REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

2016/1

Revue soutenue par l'Institut des Sciences Humaines et Sociales du CNRS

COMPTRASEC - UMR 5114 - CNRS - UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

International Association of Labor Law Journals

IALLJ

La **Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale** est membre du « *International Association of Labor Law Journals* », réseau d'échange de publications, d'idées, de développements juridiques et économiques.

Les autres membres de l'association sont :

Análisis Laboral (Pérou)
Arbeit und Recht (Allemagne)
Australian Journal of Labor Law (Australie)
Bulletin on Comparative Labour Relations (Belgique)
Canadian Labour and Employment Law Journa (Canada)
Comparative Labor Law & Policy Journal (États-Unis)
Derecho de las Relaciones Laborales (Espagne)
Diritti lavori mercati (Italie)
Employees & Employers – Labour Law and Social Security Review : Delavci in delodajalci (Slovénie)
Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht : EuZA (Allemagne)
European Labour Law Journal (Belgique)
Giornale di Diritto del lavoro e relazioni industriali (Italie)
Industrial Law Journal (Royaume-Uni)
Industrial Law Journal (Afrique du Sud)
International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (Pays-Bas)
International Labour Review (OIT)
Japan Labor Review (Japon)
Labour and Social Law (Biélorussie)
Labour Society and Law (Israël)
Lavoro e Diritto (Italie)
Pécs Labor Law Review (Hongrie)
Relaciones Laborales (Espagne)
Revista de Derecho Social (Espagne)
Revue de Droit du Travail (France)
Russian Yearbook of Labour Law (Russie)
Temas Laborales (Espagne)
Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits - und Sozialrecht (Allemagne)

SOMMAIRE 2016/1

ÉTUDES

p. 6 Isabelle Schömann
Mieux légiférer dans l'Union Européenne : simplifier ou dénaturer l'acquis communautaire ?
Analyse critique d'une initiative de la Commission au regard du Droit du travail

p. 16 Dalia Gesualdi-Fecteau
De l'usage du Droit du travail : une contribution théorique aux études portant sur l'effectivité du droit

p. 30 Ilyas Said Wais
L'évolution du Droit du travail en République de Djibouti

p. 42 Victoria Rodríguez-Rico Roldán
Les restrictions de la couverture de l'assurance maladie en Espagne

p. 52 Li-Chuan Liuhuang
La question de la migration circulaire : un examen des droits des travailleurs migrants à Taïwan

p. 62 Stefania Scarponi
La dernière réforme du Droit du travail italien :
le nouveau contrat de travail à durée indéterminée « à protection croissante »

p. 70 Francisco Villanueva
La définition du niveau de négociation collective au Pérou :
un processus singulier d'appropriation des décisions du Comité de la liberté syndicale de l'OIT par le Tribunal constitutionnel

p. 84 Yannick Pagnerre
Regard comparatiste sur le co-emploi

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

Thématique :
La Jurisprudence Sociale et le Droit International : Complémentarité ou Hostilité ?

p. 93 Allison Fiorentino
Sydney Machado (Brésil)
Melda Sur (Turquie)
Patricia Kurczyn Villalobos et **Oscar Zavala-Gamboa** (Mexique)
Xavier Beaudonnet (BIT)

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

p. 124 Algérie
p. 126 Argentine
p. 128 Australie
p. 130 Autriche
p. 132 Bulgarie
p. 134 Canada
p. 136 Chili
p. 138 Conseil de l'Europe
p. 140 Espagne
p. 142 États-Unis
p. 144 Fédération de Russie
p. 146 France - Sécurité sociale
p. 148 France - Travail
p. 150 Hongrie
p. 152 Japon
p. 154 Lituanie
p. 156 OIT
p. 158 ONU
p. 160 Pays-Bas
p. 162 Roumanie
p. 164 Royaume-Uni
p. 166 Serbie
p. 168 Slovénie
p. 170 Turquie
p. 172 UE - Protection sociale

