

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL
EN JURISPRUDENCE COMPARÉE :
ENTRE PROBLÉMATIQUE DE SANTÉ
ET DROIT DE LA DISCRIMINATION

COORDONNÉE PAR ALLISON FIORENTINO ET LOÏC LEROUGE



REVUE

2018/2

DE DROIT COMPARÉ
DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

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

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 Journal (Canada)
Comparative Labor Law & Policy Journal (États-Unis)
Derecho de las Relaciones Laborales (Espagne)
Diritto delle Relazioni Industriali (Italie)
Diritti lavori mercati (Italie)
E-journal of International and Comparative Labour Studies (Italie)
Employees & Employers - Labour Law and Social Security Review : Delavci in delodajalci (Slovénie)
Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht : EuZA (Allemagne)
European Labour Law Journal (Belgique)
Giornale di Diritto del lavoro e relazioni industriali (Italie)
Industrial Law Journal (Royaume-Uni)
Industrial Law Journal (Afrique du Sud)
International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (Pays-Bas)
International Labour Review (OIT)
Japan Labor Review (Japon)
Labour and Social Law (Biélorussie)
Labour Society and Law (Israël)
La Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale - RGL (Italie)
Lavoro e Diritto (Italie)
Pécs Labor Law Review (Hongrie)
Revista de Derecho Social (Espagne)
Revue de Droit comparé du travail et de la sécurité sociale (France)
Revue de Droit du Travail (France)
Rivista giuridica del lavoro e della sicurezza sociale (Italie)
Russian Yearbook of Labour Law (Russie)
Temas Laborales (Espagne)
Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Allemagne)

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL EN JURISPRUDENCE COMPARÉE : ENTRE PROBLÉMATIQUE DE SANTÉ ET DROIT DE LA DISCRIMINATION

COORDONNÉE PAR ALLISON FIORENTINO ET LOÏC LEROUGE

- p. 6** **ALLISON FIORENTINO**
Approche comparative de la jurisprudence relative au harcèlement moral au travail
- p. 22** **JULIE BOURGALT ET ANNE-MARIE LAFLAMME**
Le régime québécois de protection contre le harcèlement psychologique au travail : particularités et enjeux jurisprudentiels
- p. 30** **LOÏC LEROUGE**
Le harcèlement au travail dans la jurisprudence française :
Délimitation du périmètre et débat sur la responsabilité de l'employeur
- p. 40** **KANTA OWADA**
Le harcèlement au travail dans la jurisprudence japonaise
- p. 50** **PABLO ARELLANO O ET JUAN PABLO SEVERIN C**
Le harcèlement moral au travail dans la jurisprudence chilienne
- p. 58** **COMMISSAIRE PETER HAMPTON**
La jurisprudence australienne sur le harcèlement psychologique
- p. 70** **CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE**
La lutte judiciaire contre le harcèlement au travail en Espagne :
entre avancées et résistances
- p. 78** **ELENA SYCHENKO**
La jurisprudence russe sur le harcèlement moral au travail
- p. 86** **L. CAMILLE HÉBERT**
Le statut juridique du harcèlement psychologique aux États-Unis

JURISPRUDENCE SOCIALE INTERNATIONALE

COMMENTAIRE

- p. 94 **SILVIA BORELLI**, Professeur en droit du travail à l'Université de Ferrare et **MARCO ROCCA**, Chercheur post-doctoral à l'Université Hasselt, Chargé de cours à l'Université de Liège et Maître de conférences invité à l'Université Libre de Bruxelles - Solvay Business School

ACTUALITÉS

- p. 110 **ALEXANDRE CHARBONNEAU**, Maître de conférences, Comprasec, Université de Bordeaux
- p. 116 **ELENA SYCHENKO**, PhD, associate professor, Saint Petersburg State University, Russia
- p. 120 **HÉLÈNE PAYANCÉ**, Doctorante, Comprasec, Université de Bordeaux

LITTÉRATURE DE DROIT SOCIAL COMPARÉ : APERÇU RÉTROSPECTIF DE 2016

LE DROIT DU TRAVAIL AU-DELÀ DES FRONTIÈRES NATIONALES : LES DÉBATS DOCTRINAUX DE L'ANNÉE 2016

- p. 125 **STEVEN L. WILLBORN, ERI KASAGI ET SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA**

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL
EN JURISPRUDENCE COMPARÉE :
ENTRE PROBLÉMATIQUE DE SANTÉ
ET DROIT DE LA DISCRIMINATION

COORDONNÉE PAR ALLISON FIORENTINO ET LOÏC LEROUGE



APPROCHE COMPARATIVE DE LA JURISPRUDENCE RELATIVE AU HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL



ALLISON FIORENTINO

Maître de conférences, CUREJ (EA 4603), Université de Rouen

Le harcèlement moral est une atteinte aux droits et à la dignité de la personne, qui met aussi en jeu sa santé physique et mentale ou compromet son avenir professionnel. Les travailleurs qui en sont victimes ne se sentent plus en sécurité au travail. Comme en témoigne le rapport d'EUROFOUND « *Violence and harassment in European workplaces: Extent, impacts and policies* »¹, les situations de harcèlement engendrent un taux d'absentéisme élevé jusqu'à une incapacité de travailler des personnes concernées.

