

ÉGALITÉ, INÉGALITÉS, DISCRIMINATIONS**ESSAI DE DIALOGUE INTERDISCIPLINAIRE DES SAVOIRS JURIDIQUES ET QUANTITATIFS****p. 6 AVANT-PROPOS de Jérôme Porta et Christophe Bergouignan****p. 12 Debbie Collier**

De l'Apartheid à l'action positive : un aperçu de la loi sur l'égalité au travail en Afrique du Sud

p. 24 Supriya Routh

Une Constitution à deux vitesses. Les travailleurs et l'égalité devant la loi en Inde

p. 36 Fábio Rodrigues Gomes et Roberto Fragale Filho

Le principe d'égalité dans le droit du travail brésilien. Brèves considérations propédeutiques sur l'article 461 de la CLT

p. 48 Laurène Joly

L'égalité à l'aune du handicap

p. 60 Benoît Riandey, Catherine Quantin, Anne-Marie Benoît et Olivier Cohen

Proposition d'un dispositif sécurisé de suivi statistique de la diversité dans les entreprises signataires de la Charte de la diversité

p. 68 Laure Mogueu, Tatiana Eremenko, Xavier Thierry et Rose Prigent

Les familles monoparentales immigrées : des familles doublement pénalisées ?

p. 84 Richard Marcoux

Le travail des enfants au Mali : tentative de mesure et inégalités de genre

p. 90 Dominique Meurs

Mesurer les discriminations : les approches des économistes

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE**THÉMATIQUE : OBLIGATIONS IMPLICITES DE L'EMPLOYEUR ET CRÉATION PRÉTORIENNE :
DES EXEMPLES CONTRASTÉS EN DROIT COMPARÉ****p. 99 Allison Fiorentino****Elena Sychenko** (Fédération de Russie)**Nanga Silue** (Côte d'Ivoire)**Juan Pablo Mugnolo et Diego Ledesma Iturbide** (Argentine)**ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES****p. 128** Afrique du Sud**p. 130** Algérie**p. 132** Argentine**p. 134** Australie**p. 136** Autriche**p. 138** Brésil**p. 140** Chili**p. 142** Colombie**p. 144** Espagne**p. 146** États-Unis**p. 148** Fédération de Russie**p. 150** France - DT**p. 152** France - DSS**p. 154** Grèce**p. 156** Italie**p. 158** Lituanie**p. 160** ONU**p. 162** Pays Bas**p. 164** République du Congo
(Congo-Brazzaville)**p. 166** Roumanie**p. 168** Royaume-Uni**p. 170** Serbie**p. 172** Slovénie**p. 174** Turquie**p. 176** Union Européenne - DPS**p. 178** Uruguay





DOSSIER THÉMATIQUE

ÉGALITÉ, INÉGALITÉS, DISCRIMINATIONS
ESSAI DE DIALOGUE INTERDISCIPLINAIRE
DES SAVOIRS JURIDIQUES ET QUANTITATIFS





ÉGALITÉ, INÉGALITÉS, DISCRIMINATIONS

ESSAI DE DIALOGUE INTERDISCIPLINAIRE DES SAVOIRS JURIDIQUES ET QUANTITATIFS

JÉRÔME PORTA

Professeur des universités, COMPTRASEC UMR 5114 CNRS - Université de Bordeaux
Thèmes de recherche : Droit européen, Droit comparé, Droit social international, Droit du travail, Droit de la protection sociale.

CHRISTOPHE BERGOUIGNAN

Professeur des universités, COMPTRASEC UMR 5114 CNRS - Université de Bordeaux
Thèmes de recherche : Démographie des conflits, Démographie du VIH-SIDA, Populations précaires, Impact des mobilités spatiales, Outils prospectifs appliqués aux populations locales.



L'égalité est quelque peu mystérieuse et surprend souvent les contempteurs des partages évidents entre théorie et pratique, savoir et action, droit et fait. *A priori*, l'égalité n'est qu'une simple relation logique, presque tautologique, signifiant l'identité ou plus exactement l'équivalence entre deux objets. Pourtant, dans la référence à l'égalité, semble se joindre organisation sociale et production des savoirs. À cet égard, une attention comparée aux sciences juridiques et aux sciences quantitatives est révélatrice. Droit, économie, sociologie, statistiques, l'ensemble de ces savoirs, de prime abord si peu comparables, ont en commun la référence à l'égalité.

Proposant une telle mise en perspective par l'interdisciplinarité, ce dossier interroge ainsi la façon dont le droit et les sciences sociales quantitatives envisagent l'égalité, les inégalités et les discriminations. Il s'appuie sur huit articles écrits par des collègues, principalement

juristes, mais aussi démographes, économistes, médecins, statisticiens. Ce faisant, il engage à la fois une réflexion sur les contenus attribués à ces deux notions, sur la façon dont leur réalité est établie et construite empiriquement et, donc, plus généralement, sur ces savoirs et leur mode de production.

Une telle mise en parallèle des savoirs juridiques et quantitatifs ne cède-t-elle pas à une illusion d'optique ? Qu'y a-t-il de commun entre l'égalité des juristes et celle des statisticiens ? Que peut-on apprendre d'une telle confrontation de formes de savoirs aussi éloignées ? Le doute naît d'abord du lexique de ces différents savoirs. Fréquemment invoquées dans les discours scientifique, normatif et politique, les notions d'inégalité et de discrimination, le sont de façon fortement polysémique. La variété du lexique et des significations de ces exigences d'égalité ne doit-elle pas faire douter de la pertinence de tout projet de rapprochement ?





ESSAI DE DIALOGUE INTERDISCIPLINAIRE

Du côté du droit, il nous a semblé nécessaire de donner à voir les significations que prend l'égalité pour le savoir juridique en opérant ce pas de côté que permet la comparaison des droits. Plusieurs textes ont ainsi été réunis. Ils ont en commun de concerner l'une des branches du droit où la référence à l'égalité s'est montrée tout particulièrement fertile, le droit du travail. Quatre monographies juridiques témoignent de l'importance qu'y ont pris les normes juridiques d'égalité et de non-discrimination : le Brésil, l'Afrique du Sud, l'Inde et enfin la France. Il ne s'est pas agi de présenter un regard complet sur l'égalité dans chacun de ces systèmes juridiques. Plus modestement, l'objectif poursuivi a été de témoigner de la variété des questions susceptibles d'être juridiquement adressées au nom de l'égalité. Un premier constat ne peut manquer de ressortir de ce large tour d'horizon. La langue du droit est riche d'expressions appelées à caractériser l'égalité : égalité, discrimination, égalité de traitement sont les plus fréquentes. Mais d'autres expressions plus sophistiquées empruntant la forme d'une règle peuvent être identifiées. Le juriste reconnaîtra par exemple la règle dite « à travail égal, salaire égal » commune au droit du travail ou encore sa formulation administrative prescrivant de « traiter de manière équivalente des situations équivalentes ». Toutefois, d'un système de droit à l'autre, aucune convention nécessaire ne semble s'imposer sous la plume des auteurs. Là ne s'arrête pas la fécondité de l'égalité dans la langue du droit. Il faut également de longtemps compter avec la caractérisation de l'égalité par des adjectifs. L'on dit l'égalité en fait ou en droit, formelle, abstraite ou au contraire, matérielle, concrète, substantielle, réelle. Plus récemment, les exigences d'égalité ont pu trouver des traductions plus quantitatives telle la mixité, la parité, voire la diversité qui chacune ne se vérifie que dans une mesure de nature quantitative.

Du côté des sciences quantitatives, une même variété des perspectives portées sur l'égalité témoigne de l'absence d'accord sur une commune définition des exigences d'égalité. C'est notamment le cas pour l'iné-

galité qui, selon les contextes, s'inscrit soit dans un ensemble de variations quasi-synonymiques formé avec les termes « différence », « disparité » voire « dissimilarité », soit les reprend dans une gradation structurée par des considérations normatives, ou encore les associe dans un rapport dialectique relevant parfois de formulations frisant la rhétorique.

En effet, dans le champ des sciences sociales quantitatives, une interprétation de la neutralité axiologique, à la fois restrictive et génératrice de confusions, peut parfois conduire à construire un champ lexical de termes interchangeable autour de la notion d'inégalité. On parlera alors aussi bien de différences, de disparités ou d'inégalités de revenus, de mortalité ou d'accès à l'enseignement supérieur. Conçue en l'absence de référence normative, leur mise en évidence et la recherche des mécanismes de leur constitution peut alors déboucher sur des malentendus ou des paradoxes apparents. Ainsi, l'examen de la diversité des attitudes, comportements et situations n'étant pas distingué selon un repère normatif, il devient impossible d'en extirper l'inégalité et, de ce fait, d'utiliser ces travaux pour promouvoir l'égalité. Dans une telle perspective, les discriminations ne sont pas directement amalgamées à ces constats, mais plutôt convoquées parmi une multitude de facteurs potentiels constituant une sorte « d'entrepôt » interprétatif du foisonnement des différences/inégalités observées. C'est particulièrement fréquent dans le champ de l'analyse territoriale qui concentre un échec de différences et de corrélations tout en recoupant un espace d'intervention publique de plus en plus privilégié.

Ainsi, au-delà de cette impression d'incommensurabilité des savoirs juridiques et quantitatifs, un lieu commun transparaît de ces divers discours, celui de la normativité. Notre hypothèse est que la mise en perspective de ces différentes contributions est révélatrice d'un point de rencontre, la normativité inhérente à ces savoirs. La relation entre normativité et égalité peut ici se décliner sous trois perspectives.





JÉRÔME PORTA ET CHRISTOPHE BERGOUIGNAN

En premier lieu, l'égalité est normative. L'affirmation pourrait sembler ressortir de l'évidence si, tant dans la langue du politique que de celle des juristes, l'on n'opposait pas égalité en droit et égalité en fait. Or l'égalité en fait n'est pas moins conçue par référence à une norme. À défaut, la description de la seule hétérogénéité des phénomènes demeure indépassable. L'égalité s'exprime ainsi nécessairement par référence à une norme. Aussi, les égalités factuelles qu'elles soient dites concrètes, matérielles, réelles, etc. ne sont pas moins normatives. Toutefois, la norme de référence ne sera pas systématiquement juridique. Les mesures statistiques de l'égalité ne sont pas plus factuelles que l'égalité dite juridique. En revanche, elles se donnent d'autres normes pour référence. Seule une perspective interdisciplinaire permet de révéler la diversité des normativités pouvant être convoquées au nom de l'égalité.