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

RENÉE-CLAUDE DROUIN Faculté de droit, Université de Montréal

Dans l'arrêt *Potter c. Commission des services d'aide juridique du Nouveau Brunswick*[1], rendu en mars 2015, la Cour suprême du Canada a revisité les principes applicables en matière de congédiement déguisé et de suspension administrative qu'elle avait établis plusieurs années auparavant dans les affaires *Farber*[2] et *Cabiakman*[3]. Elle y a énoncé qu'une suspension administrative avec solde d'un salarié non syndiqué devait être raisonnable et justifiée, sans quoi, elle serait généralement considérée comme un congédiement déguisé. Au moment des faits en cause dans cette affaire, monsieur Potter occupait le poste de directeur général des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick, auquel il avait été nommé pour une période de sept ans. Pendant la durée de son mandat, ses relations avec son employeur se sont détériorées et les deux parties ont convenu de négocier les termes de son départ moyennant une indemnité globale. Avant qu'une entente ne soit conclue, Monsieur Potter a dû prendre congé pour des raisons médicales, à la suite d'un avis de son médecin. Durant son absence, la Commission des services juridiques a recommandé son congédiement pour motif valable au ministre de la Justice et elle l'a suspendu avec solde pour une durée indéterminée, sans toutefois l'informer des motifs de cette suspension. Deux mois plus tard, n'ayant toujours pas été mis au fait des raisons de sa suspension, malgré avoir présenté une demande formelle pour les obtenir, Monsieur Potter a intenté une action pour congédiement déguisé. Son recours a été rejeté par le juge de première instance et la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, mais ultimement accueilli par la Cour suprême[4].

I – Les principes applicables à la détermination d'un congédiement déguisé

Selon les motifs du jugement rédigé par le juge Wagner, le congédiement déguisé est une fiction juridique, puisque les actions de l'employeur sont assimilés à un congédiement alors qu'il n'a pas formellement mis un terme au contrat de travail du salarié. Il s'agit donc de qualifier en droit, les actes de l'employeur en adoptant une approche souple, dictée par le caractère dynamique du contrat de travail, afin de déterminer si l'employeur a « manifesté l'intention de ne plus être lié par le contrat »[5]. Le congédiement déguisé peut se présenter sous deux formes ou volets : (i) la modification substantielle d'une condition essentielle du contrat de travail ; (ii) une suite de gestes cumulatifs posés par l'employeur démontrant son intention de ne plus être lié par le contrat et rendant le milieu de travail intenable pour le salarié. La démarche analytique permettant de constater le congédiement déguisé diffère en fonction du volet invoqué.

La première forme de congédiement déguisé implique une analyse en deux étapes. Il faut d'abord déterminer si la modification apportée par l'employeur emporte une violation du contrat de travail. Il faut ensuite considérer si une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait jugé être en présence d'une « modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail »[6]. La deuxième forme de congédiement déguisé ne requiert pas que le salarié invoque une modification précise de son contrat, mais plutôt une série d'actes qui, évalués rétrospectivement, démontrent la volonté de l'employeur de mettre fin au contrat.

1 [2015] 1 R.C.S. 500 (ci-après cité : *Potter*).

2 *Farber c. Cie Trust Royal,* [1997] 1 R.C.S. 846 (ci-après cité : *Farber*).

3 *Cabiakman c. Industrielle Alliance cie d'Assurance sur la vie*, [2004] 3 R.C.S. 195.

4 L'arrêt de la Cour est unanime, mais comporte deux séries de motifs : ceux rendus par le juge Wagner, avec l'accord des juges Abella, Rothstein, Muldaver et Karakatsanis ; et ceux rédigés par le juge Cromwell avec l'accord de la juge en chef McLachlin. Nous présentons ici les motifs du juge Wagner.

5 *Potter*, par. 31.

6 *Potter*, par. 39, citant *Farber,* par. 26.

