à des postes subalternes étaient censées jouer le jeu. »²⁸

Deuxièmement, la plainte décrit en détail l'expérience de harcèlement sexuel et de violence sexiste des travailleurs de McDonald's dans sept pays : l'Australie, le Brésil, le Chili, la Colombie, la France, le Royaume-Uni et les États-Unis. En Australie, la plainte décrit une enquête menée par la Commission australienne des droits de l'homme. L'enquête a révélé que les travailleurs du secteur de la vente au détail sont régulièrement confrontés à des commentaires et à des blagues sexuellement suggestifs, à des questions intrusives, à des regards moqueurs, à des contacts indésirables, à des contacts inappropriés, à être suivis et à des invitations répétées à des rendez-vous.²⁹ Au Royaume-Uni, une autre « enquête complète sur les employés de McDonald's ... raconte que des responsables faisaient des commentaires sexuels répétés, se frottaient contre le personnel et discutaient de leurs désirs sexuels, abusaient de leur accès aux coordonnées des travailleurs afin d'envoyer des textos et des photos explicites, et offraient de meilleures horaires et une promotion en échange de relations sexuelles. »³⁰ En Colombie, des chercheurs ont identifié quinze affaires judiciaires alléguant du harcèlement sexuel contre McDonald's.³¹ Au Chili, les chercheurs ont reçu des rapports anecdotiques de harcèlement généralisé et tentent d'en identifier davantage par le biais du Ministère du travail.³²

Au Brésil, la plainte décrit vingt-trois actions en justice intentées par des employés de McDonald's pour harcèlement sexuel et discrimination.³³ Une travailleuse raconte avoir été caressée à plusieurs reprises et suivie dans les toilettes par son responsable.³⁴ Une autre décrit avoir été suivie dans le restaurant par un responsable lui disant des choses sexuelles, comme le fait qu'il voulait l'embrasser, décrivait son corps et

lui demandait de sortir avec lui.³⁵ Elle l'a décrit comme extrêmement humiliant.³⁶ Une troisième travailleuse a décrit une collègue fabriquant, par le biais de la retouche photo, des images sexuelles et nues d'elle, et les partageant sur le lieu de travail et sur les réseaux sociaux, y compris avec ses responsables, qui l'encourageaient et « se délectaient ». ³⁷

En France, la plainte fait état de multiples récits de harcèlement sexuel chez McDonald's, dont beaucoup ont été identifiés par une ONG locale. Dans un cas, quatre femmes ont décrit avoir été harcelées sexuellement par un seul responsable pendant de nombreuses années dans un McDonald's à Paris.³⁸ Il a dit à plusieurs reprises – explicitement – qu'il espérait faire pleurer les employées à travers ses commentaires sur leur corps, ses questions sur leurs préférences sexuelles, les attraper et les pincer, et encourager d'autres collègues masculins à les traiter de la même manière.³⁹ Lorsque les femmes se sont plaintes, leurs plaintes ont été rejetées et il n'a fait que devenir plus effronté dans ses abus.⁴⁰

Enfin, aux États-Unis, rien qu'en mai 2019, vingt-cinq femmes ont déposé des plaintes de harcèlement sexuel contre McDonald's auprès de la US Equal Employment Opportunity Commission.⁴¹ Dans ces cas, dont beaucoup concernaient des adolescentes travaillant sous des hommes plus âgés, les travailleuses ont décrit avoir été touchées, agressées physiquement, raillées verbalement et insultées, et presque violées.⁴² En outre, des femmes ont déclaré à plusieurs reprises avoir été victimes de représailles pour avoir pris la parole.⁴³ Dans un cas : « une jeune de 16 ans harcelée par son responsable s'est plainte en utilisant les procédures internes de l'entreprise. Elle et sa mère, qui travaillaient également chez McDonald's, ont subi des rétrogradations, des pertes de salaire et éventuellement une perte d'emploi. »⁴⁴ Plus récemment, en avril 2020, deux travailleuses ont intenté un recours collectif contre McDonald's, alléguant « à plusieurs reprises. . . du harcèlement sexuel et d'agression physique. . . dans un McDonald's appartenant à l'entreprise à Sanford, en Floride, et que McDonald's ne forme pas les responsables des restaurants ou ne punit pas de manière adéquate les harceleurs en série. »⁴⁵

Troisièmement, la plainte allègue que McDonald's, avec l'aide de l'administration de Trump, a évité d'assumer la responsabilité de harcèlement sexuel dans ses restaurants. Elle documente comment McDonald's a à la fois refusé d'étendre la formation sur le harcèlement sexuel à ses restaurants franchisés, ce qui signifie que 90% de ses magasins n'ont pas de formation obliga-

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

³⁷ Specific Instance, *supra* note 1 at 14-15.