En second lieu, l'égalité permet la « mise en norme » de ces savoirs. Le droit comme les statistiques impliquent des références à l'égalité pour subsumer des phénomènes particuliers sous des normes communes.

C'est bien évidemment le cas du droit lorsque l'égalité y est comprise comme égalité devant la loi. Cette première idée de l'égalité est directement liée à une certaine conception des opérations d'application du droit et de la règle de droit. En effet, le principe d'égalité devant la règle de droit exprime l'obligation d'appliquer les normes juridiques générales aux cas concrets, en conformité avec ce que celles-ci prescrivent. La référence à l'égalité devant la loi est ainsi inhérente à l'idée d'application : l'application correcte de la norme juridique générale implique qu'elle soit appliquée de manière égale aux situations et individus qu'elle vise...¹. En quelque sorte, il y a là l'affirmation d'un principe nécessaire à l'idée même de norme. Autrement dit, se confondant avec l'exigence de régularité de l'application du droit en général, le principe de l'égalité devant la règle est « immanent à tout ordre juridique »², dès lors du moins que celui-ci est défini comme un ensemble de règles. Selon H. Kelsen, « poser l'égalité devant la loi, c'est poser simplement que les organes d'application du droit n'ont le droit de prendre en considération que les distinctions qui sont faites dans les lois à appliquer elles-mêmes, ce qui revient à affirmer tout simplement le principe de la régularité de l'application du

droit en général : principe qui est immanent à tout ordre juridique, et le principe de la légalité de l'application des lois, qui est immanent à toutes les lois, – en d'autres termes le principe que les normes doivent être appliquées conformément aux normes. Ce qui revient à énoncer tout simplement la signification qui est immanente aux normes juridiques »³.

Du côté des sciences quantitatives, la référence à l'égalité permet des opérations relativement similaires. Les opérations de la quantification impliquent de pouvoir subsumer des phénomènes particuliers tout en les tenant pour équivalents, toutes choses égales par ailleurs. Ces jugements d'équivalence sont implicites à tout un ensemble d'activités requises par les opérations statistiques : catégorisation, mise en exergue de disparités,... La référence à des catégories telles l'âge, le sexe, voire même l'humanité impliquent de manière nécessaire la considération de normes. Le redressement des cas limites en statistique va en particulier justifier des opérations d'application de la part du statisticien assez analogue à un jugement juridique d'application.

Sans aller trop loin dans cette mise en parallèle des méthodologies juridiques et quantitatives, il est remarquable que le droit comme les sciences quantitatives, en raison même de leur normativité, impliquent de faire référence à l'égalité. De ces opérations, chacune des deux méthodologies tirent leur prétention à la neutralité axiologique, ou du moins à une objectivation des jugements requis par ces activités d'évaluation du monde.

En troisième lieu, l'égalité a une fonction critique des normativités. Les références à l'égalité peuvent être mobilisées pour mettre en cause ou tout au moins à l'épreuve un certain état : une décision, une réglementation, une répartition des richesses ou des emplois.

Cet usage critique de l'égalité est à la base des mesures mises en œuvre dans le cadre des sciences quantitatives qui visent à la mesure des inégalités, des discriminations subies, ressenties. Celle-ci requière en effet un jugement de valeur sur la légitimité des disparités que constate l'observateur.

Ainsi, la mesure de l'égalité implique nécessairement dans le choix la comparaison et de la norme d'équivalence

¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2^e éd., p. 146.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*





AVANT-PROPOS

pris pour mesure de l'égalité une évaluation, un jugement porté sur l'état du monde. Pour cette raison, ces mesures peuvent impliquer des jugements de valeur plus ou moins prégnants. Fort de ce constat, l'on peut par exemple proposer l'adoption d'une gradation normative pour ordonner les notions de différence de disparité, d'inégalité,... et éviter une telle confusion entre une neutralité axiologique affichée et une multiplicité d'interprétations sous-entendues. Selon cette gradation, la différence renverrait à la non-identité entre des situations ou des comportements susceptibles d'être empiriquement observée sans que celle-ci ne relève d'autre chose que de facteurs, *a priori*, indépendants d'actions humaines. Dans le champ de la démographie, il en va ainsi de la surmortalité des garçons pendant leurs premières années qui provient de facteurs constitutifs et se trouve donc être observée dans la plupart des sociétés. *A contrario*, la surmortalité des filles pendant leurs premières années principalement observée en Inde et en Chine ne peut être considérée comme une simple différence. Dans cette logique, le recours à la notion d'inégalité dépasserait la simple différence et qualifierait des écarts de situations et de comportements résultant de processus sociaux dont ils ne sont pas une des finalités.

On pourrait tenter une distinction plus subtile entre la disparité, plus neutre en termes de valeur, et l'inégalité qui renverrait alors au bénéfice d'une ressource matérielle, culturelle et/ou symbolique. Selon cette gradation, la discrimination apparaîtrait comme une inégalité, conséquence directe ou indirecte de processus sociaux dont elle serait la finalité. En la spécifiant davantage, elle se définirait aussi par son caractère illégitime. Ce dernier élément qui vient renforcer le poids des considérations normatives dans cette gradation pose la question de la perception de cette illégitimité par les acteurs sociaux. Dans certaines situations, par exemple, les discriminations dont les petites filles peuvent être victimes au sein de leur famille pour se trouver enrôlées dans un travail précoce (souvent en partie domestique, comme le montre l'article de Richard Marcoux), ces processus socialement intériorisés par les auteurs, les victimes et les bénéficiaires ne seront perçus comme illégitimes qu'à partir de références extérieures. Caractériser la notion de discrimination par son illégitimité suppose donc de définir clairement ce qui fonde cette illégitimité, éventuellement en se plaçant d'un point de vue extérieur au champ de manifestation de la discrimination.

Dans une logique plus dialectique, les notions d'inégalité et, partant de là, de discrimination, peuvent s'articuler à celle de différence, plutôt qu'en constituer des sous-ensembles délimités par des conditions de plus en plus restrictives. Cette articulation définit les inégalités, comme renvoyant nécessairement à des écarts d'accès à une ressource où à une situation résultant plus ou moins directement de différences existant entre des personnes. Fortement structurant, ce cadre conceptuel peut s'avérer contraignant puisqu'il présuppose l'identification préalable de catégories de personnes pour observer les inégalités qu'elles peuvent subir. Si l'on suit ce raisonnement, on ne pourrait pas parler d'inégalité de revenus en analysant simplement leur distribution dans l'ensemble d'une population mais uniquement en établissant l'existence d'un écart de revenu entre au moins deux sous-ensembles susceptibles d'être caractérisés par une ou plusieurs différences. Par ailleurs, qu'il s'agisse de revenus, de santé, d'éducation, de logement, les groupes entre lesquels il existe des écarts de bénéfice des ressources sont divers tout en se recoupant en partie ; démêler leur enchevêtrement causal dans la production de l'écart observé peut s'avérer problématique. Autrement dit, adopter cette logique d'articulation entre différence et inégalité expose à se focaliser sur certains critères en fonction de la façon dont les sociétés (parfois relayées par le monde académique et les institutions) construisent leur caractère plus ou moins relevant dans le registre des inégalités et des discriminations. Ainsi, les premiers travaux mesurant les inégalités de mortalité au sein des pays le faisaient en distinguant blancs et noirs aux États-Unis d'Amérique et entre groupes sociaux en France. Il est pourtant très improbable qu'en matière d'inégalité de mortalité il n'y ait eu, à cette époque, que de la « race » aux États-Unis et que de la « classe » en France. Cette variabilité de la relevance sociale des différences structurant l'analyse des inégalités pose sans doute encore plus problème lorsqu'il s'agit de mettre en place des dispositifs normatifs de lutte contre ces inégalités et les éventuelles discriminations qui les favorisent. S'agissant de ces dernières, cette attribution sociale de la recevabilité d'un critère structurant leur manifestation peut s'avérer moins biaisée, puisqu'on imagine difficilement que des processus discriminatoires, par nature intentionnels, puissent être mis en œuvre en dehors de tout système collectif de représentation. Chercher à articuler différences et inégalités dans un rapport dialectique peut parfois s'avérer très fécond pour comprendre comment celles-ci s'insèrent dans le champ des représentations et des rapports sociaux, ce qui est déterminant pour





JÉRÔME PORTA ET CHRISTOPHE BERGOUIGNAN

analyser les discriminations, mais sans doute trop restrictif pour mesurer les seules inégalités.

Les méthodes permettant de mesurer les inégalités sont d'une complexité variable. Elles vont de la simple quantification de la dispersion de la distribution de biens, de ressources ou de conditions de vie dans une population aux modèles statistiques permettant de décomposer les facteurs qui se combinent pour produire ces inégalités, tout en distinguant ce qui renvoie aux caractéristiques des individus (histoire de la personne, appartenance à un groupe,....) et à leur environnement (géographique, professionnel, scolaire,....). Cette décomposition des mécanismes à l'origine des inégalités a pour finalité première le contrôle d'éventuels effets de variables cachées. L'article de Laure Moguerou, Tatiana Eremenko, Xavier Thierry et Rose Prigent, montre ainsi comment la situation défavorable des mères seules immigrées en matière d'emploi, résulte d'un cumul de désavantages (faible qualification, maternité précoce,...) dont la prise en compte dans une modélisation multivariée n'efface cependant pas le rôle de leur parcours migratoire. Ce type d'analyse permet aussi de montrer comment des situations d'égalité apparente dissimulent des processus inégalitaires. L'article de Richard Marcoux est, à cet égard, tout à fait évocateur, puisque la réussite scolaire équivalente des filles et des garçons au Mali, se révèle être, en fait, le produit d'une mise au travail domestique beaucoup plus fréquente pour les filles. Le modèle multivarié qu'il utilise, montre, en effet, qu'à implication égale dans ce travail domestique, les filles réussissent en fait bien mieux à l'école que les garçons. Cet exemple qui se situe à la limite entre inégalité et discrimination (bien que celle-ci semble socialement intériorisée et interne à la famille) illustre ainsi les potentialités de ce type de modélisation pour tenter de mettre en évidence les phénomènes discriminatoires. Dans son article, Dominique Meurs replace ces formes d'analyse statistique « toutes choses égales par ailleurs » au sein de l'ensemble des méthodes susceptibles d'être mobilisées dans cet objectif. Elle montre, à la fois, le principe qui rassemble ces méthodes (la volonté d'opérer une comparaison entre des groupes qui ne diffèrent que par la caractéristique supposée à l'origine de la discrimination), et les dispositions pratiques qui les séparent. Plus largement, elle explique les exigences de la comparaison chiffrée et enrichit ainsi la compréhension de la distinction entre la preuve statistique et la preuve juridique.