II – Les principes régissant la suspension administrative avec solde

La suspension administrative avec solde peut constituer une violation du contrat de travail lorsque ce dernier ne l'autorise pas, que ce soit expressément ou implicitement. Comme dans ce cas-ci, le contrat est muet sur le sujet, le juge Wagner aborde la question sous l'angle du pouvoir de suspension implicite de l'employeur. Il rappelle d'abord la règle traditionnelle de *common law* selon laquelle « l'obligation de l'employeur de maintenir le salarié dans son emploi n'emporte pas nécessairement celle de lui fournir du travail »[7]. Il écarte cependant cette règle en affirmant qu'en raison du caractère fondamental du travail dans la vie d'une personne, l'employeur ne possède pas le pouvoir discrétionnaire absolu de refuser du travail au salarié. Ainsi, il ne peut s'abstenir de fournir du travail au salarié « de mauvaise foi ou de manière injustifiée »[8]. La suspension administrative doit donc, dans tous les cas, être raisonnable et motivée. Le juge Wagner mentionne qu'il n'est pas nécessaire d'établir un cadre rigide pour déterminer si une suspension satisfait à ces critères : « [l]'approche retenue et les facteurs pris en compte varient selon la nature de la suspension et les circonstances ». Certains facteurs seront néanmoins toujours pertinents, dont la durée de la suspension, le maintien de la rémunération ou sa cessation, la bonne foi et l'existence de véritables motifs commerciaux ou organisationnels, ce dernier élément étant fondamental.

Dans le cas de Monsieur Potter, la suspension administrative n'est ni raisonnable ni justifiée. L'employeur n'a pas fait la preuve de motifs organisationnels légitimes et l'absence de communication des motifs de la suspension va à l'encontre des exigences de la bonne foi. Pour ces motifs, le juge Wagner conclut qu'il y a eu violation du contrat de travail. Par ailleurs, une personne se trouvant dans la même situation aurait conclu qu'il s'agissait d'une modification substantielle d'un élément essentiel du contrat de travail. La Cour décide donc qu'il s'agit bien d'un congédiement déguisé.

Sur le plan des principes, la Cour reconnaît dans ce jugement le pouvoir implicite de l'employeur d'imposer une suspension administrative. Elle encadre toutefois l'exercice de ce droit : toute suspension administrative devra être justifiée et raisonnable, sans quoi, on pourra généralement conclure qu'il s'agit d'un congédiement déguisé. Cet arrêt souligne également l'importance pour l'employeur de communiquer les motifs de la suspension au salarié et de présenter des raisons organisationnelles légitimes, bien qu'il donne peu de précisions à cet égard. L'arrêt démontre ainsi que le congédiement déguisé est toujours un cas d'espèce. Les principes qui se dégagent du jugement s'appliqueront également au Québec compte tenu de la similarité du droit québécois et de celui des provinces canadiennes de *common law* en la matière.

7 *Park v. Parsons Brown & Co.*, (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107, cité dans *Potter*, par. 76. À noter que cette règle ne s'applique pas au Québec en raison de l'article 2087 du Code civil du Québec, L.R.Q., c. C-12, qui prévoit que l'employeur « est tenu de permettre l'exécution de la prestation de travail convenue ».

8 *Potter*, par. 85.

REVUE de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale

Les manuscrits soumis pour publication dans la **Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale** doivent être adressés par courrier électronique ou par voie postale avant le 1er février de chaque année (pour le premier numéro de la Revue) et avant le 1er juin de chaque année (pour le second numéro). Concernant les contributions à la rubrique **Actualités Juridiques Internationales,** elles doivent être adressées avant la fin des mois d'avril (pour le premier numéro) et de septembre (pour le second numéro).

Les opinions émises dans les articles n'engagent que leurs auteurs. Lorsqu'une traduction est effectuée en langue française, elle l'est sous la responsabilité du Rédacteur en chef et des membres du Comité éditorial.

Tout manuscrit est soumis, sans indication du nom de l'auteur, à deux lecteurs pour évaluation et avis de publication.

Une publication ultérieure dans une autre revue supposerait l'autorisation expresse de la Direction de la revue.