³⁸ *Id.* at 18.

³⁹ *Id.* at 17-20.

⁴⁰ *Id.* at 17.

⁴¹ *Id.* at 8.

⁴² *Id.* at 9.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

²⁶ Specific Instance, *supra* note 1 at 7.

²⁷ *Id.* at 7-8.

²⁸ *Id.* at 8.

²⁹ *Id.* at 14.

³⁰ *Id.* at 20.

³¹ *Id.* at 21.

³² *Id.*

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

toire sur le harcèlement sexuel, et a refusé de s'engager avec ses employés sur la formation sur le harcèlement sexuel qu'il prétend suivre dans les autres restaurants.⁴⁶ Elle documente également comment l'administration de Trump a refusé d'appliquer les normes existantes sur le lieu de travail à l'encontre de McDonald's, y compris les lois interdisant le harcèlement sexuel⁴⁷ et les lois qui obligeraient McDonald's à rencontrer, et à négocier avec, ses travailleurs.⁴⁸

Allégations concernant les investisseurs institutionnels APG et Norges

La plainte allègue également que deux des investisseurs de McDonald's, APG Asset Management et Norges Bank, n'ont pas respecté les directives de devoir de diligence de l'OCDE. APG Asset Management est le plus grand investisseur de fonds de pension aux Pays-Bas et l'un des plus importants au monde.⁴⁹ Norges Bank est la banque centrale de Norvège.⁵⁰ Bien que des actionnaires minoritaires, ensemble ils représentent l'une des plus importantes parts d'investissement dans McDonald's : 1,7 milliard de dollars.⁵¹ Les principes directeurs de l'OCDE sur le devoir de diligence exigent que les investisseurs, même minoritaires, enquêtent sur les abus potentiels dans les entreprises dans lesquelles ils investissent et utilisent leur influence pour prévenir ou atténuer les impacts négatifs.⁵² Ce devoir de diligence comprend l'engagement avec les parties prenantes, y compris les travailleurs, qui sont directement concernées.⁵³ En outre, la plainte note que les deux sociétés ont leurs propres engagements déclarés en matière de devoir de diligence et d'investissement socialement responsable.⁵⁴ Les syndicats soutiennent qu'au minimum, la publicité autour du harcèlement sexuel chez McDonald's aurait dû informer APG et Norges du problème.⁵⁵ Cependant, la plainte note que les syndicats ne tiennent pas APG ou Norges pour responsables, mais pensent simplement que, compte tenu de leurs engagements en matière de responsabilité sociale, il serait avantageux pour les travailleurs d'APG et de Norges de participer à toute négociation des PCN.⁵⁶

⁴⁶ Specific Instance, *supra* note 1 at 10-11.

⁴⁷ *Id.* at 13.

⁴⁸ *Id.* at 12.

⁴⁹ *Id.* at 23.

⁵⁰ *Id.* at 24.

⁵¹ *Id.* at 22 ("Norges Bank est le 8ème plus grand investisseur unique dans McDonald's, derrière l'investisseur institutionnel qui inclut les investissements Vanguard, Black Rock et Fidelity").

⁵² Specific Instance, *supra* note 1 at 22 (citant l'OCDE, "Conduite responsable des entreprises à l'intention des investisseurs institutionnels: considérations clés pour le devoir de diligence en vertu des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales" (2017). (2017)).

⁵³ Specific Instance, *supra* note 1 at 25-26.

⁵⁴ *Id.* at 24-25, 26-27.

⁵⁵ *Id.* at 26-27.

⁵⁶ *Id.* at 27.

Le PCN néerlandais devrait enquêter sur la plainte et convoquer les parties à des négociations.

Le PCN des Pays-Bas devrait accepter la plainte « cas spécifique » et convoquer les parties pour des négociations parce que (A) la plainte « cas spécifique » décrit des lacunes importantes aux directives de l'OCDE sur la violence et le harcèlement sexistes de la part de McDonald's et au devoir de diligence des investisseurs institutionnels ; et (B) le PCN néerlandais est le PCN approprié pour enquêter et essayer de résoudre ces problèmes.