La collecte des données joue un rôle important dans la capacité des sciences sociales quantitatives à démontrer l'existence de discriminations – et d'inégalités –, la modification de certains dispositifs de recueil des informations, peut ainsi permettre quelques avancées dans ce domaine. L'article de Benoît Riandey, Catherine Quantin, Anne-Marie Benoît et Olivier Cohen, indique comment des dispositifs innovants (mais déjà utilisés dans d'autres champs : infection par le VIH, étudiants, ...) d'appariement sécurisé des éléments de parcours professionnel peuvent permettre de repérer des discriminations dans la gestion des carrières et des recrutements.

Les contributions issues du droit du travail témoignent aussi de cet usage critique de la référence à l'égalité. Les manifestations de cette fonction juridique de l'égalité comme évaluation critique des partages juridiques ou sociaux est en réalité assez récente. Dans le droit français, longtemps, l'égalité a été davantage invoquée comme justification du régime du contrat de travail. C'est alors la référence à l'inégalité (entre l'employeur et le salarié) dont il est question pour expliquer l'originalité du droit du travail, distinct d'un droit des contrats fondé sur le présupposé d'une égalité abstraite entre les contractants. Plus récemment, les règles d'interdiction des discriminations et d'égalité de traitement prohibant les distinctions arbitraires entre salariés ont servi de référence pour le juge afin de contrôler les décisions patronales. La mise en œuvre de ces règles ouvre alors dans le droit à deux types de disputes, celle de la comparabilité des situations d'une part, celle de la justification des distinctions d'autre part.

Les exigences juridiques d'égalité impliquent la définition d'un cercle des égaux à l'intérieur duquel peuvent être comparées les situations des salariés. Autrement dit, la règle d'égalité ne trouve à s'appliquer qu'à des situations comparables. Tel fut le débat un temps devant la Cour suprême brésilienne à propos du travail dit intellectuel. Alors que la comparabilité des travaux manuels ne paraissait pas faire difficulté, celle des travaux intellectuels n'était-elle pas douteuse ? Telle est la dispute dont rend notamment compte la contribution de Fabio Rodrigues Gomes et de Roberto Fragale Filho devant le *Tribunal Superior do Trabalho*. La contribution intellectuelle des salariés ne devait-elle pas être considérée comme incommensurable ? La référence à l'égalité permet ainsi la mise à l'épreuve d'une des distinctions un temps importante pour les législations nationales du travail entre col blanc et col bleu, manuel et intellec-





AVANT-PROPOS

tuel, distinction que recouvre imparfaitement le partage aujourd'hui critiqué au nom de l'égalité entre cadre et non-cadre (employé et ouvrier) dans le droit français. Ce sont les partages impliqués par la définition de ce cercle des égaux que la mise en œuvre judiciaire de la règle d'égalité peut conduire à critiquer. Ce peuvent être jusqu'aux frontières de l'égalité qui sont ainsi mises à l'épreuve au nom de l'égalité. La contribution de Supriya Routh est à cet égard exemplaire. Il y interroge l'application de la législation du droit du travail aux travailleurs formels laissant hors de la protection légale les travailleurs informels. En quelle mesure cette fragmentation des statuts légaux, opérant une graduation au sein de la précarité selon le degré de proximité à l'égard du modèle légal de la relation d'emploi est-elle justifiable au nom de l'égalité proclamée par la Constitution indienne ? La question intéresse évidemment au-delà du droit indien, voire de la distinction entre le travail formel et informel, l'ensemble des législations du travail étant confronté à une précarisation, cause d'un éclatement des statuts du travailleur. La réponse du juge indien n'en est évidemment que plus déficiente.

D'autre part, les différences de traitement ne seront pas forcément stigmatisées par le droit. Elles peuvent être justifiées. Chacune des contributions permet de découvrir l'éventail contraint des justifications aux différences de traitement. Est ainsi dévoilée la variété des justifications mobilisables dans le champ du droit du travail, révélatrice des valeurs (communes ?) à l'œuvre quand est en jeu le travail. Mais, ce peut-être aussi plus fondamentalement la définition même du motif de la discrimination qui peut être objet de débat. La contribution de Laurène Joly permet ainsi de mieux saisir l'ambivalence de la caractérisation du handicap selon que prévalent des critères biomédicaux ou sociétaux. À cette dualité des définitions du handicap fait écho celle des instruments de lutte contre les inégalités liées au handicap dans le cadre professionnel. Laurène Joly montre ainsi comment coexistent, dans le droit, deux types de dispositifs : les aménagements raisonnables au service d'une égalité différentielle et des actions positives sous forme de quotas d'embauche en faveur des personnes en situation de handicap. D'une manière analogue, Debbie Collier montre comment la fin de l'Apartheid et la lutte contre les discriminations raciales ont requis de renouveler de manière décisive les conceptions de l'égalité et de la discrimination. Il est alors remarquable de noter à quel point la compréhension des discriminations systémiques dont est victime la majorité de la population sud-africaine a

conduit à déployer un ensemble d'instruments et d'actions positives en faveur de l'égalité.

Compréhension des inégalités et dispositifs juridiques en faveur de l'égalisation entretiennent ainsi des relations fortes. La mise en perspective des discours juridiques et des sciences quantitatives sur l'égalité et la discrimination offre un lieu d'observation riche des normativités à l'œuvre dans chacun de ces ordres du discours. Elle témoigne des articulations nécessaires entre les modes de connaissance des inégalités et les formes d'action et de lutte contre les inégalités et les discriminations. Toutefois, ce comparatisme des normativités ne doit pas être compris comme une invitation à la quête illusoire d'une homogénéisation des évaluations et des mesures. Il paraît, au contraire, enjoindre à (re)penser les exigences d'égalité dans le contexte du pluralisme des épreuves auxquelles l'égalité soumet tant l'activité sociale que, de manière plus proche, nos expériences de vie sociale.



FÁBIO RODRIGUES GOMES

Juge du Travail Titulaire de la 41^a Vara do Trabalho du Rio de Janeiro
Professeur de Droit de la Procédure du Travail à l'Université de l'État de Rio de Janeiro (UERJ).

ROBERTO FRAGALE FILHO

Juge du Travail Titulaire de la 1^a Vara do Trabalho de São João de Meriti
Professeur à l'Université Fédérale Fluminense (UFF).

LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ DANS LE DROIT DU TRAVAIL BRÉSILIEN. BRÈVES CONSIDÉRATIONS PROPÉDEUTIQUES SUR L'ARTICLE 461 DE LA CLT



ABSTRACT

Like the western Labour laws, the Brazilian Labour law aims the legal equalization of the imbalances between the contracting parties. This equalization has been gradually densified in order to provide the employee the legal tools for the strengthening of its freedom from the omnipotence of the employers. This article outlines the current institutional dialogue between the Legislature and Judiciary, as for the implementation of an specific article of the *Consolidação das Leis do Trabalho*, which is the most emblematic system regarding the equality principle influence on the Brazilian Labour law.

KEYWORDS : Brazil, Legal equality, Labour law.

RÉSUMÉ

À l'instar des droits du travail occidentaux, le droit du travail brésilien a pour finalité principale l'égalisation juridique des déséquilibres entre parties contractantes. Cette égalisation s'est densifiée au cours des ans afin de fournir au salarié les outils juridiques nécessaires au renforcement de sa liberté face à la puissance patronale. Cet article propose d'exposer l'actuel dialogue institutionnel entre le législatif et le judiciaire quant à la mise en œuvre du dispositif le plus emblématique de l'influence du principe de l'égalité sur le droit du travail au Brésil, à savoir l'article 461 de la *Consolidação das Leis do Trabalho*.

MOTS CLÉS : Brésil, Égalisation juridique, Droit du travail.





Lorsque nous réfléchissons sur la construction du droit du travail dans le monde occidental, un point de départ s'impose inévitablement, le principe d'égalité¹. Mais, si par hasard, nous cherchons à penser le principe d'égalité dans le droit contemporain, une conclusion s'imposera à nous : le droit du travail est devenu, sinon le point de départ de l'égalité, du moins la condition de sa réalisation². Pour ce qui relève de la première réflexion, celle de la genèse du droit du travail, il n'est pas nécessaire de dépenser beaucoup d'énergie pour en apporter la preuve : il suffit de rappeler l'inégalité économique et existentielle brutale entre ceux qui n'avaient à offrir que leur force de travail sur des marchés naissants et les quelques autres qui les embauchaient à un prix d'aubaine, augmentant ainsi leurs profits au prix de la santé et, littéralement, de la vie des premiers³. Pour la seconde enquête, celle de la place de l'égalité dans l'État de droit moderne, il faut tout d'abord rappeler que l'égalité révolutionnaire fut formelle, principe axiologique d'un nouveau modèle institutionnel soutenu par la présumée (et abstraite) valeur égale de chaque individu. Cependant – et là est la rencontre entre égalité et travail – cette construction formelle de l'égalité fut mise à mal en une période, relativement brève dans le sablier de l'histoire, mais extrêmement longue pour l'horloge biologique de ceux qui travaillaient, au cours de laquelle le concret de la vie pratique liquéfia la belle théorie⁴. Cette contrefaçon que constitue l'égalité de l'État libéral bourgeois, dissimulant l'inégalité *de facto* (ou la plus-value) du monde réel, a eu pour effet de renforcer et de diffuser un sentiment de soli-

darité, précédemment réservé à l'environnement familial⁵. Né dans les ateliers des usines, il s'est rapidement étendu à toute la société en contaminant jusqu'aux fondements de l'État, amenant à la conscience l'énorme futilité d'une liberté de choix dépourvue des ressources matérielles minimales, celles de la survie⁶. Comment garantir la fixation d'un prix juste pour le travail, si, à la fin de la journée, celui qui embauchait réunissait tous les atouts dans sa main et l'embauché restait enchaîné par le besoin et la faim ? Équilibrer cette relation injuste est devenue l'une des tâches urgentes de l'État de droit, quand l'inertie (et le *statu quo*) risquait de détruire le peu de sécurité juridique et la fragile paix sociale⁷. Là se noue une symbiose parfaite, celle de l'égalité et du droit du travail. Le second est né d'une mise en cause de la première, mais, après la douleur de l'accouchement, le droit du travail est parvenu à combler le grand vide de légitimité dont l'égalité était porteuse.