CONTACT

COMPTRASEC—UMR 5114

Mme Sandrine LAVIOLETTE

Université de Bordeaux
16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - F 33608 PESSAC cedex
Tél : 33(0)5 56 84 54 74—Fax : 33(0)5 56 84 85 12
sandrine.laviolette@u-bordeaux.fr
http://comptrasec.u-bordeaux.fr/revue-de-droit-compare-du-travail-et-de-la-securite-sociale

RECOMMANDATIONS AUX AUTEURS

Manuscrits

L'article doit être soumis de préférence en Français. L'Anglais et l'Espagnol sont également admis.

Les textes devront comporter :

• 40 000 caractères - notes de bas de pages et espaces compris - pour les rubriques « **Études** » et « **Dossier Thématique** » lorsqu'ils sont soumis en Français. La limitation est fixée à 30 000 caractères lorsqu'ils sont soumis en Anglais ou en Espagnol ;

• 7 000 caractères - notes de bas de pages et espaces compris - pour la rubrique « **Actualités Juridiques Internationales** » lorsqu'ils sont soumis en Français. La limitation es fixée à 6 000 caractères lorsqu'ils sont soumis en Anglais ou en Espagnol.

Par ailleurs, les manuscrits destinés aux rubriques « **Études** » ou « **Dossier Thématique** » devront être accompagnés des éléments suivants :

- un résumé, en français et en anglais, de 400 caractères chacun ;
- le titre de l'article ;
- 5 mots clés (en français et en anglais) permettant d'identifier le contenu de l'article ;
- une brève notice bio-bibliographique concernant le ou les auteurs ;
- l'adresse postale et électronique de l'auteur.

Notes et références bibliographiques

Les annotations et références bibliographiques des ouvrages et articles cités doivent être intégrées au sein de l'article et placés en notes de bas de page.

Leur présentation sera la suivante :

- Pour un ouvrage : initiale du Prénom Nom, *Titre de l'ouvrage*, lieu, éditeur, « collection », date, p.
- Pour un article de revue : initiale du Prénom Nom, « Titre de l'article », *Titre de la revue*, n°, date, p.
- Pour une contribution dans un ouvrage collectif : initiale du Prénom Nom, « Titre de l'article », *in* initiale du Prénom Nom (dir.), *Titre de l'ouvrage*, lieu, éditeur, date, p.

2016 71-1 HIVER WINTER

REVUE TRIMESTRIELLE
RELATIONS INDUSTRIELLES

RI IR

INDUSTRIAL RELATIONS
QUARTERLY REVIEW

Revue trimestrielle bilingue publiée depuis 1945
par le Département des relations industrielles
de l'Université Laval

A bilingual quarterly published since 1945
by the Industrial Relations Department,
Université Laval

ARTICLES

Amélioration ou polarisation ? Évolution de la structure et de la qualité des emplois au Québec et au Canada, 1997-2013

PAUL-ANDRÉ LAPOINTE ET CATHERINE BACH

Supply Chain Leverage and Regulating Health and Safety Management in Shipping

DAVID WALTERS, PHILIP JAMES, HELEN SAMPSON, SYAMANTAK BHATTACHARYA, CONGHUA XUE AND EMMA WADSWORTH

La pratique de la négociation basée sur les intérêts dans les processus de négociation collective : perceptions et appropriations syndicales

MARC-ANTONIN HENNEBERT, MARCEL FAULKNER ET REYNALD BOURQUE

Understanding the Pathways to Above-Mandatory Severance Pay When Downsizing: A Qualitative Comparative Analysis of 20 Cases in France

PIERRE GARAUDEL, RACHEL BEAUJOLIN, FLORENT NOËL AND GÉRALDINE SCHMIDT

L'interaction entre facteurs organisationnels et locus de contrôle dans la prédiction de l'engagement organisationnel affectif

XAVIER PARENT-ROCHELEAU, GILLES SIMARD, KATHLEEN BENTEIN ET MICHEL TREMBLAY

Varieties of Capitalism: A Critique

TRAVIS WILLIAM FAST

Culture organisationnelle, condition de l'organisation du travail et épuisement professionnel

JULIE DEXTRAS-GAUTHIER ET ALAIN MARCHAND

RI/IR EN LIGNE

RI/IR est disponible en ligne sur le site Erudit :
www.erudit.org/revue/ri

Pour un abonnement institutionnel, contacter Érudit.