La plainte relative à un « cas particulier » décrit des lacunes importantes aux directives de l'OCDE sur la violence et le harcèlement sexistes de la part de McDonald's, et un manque de devoir de diligence de la part des investisseurs institutionnels.

McDonald's n'a manifestement pas respecté les directives de l'OCDE sur la violence et le harcèlement sexistes, et APG et Norges Bank n'ont pas fait preuve de devoir de diligence. Les principes directeurs de l'OCDE interdisent clairement aux responsables de maltraiter les employées parce qu'elles sont des femmes et de les menacer de violence sexiste, y compris de viol et d'autres formes d'agression physique.⁵⁷ Pour ne citer que quelques exemples, il n'existe aucune interprétation de ces principes directeurs qui permettrait à une jeune de seize ans et à sa mère d'être licenciées pour avoir signalé un harcèlement sexuel physique,⁵⁸ ou qui permettrait à un employeur de conditionner une promotion à des faveurs sexuelles.⁵⁹ De même, les principes directeurs plus larges de l'OCDE exigent clairement que les employeurs soient ouverts au dialogue et à la négociation avec leurs travailleurs.⁶⁰ Entre autres choses, le fait que McDonald's insiste sur le fait qu'il n'a aucune obligation légale envers les travailleurs de ses restaurants franchisés, et encore moins de négocier avec eux,⁶¹ ne respecte clairement pas ces directives. Enfin, les investisseurs institutionnels sont tenus d'enquêter sur les entreprises dans lesquelles ils investissent et de tenter de remédier aux problèmes qu'ils découvrent.⁶² Compte tenu de la publicité autour du harcèlement sexuel chez McDonald's,⁶³ APG et Norges ne peuvent pas dire qu'ils n'en étaient pas au courant. Pourtant, ils n'ont rien fait pour y remédier.⁶⁴ Ainsi, le « cas spécifique » décrit des lacunes importantes de la part de McDonald's,

⁵⁷ *OECD Guidelines, supra* note 15 at Chapter IV.

⁵⁸ Specific Instance, *supra* note 1 at 9.

⁵⁹ *Id.* at 8.

⁶⁰ *OECD Guidelines, supra* note 15 at Chapter V.

⁶¹ Specific Instance, *supra* note 1, 12-13.

⁶² OECD, *Responsible business conduct for institutional investors: Key considerations for due diligence under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (2017), <https://mneguidelines.oecd.org/RBC-for-Institutional-Investors.pdf>

⁶³ Specific Instance, *supra* note 1 at 26-27.

⁶⁴ *See id.* at 27.

APG et Norges.

Le PCN néerlandais est le PCN approprié pour enquêter et essayer de résoudre les problèmes dans le « cas spécifique » des syndicats.

Le PCN néerlandais est le PCN principal approprié pour enquêter et essayer de résoudre les problèmes dans « le cas spécifique » des syndicats, et devrait convoquer les parties pour des négociations. Lorsqu'un « cas spécifique » décrit des conditions qui se sont produites dans plusieurs pays, mais qui découlent des mêmes problèmes, les principes directeurs de l'OCDE recommandent une enquête multi-PCN.⁶⁵ Dans les enquêtes multi-PCN, un seul PCN devient le PCN principal. Il n'existe pas de règle claire pour laquelle le PCN devrait être désigné PCN principal. Cependant, les facteurs à prendre en compte sont les suivants : où la plainte a été déposée, où l'entreprise multinationale a son siège social et si les PCN qui pourraient être désignés comme PCN principal n'ont pas la capacité ou la volonté de résoudre le cas spécifique.⁶⁶ Plus important encore, un PCN principal devrait être celui qui est le mieux adapté pour « atteindre... une résolution des problèmes et promouvoir... l'efficacité des principes directeurs. »⁶⁷