Cela dit, tournons notre regard vers le droit du travail brésilien. Bien qu'il n'ait pas la même histoire que les droits du travail occidentaux, comme Thomas Marshall⁸, nous pouvons affirmer, sans crainte d'erreur, qu'il s'agit d'une branche du droit soutenue par un même pilier, le principe d'égalité. Ici, comme à l'étranger, le droit du travail est justifié principalement par la nécessaire égalisation juridique des déséquilibres entre parties contractantes⁹. Le salaire minimum, les vacances, les repos hebdomadaires et les temps de pause et les durées maximales du travail sont des exemples de droits des travailleurs subordonnés au Brésil, concrétisant les droits fondamentaux que ceux-ci soient compris dans une perspective formelle (positivisme

¹ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 13 suiv.

² J. Canotilho, J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra : Livraria Almedina, 7ème édition, 2003, p. 156. Voir aussi G.M. Dray, *O princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra : Livraria Almedina, 1999, p. 67 suiv.

³ L.R. Sanseverino, *Curso de direito do trabalho (traduction de Elson Guimarães Gottschalk)*. São Paulo : LTr, 1976, p. 9 suiv.

⁴ J. Miranda, *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Direitos fundamentais. Coimbra : Coimbra Editora, 3ème édition, 2000, pp. 31-32.

⁵ F.R. Gomes, *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008.

⁶ R.L. Torres, *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, pp. 35-40.

⁷ A. Supiot, *op. cit.*, 1994, pp. 33-38.

⁸ Pour un regard historique et une critique de l'assimilation et de l'évolution temporelle des droits fondamentaux (individuels, politiques, sociaux et meta-individuels) dans le contexte brésilien, voir J.M. de Carvalho, *Cidadanias no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2004.

⁹ A. Supiot, *op. cit.*, 1994, p. 111 suiv.



FABIO RODRIGUES GOMEZ ET ROBERTO FRAGALE FILHO

constitutionnel)¹ ou dans une perspective matérielle (faisant dériver les droits de travailleurs de la dignité humaine dans le prolongement de la matrice kantienne)². Mais le rééquilibrage ne s'arrête pas ici.

Même avant l'adoption de la Constitution de 1988, le Parlement, rectius, le législateur s'était déjà occupé de concrétiser l'égalité matérielle, au sein de la relation d'emploi. L'article 121, §1^o, a de la Constitution de 1934, l'article 157, II de la Constitution de 1946, l'article 158, III de la Constitution de 1967, les articles 5^o (prescrit par le Décret-Loi n^o 5.452/1943) et 461, caput de la Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), le code du travail brésilien (modifié par la Loi n^o 1.723/1952), le Décret n^o 41.721/1957 (ratifiant la Convention 100 de l'OIT) ainsi que le Décret n^o 62.150/1968 (ratifiant la Convention 111 de l'OIT) en sont des exemples significatifs. Autrement dit, de longue date, les manifestations du principe de l'égalité dans le droit du travail brésilien se sont densifiées pour fournir au salarié les outils juridiques nécessaires au renforcement de sa liberté face à la puissance de l'employeur.

Les institutions brésiliennes sont néanmoins allées plus loin encore. Elles ont eu le souci, porté par une réglementation dédiée, de lutter contre les discriminations arbitraires (démunies de justification raisonnable ou plausible) et odieuses (guidées sur des critères répudiés par le système juridique) dont le salarié pouvait être victime, malgré ou en dépit de sa volonté censée être libre et claire³. Il faut ici souligner l'impression de prolixité du droit en la matière tant les initiatives sont abondantes⁴. Que notre lecteur soit pour autant rassuré, notre objectif dans cet essai n'est pas d'embrasser le monde et toutes les possibilités d'application du principe d'égalité dans le droit brésilien. Face à l'immensité du thème proposé (allant de la simple discrimination directe à la discrimination indirecte subtile et

parfois obscure⁵), nous serons plus modestes. Il s'agira ici de rendre compte de l'actuel dialogue institutionnel entre le législatif et le judiciaire à propos de la mise en œuvre du dispositif le plus emblématique de l'influence du principe de l'égalité sur droit du travail dans notre pays : l'article 461 de la CLT⁶. Certes, notre parcours ne sera pas long, mais suffisant pour que nous puissions ensemble être admiratifs, effrayés, voire fiers des solutions mises en œuvre pour promouvoir et concrétiser ce fragment du principe de l'égalité dans le droit du travail brésilien.

I - L'Égalité salariale renforcée

Comme précédemment mentionné, l'article 461, caput de la CLT établit une règle dont l'opérateur déontique prescrit une conduite selon un critère d'apparence simple : si les salariés occupent les mêmes fonctions au service d'un même employeur et au même endroit, alors ils doivent recevoir un salaire égal, sans distinction de sexe, de nationalité ou d'âge. Cependant, dès la formulation de cet énoncé abstrait, le législateur a limité cette égalisation, car l'utilisation aveugle des critères spécifiés (« même fonction, endroit et employeur ») pourrait embrasser plus de situations que prévu. Ainsi, il en restreignit la portée excessive⁷. De quelle manière ? En établissant des exceptions : d'une part, si le salarié-modèle est plus productif ou si son travail est d'un point de vue technique de meilleure qualité, alors le demandeur ne doit pas être mis à égalité (§1^o, 1^{ère}

¹ Voir la Constitution Fédérale du Brésil de 1988, plus précisément les articles 7^o à 11.

² F.R. Gomes, *Direitos fundamentais dos trabalhadores: critérios de identificação e aplicação prática*. São Paulo : LTr, 2013..

³ E. Mallet, « Igualdade, discriminação e direito do trabalho ». *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 103, janvier/décembre, 2008.

⁴ À titre d'exemple, nous pouvons mentionner l'article 7^o, XXIX, XXX, XXXI, XXXII et XXXIII de la Constitution de 1988, la Loi n^o 8.213/1991, la Loi n^o 9.029/1995, la Loi n^o 9.799/1999, la Loi n^o 10.741/2003 et la Loi n^o 12.288/2010.

⁵ À propos des multiples facettes d'inclusion du principe de l'égalité dans le droit du travail, voir XV Congresso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. Madrid : Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004. Pour une application de l'approche de la « théorie de l'impact disproportionné », l'étude conséquentialiste et des preuves statistiques contenues dans la gestion de la discrimination indirecte dans le droit du travail brésilien, voir F.R. Gomes, « Discriminação racial no contrato de emprego », in I.S. Garcia (Org.), *Direito do trabalho nos 25 anos da Constituição*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 75 suiv.

⁶ À propos des limites et possibilités d'un "dialogue institutionnel", voir R. Brandão, *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais - A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2012. Voir aussi C. De Almeida Silva et alli, *Diálogos institucionais e ativismo*, Curitiba : Juruá, 2010.

⁷ F. Schauer, *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge : Harvard University Press, 2009.





partie) ; d'autre part, si le salarié-modèle a plus de deux ans d'ancienneté dans la fonction, alors le demandeur ne doit pas être mis à égalité (§1^o, 2^{ème} partie) ; en outre, si l'employeur a prévu un plan de carrière pour le personnel, avec des promotions alternées au mérite et à l'ancienneté, alors le demandeur ne doit pas être mis à égalité (§2^o) ; et, enfin, si le salarié-modèle est un travailleur reclassé en raison d'un handicap physique ou mental certifié par les organismes compétents, alors le demandeur ne doit pas être mis à égalité (§4^o). À vrai dire, l'idée d'égalité, en soi, est vide⁸. Dire que Michel est égal à Simon est peu signifiant, car la question suivante reste dans l'air : égaux en quoi ? L'âge, la taille, le poids, l'orientation sexuelle, l'origine nationale, le statut matrimonial, bref, il y a beaucoup de critères possibles pour évaluer la véracité de cette assertion.

Lors de la promulgation de la CLT en 1943, le principe d'égalité ne semblait avoir d'autres préoccupations que financières⁹. Ce qui est parfaitement compréhensible, puisque l'obligation de l'employeur de verser le salaire est un élément essentiel de tout contrat de travail. Cependant, pour le droit du travail contemporain, ce paramètre juridique est devenu insuffisant. Pour un État démocratique et constitutionnel de Droit personnaliste et anthropocentrique¹⁰, l'attention à d'autres dimensions de l'individu considérées comme critères à prendre en compte ou, au contraire à ignorer, est devenue essentielle pour la préservation de l'humanité sur le lieu de travail. C'est la raison pour laquelle la Constitution de 1988 a posé dans son article 7^o, l'interdiction pour l'employeur de discriminer ses salariés en raison du sexe, de l'âge, de la race, de l'état matrimonial ou du handicap. L'employeur ne peut les différencier en fonction de ses caractéristiques physiologiques et/ou existentielles.

Après cette courte rétrospective historique, il nous faut maintenant aborder l'interprétation de l'article 461 de la CLT par les juges dans ce contexte institutionnel et discursif renouvelé. Lorsque nous considérons la norme comme le résultat d'un effort commun dans lequel la « volonté » morale et politique exprimée par le Parlement devrait servir, autant que possible, de directive d'interprétation pour

ceux qui sont chargés de l'appliquer « techniquement » dans le quotidien judiciaire¹¹. En effet, connaître par cœur tous les articles de la Constitution et de la CLT ne serait d'aucune utilité, dès lors que nous n'avons pas la moindre idée de ce qui se fait de façon effective avec cet attirail normatif¹². Bref, pour dessiner cette règle à l'image et à la ressemblance du principe qui lui a donné naissance, les juges du travail doivent interpréter la norme juridique, démocratiquement posée, non seulement en regard de ses hypothèses génériques et abstraites, mais aussi des exceptions et des nombreuses autres applications juridiques particulières. Cependant, lorsque nous examinons le sens et la portée du principe d'égalité consacré par l'article 461 de la CLT, nous ne devons pas oublier qu'il s'agit d'une route à double sens. Au-delà du risque d'arriver nulle part, il serait imprudent de ne pas étudier le stock précieux de décisions judiciaires, de ces expériences accumulées au cours des ans¹³. Agir ainsi reviendrait à nous laisser envôûter par la beauté inaccessible des étoiles (ou les concepts ineffables des formalistes) à la façon de Thalès de Mileto, pour trébucher sur les graviers placés devant de nous, au raz du sol, là où nous aurions oublié de porter notre regard.