Pour consulter les règles de publication ou pour vous abonner, visitez notre site Internet :
www.riir.ulaval.ca

RI/IR ONLINE

RI/IR is available on line on Erudit website at:
www.erudit.org/revue/ri

For an institutional subscription to digitalized issues, please contact Erudit.

Visit our website for Notes to contributors or to subscribe:
www.riir.ulaval.ca

RELATIONS INDUSTRIELLES
INDUSTRIAL RELATIONS

Pavillon J.-A.-DeSève
1025, avenue des Sciences-Humaines
Bureau 3129, Université Laval
Québec (Québec) Canada G1V 0A6

TÉLÉPHONE : (418) 656-2468
COURRIEL / E-MAIL :
relat.ind@rlt.ulaval.ca

www.riir.ulaval.ca

TARIFS 2016

BON DE COMMANDE / ORDER FORM / HOJA DE PEDIDO

REVUE DE DROIT COMPARÉ
DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE
(PAPIER) ISSN 2117-4350
(E-JOURNAL) ISSN 2262-9815

2 NUMÉROS PAPIERS (FRANCAIS)
1 NUMÉRO ELECTRONIQUE (ANGLAIS)
} PAR AN

COMPTRASEC - UMR 5114
Mme Sandrine Laviolette
UNIVERSITÉ DE BORDEAUX
Avenue Léon Duguit - 33608 PESSAC cedex
Tel. 33(0)5 56 84 54 74 - Fax 33(0)5 56 84 85 12
Email : revue.comptrasec@u-bordeaux.fr

Nom/Name/Nombre:

Adresse/Address/Dirección:

Code postal/Zip Code/Código postal: **Ville**/City/Ciudad:

Pays/Country/País:

☎ @

			PRIX PRICE PRECIO
Abonnement Annuel Annual Subscription Suscripción anual	**Revue Papier** / Print Journal / Revista Impresa (2 n° en français / 2 issues in French / 2 números en francés)		60 €
	Revue électronique / E-Journal / Revista Electrónica (1 n° en anglais / 1 issue in English / 1 número en inglés)		70 €
	Pack Revues papier et électronique / Printed copies & E-journal / revistas impresa y electrónica (2 n° en français & 1 n° en anglais / 2 issues in French & 1 in English / 2 números en francés & 1 en inglés)		110 €
Prix à l'unité Unit Price Precio unitario	**Revue Papier** / Print Journal / Revista Impresa		37 €
	Revue électronique / E-Journal / Revista Electrónica		70 €
	Article / Journal article / Artículo		5 €
Frais de port compris / Postal charges included / Gastos de envio incluidos			
TVA VAT IVA	Livraison / Delivery / Entrega : 2,10% France; 1,05% DOM & Corse; 0% CEE & hors CEE	TOTAL	...

Préciser ici les numéros de la Revue qui vous intéressent ou l'année à partir de laquelle vous souhaitez souscrire un abonnement :
Please mention here the issues you are interested in :
Por favor, especifique aqui los numeros de la revista que desea :
.....

MODE DE RÈGLEMENT / MODE OF PAYMENT / FORMA DE PAGO

☐ PAIEMENT EN LINE / ONLINE PAYMENT / PAGO EN LINEA
Carte de crédit - Credit card - Tarjeta de crédito

☐ CHÈQUE / CHECK / CHEQUE
À libeller à l'ordre de / Make out to / A la orden de :
Monsieur l'Agent comptable de l'Universtié de Bordeaux

NB : Le paiement en ligne est à privilégier
Online payment is preferred
El pago en linea se prefiere

Pour souscrire un abonnement permanent (renouvellement annuel automatique), cocher la case ci-dessous

☐ **ABONNEMENT PERMANENT**
PERMANENT SUBSCRIPTION
SUSCRIPCIÓN PERMANENTE

DATE : ..... SIGNATURE :

Achevé d'imprimer par
Imprimerie de l'Université de Bordeaux
16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - F 33608 PESSAC cedex

Dépôt légal : Août 2016

IMPRIM'VERT®