Ici, de nombreux cas de harcèlement sexuel se sont produits en Europe. L'Europe est le marché le plus rentable de McDonald's et ses opérations en Europe sont coordonnées en partie depuis les Pays-Bas.⁶⁸ Le PCN des Pays-Bas a l'habitude de faciliter le dialogue entre les employeurs et les travailleurs,⁶⁹ et les opérations européennes de McDonald's ont un historique de négociation avec les syndicats.⁷⁰ De plus, l'un des investisseurs institutionnels a son siège aux Pays-Bas et un autre en Europe.⁷¹ Le seul autre PCN principal éventuellement approprié est le PCN des États-Unis, car McDonald's a son siège aux États-Unis et une grande partie du harcèlement sexuel s'est produite là-bas. Cependant, le PCN américain fait partie du même gouvernement qui refuse de tenir McDonald's responsable du harcèlement sexuel en vertu de ses propres lois.⁷² De même, la direction américaine de McDonald's a catégoriquement refusé de négocier avec ses propres employés,⁷³ *ni même les reconnaître comme employés*,⁷⁴ et a excusé le harcèlement sexuel dans ses propres rangs.⁷⁵ Ainsi, le PCN des Pays-Bas est le mieux placé pour accepter la plainte « cas spécifique » des syndicats, mener l'enquête sur le non-respect par McDonald's des normes de l'OCDE sur la violence et le har-

cèlement sexistes et convoquer les parties pour des négociations sur la façon de résoudre les problèmes.

Selon les directives de procédure du PCN néerlandais, il aurait dû procéder à une évaluation initiale « pour déterminer si un examen plus approfondi par le PCN est justifié » dans les trois mois suivant la réception « dans la mesure du possible ».⁷⁶ Le but de cette évaluation est de déterminer si, entre autres, le PCN néerlandais est l'instance appropriée, si la question est « matérielle et étayée ». Le 19 novembre 2020, le PCN néerlandais a répondu pour informer les syndicats qu'il avait accepté l'instance spécifique et que l'affaire serait ensuite traitée comme trois instances spécifiques parallèles mais coordonnées. Les PCN des États-Unis, de la Norvège et des Pays-Bas dirigeront chacun les problèmes soulevés par leurs juridictions respectives, le PCN néerlandais jouant également un rôle de coordination.

Conclusion

Malgré plusieurs efforts pour tenir McDonald's pour responsable au niveau national de la violence sexiste endémique, la pratique persiste tout au long de ses opérations mondiales, comme cela a été méticuleusement documenté dans le « cas spécifique » des syndicats. En n'abordant pas ce problème de manière systémique et significative, McDonald's et ses investisseurs institutionnels n'ont pas respecté les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un problème qui peut ou sera résolu par la médiation du PCN néerlandais, il pourrait néanmoins fournir un forum utile aux travailleurs de McDonald's et à leurs représentants pour solliciter des engagements de l'entreprise qui, s'ils étaient adoptés, pourraient commencer à se diriger vers la conformité tout au long de ses opérations. Il est donc essentiel que le PCN accepte le « cas spécifique », enquête sur ses allégations et convoque McDonald's, les syndicats plaignants et les investisseurs institutionnels pour des négociations sur la manière de résoudre le problème et de protéger leurs travailleurs.

⁶⁵ Coordination between OECD National Contact Points during Specific Instance Handling 8 (2019).

⁶⁶ See *id.* at 15-16.

⁶⁷ *Id.* at 8.

⁶⁸ Specific Instance, *supra* note 1 at 4.

⁶⁹ *Id.* at 8.

⁷⁰ *Id.* at 7.

⁷¹ Specific Instance, *supra* note 1 at 2.

⁷² *Id.* at 12; see U.S. NATIONAL CONTACT POINT FOR THE OECD GUIDELINES ON MULTINATIONAL ENTERPRISES, U.S. DEPT. STATE, <https://www.state.gov/u-s-national-contact-point-for-the-oecd-guidelines-for-multinational-enterprises/> (last visited September 14 2020).

⁷³ Specific Instance *supra* note 1 at 7.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.* at 7-8.

⁷⁶ Specific instance procedure - Dutch National Contact Point OECD Guidelines for mne's, <https://www.oecdguidelines.nl/notifications/documents/publication/2018/12/05/dutch-specific-instance-procedure> (last visited November 11, 2020).

Le réseau International Lawyers Assisting Workers (ILAW) est une organisation composée d'avocats syndicaux et de défense des droits des travailleurs du monde entier. La mission principale du réseau ILAW est d'unir les praticiens du droit et les universitaires dans un échange d'informations, d'idées et de stratégies afin de promouvoir et de défendre au mieux les droits et les intérêts des travailleurs et de leurs organisations où qu'ils se trouvent.