II - Le sens et la portée de l'article 461 de la CLT

Mais par où commencer ? Sans plus tarder, nous frappons à la porte de ceux qui détiennent – institutionnellement – le dernier mot sur l'interprétation du droit du travail brésilien. Pour comprendre le contenu normatif de l'article 461 de la CLT, il nous faut examiner ce qui a été dit par l'organe supérieur des tribunaux du travail au Brésil. En prenant un raccourci dans une longue histoire, nous nous proposons d'analyser l'Énoncé¹⁴ n^o 6 du Tribunal Superior do

⁸ R. Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais* (traduction de Virgílio Afonso da Silva). São Paulo : Malheiros, 2008, pp 396-400..

⁹ E. Mallet, Estêvão, *op. cit.*, 2008, pp. 243-244.

¹⁰ J.J. Gomes Canotilho, *op. cit.*, 2003, pp. 100 et 243 suiv.

¹¹ H. Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo : Malheiros, 8^{ème} édition, 2008, pp. 30-31.

¹² N. McCormick, *Retórica e o Estado de Direito (traduction de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo)*, Rio de Janeiro : Elsevier, 2008, p. 329 et suiv. ; C.P. de Souza Neto et D. Sarmiento, *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, Belo Horizonte : Fórum, 2012, pp. 421-423.

¹³ La Justice du Travail brésilienne a reçu en 2014 près de quatre millions de nouvelles affaires. Pour les statistiques, voir le rapport « Justiça em Números » à la page www.cnj.jus.br.

¹⁴ Les tribunaux supérieurs brésiliens utilisent le mot latin



FABIO RODRIGUES GOMEZ ET ROBERTO FRAGALE FILHO

Trabalho (TST). En effet, ce qui semblait simple lors d'une lecture superficielle a été à l'origine de moultes controverses dans les vingt-quatre tribunaux régionaux du travail brésiliens. Rien de nouveau sous le soleil. En fait, le dispositif inscrit dans l'article 461 de la CLT produit les mêmes doutes sémantiques en raison de la texture ouverte inéluctable et de l'incontournable jugement de valeur qu'implique l'activité herméneutique de tout interprète. Dès le début, dans la section I de l'Énoncé n° 6, le TST a restreint la portée du §2° de l'article 461 de la CLT de manière à conditionner l'interdiction des inégalités aux seuls cas où le plan de carrière, c'est-à-dire, l'organisation du personnel d'une façon structurée en prévoyant des promotions alternées au mérite et à l'ancienneté, soit approuvé par le Ministère du Travail, sauf si l'acte a été approuvé administrativement par l'employeur public, membre de l'administration publique, d'une autorité indépendante ou d'une fondation. Il s'agit, à notre avis, d'une condition pour le moins critiquable. Parce qu'elle met en cause la validité de l'acte juridique adopté par un sujet de droit capable et, ce qui est pire, sans aucun soutien légal explicite. Autrement dit, le TST a imposé une formalité *ad solemnitatem* en dehors de la loi et, par conséquent, a diminué la liberté de l'entreprise à structurer et à distribuer des fonctions à l'ancienneté et au mérite. L'employeur ne peut-il pas s'organiser de la façon qu'il estime la plus efficace pour la réalisation des objectifs de l'entreprise ? Quelles sont les fondements d'une telle restriction ?

Pour faire de la lumière sur cette grave limitation jurisprudentielle – puisqu'elle atteint de plein fouet la libre initiative, l'un des principes fondamentaux de la République brésilienne¹⁵ – nous avons examiné les fondements (*la ratio decidendi*) de l'un des précédents à la base de l'Énoncé n°

6 : l'Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUJ-RR) n° 177.398/95.7, publié le 09.02.2001, dont le rapporteur était le magistrat Milton de Moura França. Mais assez étonnamment, du début à la fin de l'arrêt, il n'y a aucun mot de justification, ni normative ni pragmatique, à l'appui de cette exigence du sceau de l'État pour valider la décision de l'entreprise de gérer ses salariés selon un plan de carrière. En lieu et place, l'on ne trouve qu'un raisonnement circulaire en vertu duquel l'obligation doit être exigée car la Cour s'est déjà prononcée en ce sens par le passé. Nous persévérons, donc : pourquoi ? Une fois encore, nous nous tournons vers un autre précédent mentionné par TST, le Recurso de Revista (RR) n° 465.522/98, publié le 10.09.1999, dont le rapporteur était le magistrat Francisco Fausto Paula Medeiros. Et, là également, le sujet n'est pas clair. À vrai dire, la présomption de légitimité des actes de l'employeur participant à l'administration publique, excluant ainsi la nécessité d'approbation, est mentionnée. Cependant, s'agissant des employeurs privés, aucune précision n'est apportée sur les raisons légales de cette exigence judiciaire. Mais pourquoi l'organisation du personnel selon un plan de carrière doit-elle être validée par le Ministère du Travail ? D'après ce que nous lisons, il nous semble y avoir là un raisonnement *a contrario*, selon lequel l'absence de légitimité (la mauvaise foi contractuelle) des employeurs privés qui osent gérer la carrière de leur personnel avec des promotions alternant ancienneté et mérite est présumée, comme s'ils le faisaient intentionnellement pour contourner l'article 461 de la CLT. Soit cette raison est exacte, soit la décision plane entre le ciel et la terre, expression d'une vaine philosophie inapte à donner la moindre explication. Autrement dit, il y a là une obligation, *prima facie*, déraisonnable à la lumière du droit constitutionnel du travail brésilien¹⁶.

Avançons : la section II de l'Énoncé n° 6 du TST a prévu une période de deux ans avant laquelle le requérant ne doit pas être mis à égalité du salarié-modèle. Ce délai doit prendre en compte exclusivement le temps de service dans la même fonction (et non le temps de service dans l'entreprise). Cette jurisprudence consolidée nous semble judicieuse, puisque pour faire dériver l'égalité de l'équivalence des fonctions des salariés, rien de plus logique que de comparer les salariés dans leurs attributions effectives,

Summula (Súmula, en portugais) pour désigner la décision par laquelle il pose un précédent en une formule brève et abstraite : « Il s'agit d'une synthèse de tous les cas semblables, jugés de la même manière, condensés dans une proposition directe et claire. » Elle n'a pas de caractère contraignant, exception faite de la « *Summula contraignante* » (*Súmula vinculante*) qui a été introduite par l'Amendement Constitutionnel n° 45/2004 et ne peut être délivrée que par le *Supremo Tribunal Federal* (STF), la Cour Suprême du Brésil. Voir STF, http://www2.stf.jus.br/portal/StfInternacional/cms/verGlossario.php?sigla=portalStfGlossario_en-us&indice=S&verbete=196031, page consultée le 21 novembre 2015. Dans la juridiction du travail, les *Summula* éditées par le TST sont désignées par le terme *Enunciados* que nous avons littéralement traduit par le terme d'Énoncés.

¹⁵ Article 1°, IV de la Constitution de 1988.

¹⁶ Dans un sens similaire, en l'appelant anachronique, voir O. Gomes et E. Gottschalk, *Curso de direito do trabalho* (mis à jour par J. A. Rodrigues Pinto e O. A. Reis de Sousa). Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 240, note de bas de page n° 33.





indépendamment de leurs temps d'emploi. Il doit en être ainsi dès lors que les salariés peuvent modifier leurs tâches tout au long du contrat de travail, en raison de promotions ou de changement de secteur d'activité (par exemple, en passant du secteur d'ingénierie au secteur administratif de la société). Ainsi, pour éviter de comparer des bananes avec des oranges, il est raisonnable que l'identité exigée soit temporellement limitée à la période où les travailleurs ont effectué les mêmes activités. Suivant cette même ligne de raisonnement, il n'y a pas d'autre explication à la section III de l'Énoncé n° 6 du TST qui dispose que « la mise à égalité salariale est seulement possible si le salarié et le salarié-modèle exercent la même fonction, effectuant les mêmes tâches, peu importe si les fonctions n'ont pas la même dénomination ». Ici, le TST s'affranchit des distinctions seulement formelles entre les emplois pour donner priorité au travail réel en conformité au bon et vieux principe de la primauté de la réalité¹⁷. Selon le précédent inscrit dans le Recurso de Revista (RR) n° 421.813/98.4, publié le 06.06.2003, dont le rapporteur était le magistrat José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, l'exercice de fonctions similaires ou même l'identité dans la grille de classification de ces fonctions ne sont pas suffisants pour que ces fonctions soient effectivement considérées comme identiques. Au-delà de la charge de la preuve, qui est expressément mentionnée à la section VIII de l'Énoncé n° 6 (si l'employeur nie la correspondance entre la situation de fait et la règle d'égalité, la preuve du fait doit être apportée par le salarié-plaideur ; si, en revanche, il y a identité formelle des dénominations des fonctions ou une allusion à des faits d'empêchement, modification ou extinction du droit, la preuve revient à l'employeur), il est déterminant de vérifier si « les deux salariés comparés accomplissent effectivement les mêmes tâches, c'est-à-dire, le même travail, disposent des mêmes pouvoirs, des mêmes services et de la même responsabilité dans la structure et le fonctionnement de l'entreprise ».

La section IV de l'Énoncé n° 6 du TST est celle à propos de laquelle ont été rendus les précédents les plus anciens, dès les années 1969 et 1970. Il est intéressant de mentionner le Recurso de Revista (RR) n° 2.905/1970, Ac. 3ème Panel n° 1.658/1970, publié le 14.11.1970, dont le rapporteur était l'un des plus grands juristes du travail brésilien, le professeur Arnaldo Lopes Sússekind. Il est particuliè-

rement significatif que l'exigence de « simultanété », extraite du très vieux Énoncé n° 22 du TST (annulé en raison de son incorporation dans la section IV de l'Énoncé n° 6), ne découle pas de la rédaction de l'article 461 de la CLT, mais d'une vraie construction prétorienne à propos de la mise en pratique de la norme. En ce sens, les salariés à comparer et, le cas échéant, à mettre à égalité doivent avoir travaillé dans la même fonction en même temps. Une autre solution imposerait à l'employeur, face à la démission d'un salarié dont le salaire mensuel était de 10 000 Réal brésilien, de payer un salaire identique au salarié embauché pour le remplacer. Il serait ainsi incapable d'embaucher quelqu'un pour la fonction laissée vacante en proposant un salaire inférieur. Dans de telles situations, une question se pose : l'embauche d'un salarié pour la fonction vacante, avec le paiement d'un salaire inférieur, crée-t-elle une présomption *hominis* d'inégalité arbitraire ou odieuse ? Il nous semble que la réponse doit être : pas nécessairement.

En effet, partant de ce qui est raisonnable ou équitable, c'est-à-dire, en prenant en compte ce que sont les pratiques d'usage sur le marché du travail¹⁸, il nous semble parfaitement acceptable que l'entreprise offre un salaire inférieur au futur occupant du poste laissé vacant par le salarié démissionnaire soit parce que celui qui part a plus d'expérience ou d'expertise professionnelle, soit parce que, à l'opposé, celui qui rentre a peu d'expérience tant dans la profession que dans l'entreprise, aussi l'employeur peut-il avoir besoin de tester son aptitude au travail ? Il n'y a aucune raison pour supposer, de manière manichéenne, que l'action de l'employeur soit arbitrairement discriminatoire ou faite selon des critères odieux (prohibés par le système juridique brésilien) pour proposer un salaire inférieur au nouvel arrivant dans l'entreprise. D'ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler que ce dernier n'a probablement même pas connu son prédécesseur. Le TST a été ainsi cohérent lorsque, dans la section II de l'Énoncé n° 159, il est indiqué que « le salarié qui occupe un poste précédemment et définitivement non pourvu n'a pas droit au même salaire que son prédécesseur ». Bref, peut-on comparer deux personnes qui n'ont jamais travaillé ensemble ? Certainement ! Mais, si la simultanété de leur travail n'a jamais eu lieu alors nous sommes alors face à une succession de salariés dans la fonction, l'inégalité de traitement est rationnellement justifiable, au point d'écarter la présomption d'illéga-

¹⁷ A. Plá Rodriguez, *Princípios de direito do trabalho* (traduction de Wagner Giglio). São Paulo : LTr, 2000, p. 339 suiv.

¹⁸ Voir H. Ávila, *op. cit.*, 2008, pp 152-155.





FABIO RODRIGUES GOMEZ ET ROBERTO FRAGALE FILHO

lité, comme extraite de l'article 461 de la CLT. Toute allégation de discrimination doit être dûment prouvée au cours du procès, mise à l'épreuve de la défense et du contradictoire.

En ce qui concerne la section V de l'Énoncé n° 6 du TST, elle détermine que l'affectation du salarié n'exclut pas la mise à égalité des salaires, bien que la fonction soit exercée dans une institution publique différente de celle d'origine, dès que le responsable du paiement des salaires du salarié-modèle et du requérant reste le même. C'est une évidente précaution pour faire face à des affectations frauduleuses dont le seul objectif serait d'empêcher la mise à égalité. L'affectation ne doit pas être un blanc-seing pour l'employeur l'autorisant à des discriminations arbitraires. Bien que la section V fasse allusion à l'affectation dans une (autre) institution publique, un raisonnement similaire peut et doit être utilisé pour les salariés d'entreprises privées membres d'un « groupe économique », selon la définition de l'article 2°, alinéa 2 de la CLT 19. Selon l'interprétation inscrite par le TST dans l'Énoncé n° 129, un « groupe économique » entre plusieurs entreprises permet d'identifier l'existence d'un « employeur unique »²⁰. Autrement dit, le salarié d'une des sociétés qui composent le groupe économique est considéré comme ayant un contrat de travail unique avec toutes les entreprises du groupe et non des contrats individuels avec chacune. Ainsi, lorsque nous considérons l'argument *a fortiori* – la mise à égalité de deux salariés embauchés par des sociétés différentes d'un même groupe économique en raison de la fiction de l'« employeur unique » – dès lors qu'un salarié de la société A est affecté à la société B du même groupe, l'égalité de traitement avec le salarié-modèle resté dans la société d'origine doit être préservée.

¹⁹ « Lorsque une ou plusieurs entreprises, ayant cependant chacune sa propre personnalité juridique, sont sous la direction, le contrôle ou l'administration de l'autre, en constituant un groupe industriel, commercial ou de toute autre activité économique, la société principale et chacune de ses subordonnées seront, par rapport à la relation d'emploi, responsables solidaires ».

²⁰ Voir, à cet égard, la décision TST-E-ED-RR n° 30-24.2010.5.02.0254, DJ 14.06.2013, dans laquelle le rapporteur magistrat Aloysio Corrêa da Veiga impose les exigences de la même localité et d'identité des fonctions en ajoutant que le travail fourni par les employés comparés doit être dirigé vers le groupe économique (et non exclusivement à la société de groupe où l'employé est embauché).

En ce qui concerne la section VI de l'Énoncé n° 6 du TST, sa rédaction originale date de l'an 2000 et était pleine de bonnes intentions. Dans la pratique, ses conséquences pourraient être énormes si le juge du premier degré n'était pas prêt à quitter la confortable placidité formaliste, encore fortement encouragée. Voici la rédaction originale : « Si sont satisfaites les conditions de l'article 461 de la CLT, le constat d'un écart de rémunération par une décision de justice dont a bénéficié le salarié-modèle est sans relevance, à moins qu'il s'agisse d'un avantage personnel ou d'une interprétation juridique dépassée par la jurisprudence de Cour supérieure ». L'hypothèse correspondait à la mise à égalité en « chaîne », selon laquelle le salarié C peut demander la mise à égalité par rapport au salarié A dont le salaire découle d'une mise à égalité précédente au salarié B sans que pour autant B et C ne se soient jamais rencontrés. Pour mieux illustrer les graves et, fort probables, anomalies découlant de cette possibilité, le professeur Amauri Mascaro Nascimento a proposé trois exemples, tous irréfutables²¹.

Dans le premier cas, il envisageait une mise à égalité obtenue par Joaquim, un auxiliaire administratif dont le salaire serait de 500 Réal brésilien avec João, le seul gérant régional de la société dont le salaire serait de 8 000 Réal brésilien, parce que, malgré sa convocation, la société n'a pas comparu devant le juge et n'a pas présenté sa défense lors de la procédure judiciaire. Or, Manuel, l'autre auxiliaire administratif de la société, ayant pris connaissance du nouveau salaire de Joaquim, demande sa mise à égalité en se comparant à la situation de ce dernier, en application de la section VI de l'Énoncé n° 6 du TST. Dans le deuxième exemple, Maria, Silvia et Patricia ont la même fonction et exercent les mêmes tâches depuis, respectivement, quatre ans, deux ans et deux mois, et huit mois, malgré le fait que la première perçoit un salaire plus important que les deux autres dont la rémunération est identique. Or, lors d'une procédure judiciaire, Silvia obtient sa mise à égalité par rapport à Maria puisque la différence entre elles est inférieure à deux ans et, par conséquent, son salaire devient plus important que celui de Patricia. Puisque cette dernière accomplit le même travail que Silvia, elle peut demander et probablement obtenir la mise à égalité de sa rémunération avec celle de Silvia, bien qu'elle ne soit pas capable de l'obtenir face à Maria (car leur différence de temps est

²¹ A. M. Nascimento, « Equiparação salarial e o item VI da Súmula n° 6 do TST », *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, vol. 46, 2007, p. 71-80, juillet/décembre.





supérieur à deux ans). Enfin, le troisième exemple présente une situation totalement absurde : imaginons que Mario n'ait pas réussi à obtenir la mise à égalité de sa rémunération à celle d'Antonio, un salarié de l'entreprise reclassé en raison d'un handicap. Cependant, Claudia, sa collègue de bureau qui a déposé une demande similaire en se fondant sur le même salarié-modèle, a obtenu un jugement définitif favorable en reconnaissant son droit à la mise à égalité. En faisant appel à la section VI de l'Énoncé n° 6 du TST, Mario peut maintenant demander la mise à égalité de sa rémunération à celle de Claudia, bien qu'elle ait été rejetée lorsqu'il l'a demandée face à Antonio. N'est-ce pas merveilleux ?

Ces trois exemples ne sont pas le signe d'une imagination excessivement pessimiste. Ils montrent, au contraire, les contradictions induites par le raisonnement de l'Énoncé, car dans chacun d'eux le résultat obtenu est « l'octroi de la mise à égalité salariale dans des cas où il n'y a pas identité de fonction ou travail de valeur égale, créant ainsi des distorsions dans le but de la règle qui est d'empêcher la discrimination »²². Face à de vives critiques de celle-ci, le TST a fini par modifier le texte de la section VI de l'Énoncé n° 6 en 2010, pour l'améliorer ensuite en 2012, en arrivant à la rédaction suivante : « Si sont satisfaites les conditions de l'article 461 de la CLT, le constat d'un écart de rémunération par une décision judiciaire dont a bénéficié le salarié-modèle n'est pas relevant sauf s'il s'agit d'un avantage personnel, d'une interprétation juridique écartée par la jurisprudence de Cour supérieure ou, en cas de mise à égalité salariale «en chaîne» soulevée par la défense, l'employeur apporte la preuve des faits d'empêchement, modification ou extinction du droit par rapport à la mise à égalité avec le salarié-modèle initial. » La lecture de la section VII de l'Énoncé n° 6 du TST fait surgir quelques questions embarrassantes. Est-il possible de comparer le travail d'Edith Piaf avec celui de Frank Sinatra ? Y a-t-il un critère objectif pour comparer le travail du brésilien Neymar dos Santos avec l'argentin Lionel Messi ? Et les activités d'enseignement de Jacques Derrida et Michel Foucault, seraient-elles passibles d'une comparaison ? Pendant de nombreuses années, la jurisprudence travailliste brésilienne a fluctué, parfois penchant pour une réponse positive²³, parfois pour une réponse négative²⁴.

Cependant, au moins depuis 1997, selon l'emblématique procès AG-ET-RR n° 197.754/95.1, dont le rapporteur était le magistrat Milton de Moura France, la plus haute juridiction du travail s'est définitivement penchée vers la réponse affirmative : oui, il est possible d'appliquer au travail intellectuel la règle d'égalité²⁵. Plus tard, cette interprétation s'est consolidée dans une Orientation : « Pourvu que les exigences de l'article 461 de la CLT soient attendues, l'application de la règle d'égalité de traitement salariale au travail intellectuel est possible, dès lors que son évaluation s'appuie sur sa qualité technique et a des critères objectifs »²⁶. Cette affirmation a été confirmée en 2005 par son incorporation dans l'Énoncé n° 6, puisque l'Orientation a été reprise mot pour mot à la section VII. Cela acquis, reste une question : quel peut être ce critère objectif ? À la stupeur de tous ceux qui ont lu la décision ou le compte rendu des débats du procès AG-ET-RR n° 197.754/95.1, ce critère reste introuvable. Nous ne pouvons que le répéter pour qu'il n'y ait pas de malentendu : ni avant, ni après, ni non plus pendant le jugement de ce *leading case* un critère objectif et pratique pour la mise en œuvre de l'égalité de traitement en matière de travail intellectuel n'a été avancé. D'ailleurs, ce procès, au départ, avait fini dans une impasse puisque le compte des voix des magistrats s'était soldé à six partout. En effet, c'est la modification à 180° du vote du magistrat Wagner Pimenta qui a finalement permis l'obtention d'une courte majorité de 7 à 5 en faveur de la thèse de la possibilité d'une application de la règle d'égalité de traitement à des travaux intellectuels. Revenir encore que brièvement sur les débats de la décision peut nous aider à mieux comprendre cet imbroglio.

Dès le début, il convient de noter que le rapporteur, magistrat Milton de Moura França, était opposé à une telle extension de l'égalité de traitement. En l'espèce, il s'agissait d'une demande de traitement égal entre deux journalistes politiques, dont l'un faisait la couverture de l'Assemblée nationale, tandis que l'autre couvrait le Palácio do Pla-

²² Voir note *supra*, p. 75.

²³ TST-RR n° 69.051, Ac. 2^a Turma n° 3.595, Rel. Min. José Francisco da Silva, DJ 03.12.1993.

²⁴ TST-RR n° 99.580, Ac. 1^a Turma n° 1.884, Rel. Min. Indalécio Gomes Neto, DJ 20.05.1994.

²⁵ Pour l'intégralité de la décision, voir <http://acordaos.tst.jus.br/c2/80/02/4c/a6.pdf> (page consultée le 19.10.2015).

²⁶ Rédaction de l'ancienne Orientation Jurisprudencielle n° 298 de la Seção de Dissídios Individuais I du TST, approuvée le 11.08.2003. L'orientation jurisprudentielle est une sorte de Summula préalable établie à la fois par la Section plénière de litiges individuels ou de litiges collectifs du TST.





FABIO RODRIGUES GOMEZ ET ROBERTO FRAGALE FILHO

nalto, c'est-à-dire, la Présidence de la République. Après un long parcours judiciaire, le procès est arrivé à la Seção de Dissídios Individuais – Plena (SDI-Plena), où le magistrat rapporteur a exprimé son opinion. Selon le magistrat Moura França, la comparaison des travaux intellectuels est virtuellement impossible, parce qu'elle produit un véritable court-circuit analytique lorsqu'elle demande l'examen objectif de circonstances naturellement subjectives. La façon d'exposer les arguments et idées, la versatilité, le charisme, le prestige personnel et professionnel, bref, l'exécution des activités intellectuelles ne serait pas éligible à une évaluation cartésienne, surtout si nous « prenons en compte la formation culturelle (...) et la façon personnelle et non transférable de la performance professionnelle, porteuse de l'empreinte d'un style et d'un sens critique, associés plus ou moins intensément à la compétence pour l'exercice de la profession ». En faisant allusion au précédent RR n° 69.051, dont le rapporteur était le magistrat José Francisco da Silva, le magistrat Moura França a développé un important passage selon lequel les valeurs, le style littéraire, l'imagination, les différences culturelles et même l'expérience de chaque intellectuel permettraient d'établir l'unicité de leur travail, « en rendant exceptionnelle et reconnaissable l'origine de son écriture ».

Néanmoins, après les votes des magistrats Nelson Daiha et Wagner Pimenta (ce dernier soulignant l'impossibilité de « mesurer le volume de travail ainsi que sa perfection », puisque l'intellect humain est bâti, entre autres, sur des facteurs d'ordre culturel, religieux et éthique) suivant le rapporteur²⁷, la divergence a été ouverte par la magistrate Cnéa Moreira. Sans trop d'insistance dans sa justification, la magistrate a souligné que tous les deux – salarié-demandeur et salarié-modèle – étaient des journalistes politiques. Par conséquent, puisqu'ils exercent la même fonction, et en dépit de la différence de leur lieu de travail ou de la maîtrise des langues étrangères, l'égalité de leurs situations doit être reconnue.

²⁷ Dans le droit brésilien, les décisions de justice doivent être prises en session publique, en toute transparence. Au fait, depuis 2002, les séances plénières du STF sont diffusées en direct sur TV Justiça, la chaîne de télévision publique entièrement dédiée au Pouvoir Judiciaire. Toutes les décisions prises en collégialité présupposent le vote ouvert et justifié de chaque membre du tribunal. Les décisions reproduisent ainsi tous les arguments présentés lors des débats et découlent ainsi de la formation d'une majorité numérique parmi les membres participant au jugement.

Le magistrat Vantuil Abdala a soutenu une opinion analogue, mais selon un raisonnement plus ferme et d'une plus grande portée. Tout d'abord, il a suggéré une distinction conceptuelle entre travail intellectuel et travail artistique. Le premier « demande une connaissance technique et scientifique », tandis que le second serait un travail « de création, de l'esprit, (...) toujours subjectif ». L'un, le travail intellectuel, ne serait pas soumis aux droits d'auteur, ce qui s'avère être le cas de l'autre, le travail artistique. Il en conclut ainsi que le travail intellectuel serait soumis à la règle d'égalité de traitement, ce qui ne serait pas le cas du travail artistique. Cependant, il a souligné que certaines activités faites pour le grand public, bien qu'intellectuelles, échappent à cette règle générale car elles jouent sur la sympathie (un attribut de la personnalité) et sur l'empathie avec ses bénéficiaires, toutes les deux difficiles à mesurer. À titre d'exemple, il mentionne les radiodiffuseurs, les présentateurs de télévision, voire les journalistes d'opinion, qui écrivent et signent leurs chroniques, tous ont leurs styles et opinions et s'identifient ainsi devant leur public. Alors, en l'espèce, le magistrat a tenu à écarter la référence à des circonstances exceptionnelles. Pour lui, l'activité des deux salariés ne contenait aucune trace de créativité, étant limitée à la description de la vie politique et à l'envoi « de nouvelles sur ce qui se passe (...) tout cela sous la coordination d'un cadre de l'entreprise journalistique qui était en charge de plusieurs journalistes ». Fort de ce raisonnement, il concluait à l'application de l'égalité de traitement au cas d'espèce. De son côté, le magistrat Leonaldo Silva a rappelé l'existence des trois précédentes de la SDI en faveur de l'application de la règle d'égalité de traitement au travail intellectuel (E-RR n° 53.706, Min. Rel. José Luiz Vasconcellos ; E-RR n° 69.051, Min. Rel. Francisco Fausto ; et E-RR n° 463/88, Min. Rel. Barata e Silva), pour justifier son ralliement aux opinions divergentes. Résultat provisoire : trois partout.

Ensuite, le magistrat Lourenço Prado a aussi adopté une opinion divergente. Il a insisté sur le fait que les deux journalistes possédaient un diplôme de l'enseignement supérieur ainsi que l'autorisation de pratique professionnelle du journalisme accordée par le Département du Travail. En ne trouvant rien pour différencier les deux salariés (absence d'activité créative et/ou authentique, propre à chacun des deux), mais plutôt estimant que tous les deux avaient pour tâche de « rechercher les nouvelles, faire un bilan sur l'actualité dans un certain domaine [et] communiquer tout cela à leur supérieur ». Il a également conclu en faveur de





la mise en œuvre de l'égalité de traitement. L'inversion du résultat ainsi obtenu (4 x 3) n'a duré que quelques minutes, car le magistrat Valdir Righetto, en deux courtes lignes, a tout de suite suivi le vote du rapporteur. Encore une fois l'impasse : quatre partout.

Le départage est venu du magistrat Ronaldo Leal. L'aspect central de son avis repose sur « l'expression personnelle » du travail, c'est-à-dire, « le trait de personnalité (qui le) rend vraiment unique ». Créatif ou non, l'élément décisif serait la projection de la personnalité du journaliste dans les reportages. Or, puisque le procès portait sur l'activité de journalistes dont l'occupation était réduite à la récolte des nouvelles pour les envoyer à la rédaction, qui prenait la décision finale de l'éditer ou pas, il n'y avait pas d'obstacle à l'application de la règle d'égalité de traitement à une telle situation. La seule différence dans le travail des deux journalistes tenait aux sources à partir desquelles ils obtenaient des informations, puisqu'ils travaillaient chacun dans des lieux différents.

Après une brève discussion entre les magistrats Moura França et Vantuil Abdala, chacun renforçant ses arguments précédents, la parole était au magistrat Rider de Brito. Dès le début de son exposé, il a insisté sur l'énorme difficulté qu'il y avait à affirmer d'une façon catégorique que les deux journalistes exerçaient un travail égal. Selon lui, « même à supposer que leur travail se limitait à la transmission de données objectives pour être travaillées par la rédaction, (...) les nouvelles reçoivent un traitement et font l'objet d'une interprétation par les reporters qui les recueillent ». Il a remarqué que, certes, il pourrait reconsidérer sa position au cas où il s'agirait d'une transmission de données pour le Journal Officiel. Mais, en ce qui concerne une société privée journalistique, nul n'était mieux placé qu'elle pour établir quel professionnel serait plus qualifié pour le traitement des faits. Que les deux journalistes travaillent dans des sites différents invite également à la prudence, puisque les difficultés de leur exercice professionnel ne sont pas les mêmes. Et, suite à cette argumentation, il a remis en cause l'objectivité du recueil des nouvelles en admettant que le journaliste ne se contente pas des communiqués de presse qui lui sont parvenus. Le journaliste cherche en permanence un « scoop », il rêve d'une information importante et exclusive vis-à-vis de la concurrence. Ainsi, conclut-il, le travail intellectuel, qu'il soit ou non fait par quelqu'un d'une certaine notoriété, est difficilement mesurable et comparable. Cinq partout.

Puis, il y a le vote du magistrat João Oreste Dalazen. Selon lui, il serait « extrêmement difficile, voire impossible, de déterminer l'identité qualitative entre le travail de deux personnes effectuant un service éminemment intellectuel ou purement intellectuel. » En l'espèce, il lui semblait « impossible d'évaluer si la qualité technique du service offert par les deux salariés était identique. » À titre d'exemple, il a dressé des comparaisons entre un médecin hautement spécialisé dans une technique chirurgicale et un autre qui ne connaît pas ladite technique, entre l'avocat censé faire la défense pour l'audience de conciliation et celui qui présente un pourvoi en cassation devant le TST ou un appel au Supremo Tribunal Federal (STF), la plus haute juridiction brésilienne. Plus tard, il a douté de la distinction conceptuelle proposée par le magistrat Vantuil Abdala en demandant si « le joueur professionnel de football développe nécessairement un travail artistique ». Car, si tel n'est pas le cas, la comparaison d'un joueur de renom avec un jeune athlète en début de carrière, ce qui ne semble pas raisonnable, devient possible. Il conclut ses réflexions en avertissant qu'un reporter politique peut avoir une plus grande propension pour le journalisme d'investigation, enquêtant sur les faits avec plus d'acuité que l'autre professionnel. Le compte était maintenant 6 à 5 contre l'application de la règle d'égalité de traitement au travail intellectuel.

Convergeant vers la fin de la décision, le magistrat-président Ermes Pedrassani a souligné les motifs du jugement rendu au niveau régional, selon lesquels l'application de l'égalité de traitement serait possible en raison de l'identité des fonctions, « mesurée (...) par la similitude du produit recherché, à savoir des nouvelles politiques censées être publiées et de qualité identique ». Le magistrat-président a ainsi mis l'accent sur les circonstances concrètes de l'affaire pour conclure que le salarié-demandeur et le salarié-modèle « étaient des reporters politiques qui produisaient des nouvelles pour le journal dans des conditions identiques ». Résultat : six partout.

Mais comme nous l'avons annoncé, l'impasse a été évitée par un retournement inattendu : le changement d'avis du magistrat Wagner Pimenta qui affirma avoir été convaincu par l'argumentaire du magistrat Vantuil Abdala. Résultat : 7 à 5 en faveur de l'application de la règle d'égalité de traitement au travail intellectuel. Tout de suite, le magistrat João Oreste Dalazen a interrogé ses collègues afin de déterminer si la décision prise pour ce cas d'espèce serait pour l'avenir applicable à toute demande d'application de la





FABIO RODRIGUES GOMEZ ET ROBERTO FRAGALE FILHO

règle d'égalité de traitement au travail intellectuel. Autrement dit, s'agissait-il d'une « décision de principe » et, par conséquent, établissait-il un précédent pour les cas futurs ou non ?

La réponse se trouve dans la section VII de l'Énoncé n° 6 du TST. Cependant, nous ne pouvons pas nous empêcher de dire que ce résultat ne reflète pas le *ratio decidendi* (ou les *rationes decidendi*) du précédent, le plus important de cet Énoncé²⁸. Pire encore : l'énorme difficulté à surmonter l'intuitive incommensurabilité du travail intellectuel a été résumée en une seule ligne. Une ligne si laconique qu'elle a produit une règle trop générale dont l'application se traduira par des discriminations à rebours. Le salarié qui est prêt à sortir de la banalité, à poursuivre des pistes d'investigation, à rechercher le « scoop » journalistique, l'innovation, finira paralysé par le poids gravitationnel de ses collègues, satisfaits de la routine journalière, du travail mécaniquement accompli. En définitive, ce sera l'individu paresseux qui déterminera le niveau salarial des autres, car qui osera faire le choix de l'excellence, qui prendra le risque de faire la différence pour l'entreprise, en y ajoutant prestige, crédibilité, valeur morale et augmentation patrimoniale ? Car nous ne devons pas sous-estimer les risques liés à cet effort porteur de la peur de l'erreur et du rejet. S'il est déjà compliqué de sortir de la zone de confort intellectuel, où les gens disent amen et ne font que reproduire l'*opinion doctorum*, imaginez comment cela rend encore cet effort plus difficile sans un minimum d'incitation salariale. Définitivement, le travailleur intellectuel inquiet, celui qui réfléchit sur lui-même, sur les autres et sur le monde autour de lui sera en difficulté. Ce pauvre travailleur intellectuel a souffert d'une lobotomie légale par le TST.

Les sections IX et X sont les deux dernières de l'Énoncé n° 6 du TST²⁹. La section IX fait allusion aux délais de prescription de cinq ans pour le paiement des écarts salariaux dus au salarié remis à égalité avec un de ses collègues. Nous renvoyons le lecteur à l'Énoncé n°294 du TST³⁰ pour

bien comprendre les distinctions élaborées par la Cour pour la prescription totale et partielle. Ici, il nous suffit de dire que l'article 7^o, XXIX de la Constitution de 1988 et l'article 11 de la CLT fixent les délais de prescription à cinq ans pour réparer les fautes survenues pendant la durée du contrat de travail. Lorsque la faute découle d'un manquement légal (et non seulement contractuel), le délai de prescription se renouvelle tous les mois en fonction du caractère successif de l'exécution de l'obligation. Finalement, la section X clarifie le concept indéfini de « localité » inscrit dans le caput de l'article 461 de la CLT. Il couvre tous les salariés qui travaillent dans une même municipalité ou dans de différentes municipalités appartenant à la même région métropolitaine. Le fil conducteur de cette construction étant l'exercice d'une activité professionnelle dans un contexte socio-économique similaire, circonstance normalement vérifiée dans une même région territoriale ou dans des régions voisines, où le coût de la vie ou, autrement dit, le coût des besoins de base des salariés devrait se ressembler³¹.

Conclusion

Comme nous l'avons indiqué en introduction, l'immensité du sujet « principe d'égalité » dans le droit du travail n'est pas une figure de rhétorique. C'est pour cela que nous avons choisi une approche restreinte à l'analyse de l'article 461 de la CLT, une toute petite fenêtre analytique dans l'immensité des hypothèses d'application des exigences d'égalité, qui, au Brésil, ont tendance à se multiplier. En effet, la dimension objective des droits fondamentaux, et les exigences de protection et d'efficacité qui en découlent pour l'ensemble des textes légaux, se manifeste ici avec force³². Lorsque nous examinons la force de cette irruption, il ne serait pas exagéré d'y ajouter l'adjectif « retentissant », tant, sur une période très courte, la théorie a pris le devant sur la pratique des tri-

successives découlant d'un changement de ce qui a été convenu précédemment, la prescription est totale, sauf quand le droit à la prestation est aussi assuré par la loi ».

²⁸ Pour un aperçu général du système de précédents et la tâche peu glorieuse d'identification de la *ratio decidendi* et de la tâche encore plus ingrate de la séparer de l'*obiter dictum*, voir N. Maccormick ; R. Summers et A. Goodhart, *Interpreting precedents: comparative study*, Farnham : Ashgate Publishing Limited, 1997.

²⁹ La section VIII a été très brièvement mentionnée lors de l'analyse de la section III dudit Énoncé.

³⁰ « Pour les procédures relatives à une demande de prestations

³¹ Sur la notion de besoins essentiels tels que ceux qui sont indépendants de notre volonté, voir C. S. Nino, « Autonomia y necesidades básicas ». *Doxa*, n° 7, 1990. Disponible sur : http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10817/1/Doxa7_01.pdf, page consultée le 30.10.2015.

³² Pour tous, voir D. Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro* : Lumen Juris, 2004.





bunaux, avec une importante mise en valeur du TST, un tribunal d'avant-garde dans ce domaine³³. Récemment, le TST a publié son Énoncé n° 443,³⁴ un exemple important de l'efficacité directe du droit fondamental contre le licenciement discriminatoire des salariés brésiliens, malgré (ou à cause) de l'inexcusable inertie législative³⁵. Avec des outils discursifs renouvelés, fournis par les doctrines néoconstitutionnaliste ou postpositiviste, un souffle nouveau anime les théoriciens brésiliens³⁶. Il se fait aussi sentir au TST, un tribunal de plus en plus actif et qui, malgré quelques divergences d'interprétation entre celui-ci et le STF³⁷, fait habituellement écho aux analyses de la Cour suprême. À titre d'exemple, leurs analyses ont coïncidé avec la réception de l'article 384 de la CLT par la Constitution de 1988, un article qui octroie exclusivement aux femmes le droit à une pause de 15 minutes entre la fin de la journée de travail et l'éventuelle réalisation d'heures supplémentaires. Les deux tribunaux ont ainsi refusé son extension aux travailleurs masculins³⁸.

En outre, seules les femmes étaient bénéficiaires des discriminations positives. D'autres options sont également présentes au menu des ressources normatives offertes par l'application du principe d'égalité dans le droit du travail brésilien. Toutes nous posent de nouveaux problèmes, portés par des réflexions sans cesse renouvelées. En ce sens, nous pouvons mentionner l'obligation pour l'employeur de plus d'un millier de salariés d'embaucher au moins 5% de son personnel parmi les

travailleurs handicapés ou réadaptés³⁹. Mais, que faire si les entreprises sont engagées dans une activité de risque élevé et, à cause de cela, ne respectent pas le pourcentage exigé par la loi ? Dans les compagnies de transports maritimes et côtiers de passagers, par exemple, environ 70% à 80% des salariés sont des gens de mer. Est-il juste que ce contingent intègre la base du calcul du pourcentage établi par la loi, malgré les rigides et difficiles exigences d'aptitude physique requises pour l'exercice de ces fonctions ? Ou, malgré l'absence d'exception légale, doit-on admettre que le juge puisse, à la façon de Robert Alexy, faire une pondération avec les principes sus-jacents et, dans le cas concret, bâtir une exception non écrite⁴⁰ ? Sans éblouissement et avec une prudence redoublée, au Brésil, nous sommes tous en train de percevoir les complexes subtilités que le principe d'égalité apporte au droit du travail.

³³ Dans ce sens, voir W. A. Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

³⁴ « Le licenciement de l'employé porteur du virus HIV ou de toute autre maladie grave donnant lieu à la stigmatisation ou à des préjugés est présumé discriminatoire. L'acte de licenciement est nul et l'employé a droit la réintégration dans son emploi ».

³⁵ L'interdiction du licenciement arbitraire, inscrite dans l'article 7^o, I de la Constitution du 05.10.1988, n'a jamais été réglementé.

³⁶ L. R. Barroso, « *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* », *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, vol. 240, avril/juin, 2005.

³⁷ Pour une analyse de plusieurs cas dans lesquels il y avait des décisions contradictoires entre le TST et le STF impliquant le droit du travail constitutionnel, voir F. R. Gomes, *op.cit.*, 2013, p. 276 suiv.

³⁸ TST-IIN-RR n° 1.540/2005-046-12-00.5, Min. Rel. Ives Gandra Martins Filho, DJ 04.05.2009 et STF-RE n° 658.312-SC, Min. Rel. Dias Toffoli, DJ 10.02.2015.

³⁹ Voir article 93, IV de la Loi n° 8.213/1991.

⁴⁰ Cette question spécifique a été soumise au premier auteur dans sa pratique juridictionnelle dans l'affaire n° 0011332-32.2013.5.01.0041. La décision est disponible sur la page www.trt1.jus.br.