Cette étude présente l'ampleur de la violence et du harcèlement au travail dans les 28 pays de l'Union Européenne et en Norvège. Elle repose sur des enquêtes nationales menées entre 2009 et 2013, ainsi que sur les résultats de la cinquième enquête européenne sur les conditions de travail d'EUROFOUND². Elle analyse les liens entre les conditions de travail et le harcèlement au travail, indique l'impact sur les travailleurs et les entreprises et compare les politiques élaborées par les gouvernements et les partenaires sociaux pour résoudre ce problème.

- 1 M. Giaccone, D. Di Nunzio, A. Fromm, O. Vargas, *Violence and harassment in European workplaces: Extent, impacts and policies*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2015, <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/violence-and-harassment-in-european-workplaces-extent-impacts-and-policies>
- 2 EUROFOUND, *Fifth European Working Conditions Survey*, Publications Office of the European Union, 2012, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1182en.pdf

Les données recueillies montrent des tendances divergentes au fil du temps : la violence physique est en baisse, mais les autres formes de harcèlement non seulement ne régressent pas, mais augmentent. Dans l'ensemble, 14 % des travailleurs en 2010 ont déclaré avoir été soumis à au moins une forme de harcèlement. En outre, les auteurs de ces actes se diversifient puisqu'on note une progression de la violence psychologique de la part de tiers. Cela résulte de la modification des conditions de travail qui exposent davantage de salariés au contact d'intervenants extérieurs (clients, salariés d'autres entreprises, formateurs, tertiarisation de l'économie, etc.). Les conditions de travail ont également évolué en raison d'une plus grande intensité de travail, de plus importantes exigences psychologiques et physiques, d'une insécurité de l'emploi croissante, de conflits en milieu de travail et de mauvaises pratiques managériales.

En outre, les résultats indiquent que les femmes déclarent généralement avoir subi plus de violence et de harcèlement que les hommes. Certains secteurs d'activité sont également plus exposés que d'autres. Il en est ainsi du secteur médico-social, des transports, de l'hôtellerie et de la restauration. Le rapport relève aussi que, dans de nombreux pays, les travailleurs intérimaires et les apprentis sont plus susceptibles d'en faire l'expérience que les travailleurs embauchés en contrat à durée indéterminée.

L'ampleur de l'exposition au harcèlement moral au travail varie à travers l'Europe. Les travailleurs de pays du sud de l'Europe sont ainsi moins susceptibles de déclarer subir un harcèlement que ceux situés au nord. Depuis 2000, ces derniers, qui connaissent des proportions relativement élevées de travailleurs déclarant avoir été victimes au moins une fois dans la vie professionnelle de violence et de harcèlement³, ont élaboré diverses politiques émanant de la loi ou de normes rédigées par les autorités chargées de l'environnement de travail pour les combattre. Les normes juridiques adoptées pour lutter contre le harcèlement et leur nature varient en Europe, reflétant à la fois les particularités culturelles et résultant des différents systèmes de droit du travail. La tâche du comparatiste est mise à l'épreuve des grandes divergences d'approches entre les différents systèmes juridiques tant le harcèlement moral ne fait pas l'objet d'une définition unique ni même d'une terminologie unifiée. Un travail de précision de la notion de harcèlement moral au travail à l'aide d'une approche comparée (I) est un préalable avant d'approfondir l'étude du droit prétorien relatif au harcèlement qui mettra en lumière l'attitude du juge (II). Selon le pays et la culture juridique, celui-ci a usé des moyens juridiques à sa disposition afin d'améliorer la protection du salarié harcelé.

3 Sur cette question, voir L. Lerouge, *Les pays de l'Europe du Nord face à la prévention des risques psychosociaux au travail : droit, politique de prévention, dialogue social (Belgique, Norvège, Pays-Bas, Suède)*, Synthèse des Journées d'études internationales organisées à Bordeaux les 3 et 4 mars 2011, COMPTRESEC, Université Bordeaux <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00705217/document>

I - LE HARCÈLEMENT MORAL EN DROIT COMPARÉ : UNE NOTION PROTÉIFORME

Loin d'être une notion aisée à cerner le harcèlement moral se caractérise d'abord par des divergences tenant à la terminologie utilisée et au contenu de cette notion (A). De telles différences reposent sur des facteurs culturels, géographiques et politiques (B)

A - LE CONSTAT DE LA DIVERGENCE

Dès les premiers instants, le travail du chercheur en droit comparé se heurte à la difficulté liée aux différentes conceptions du harcèlement moral au travail selon le système juridique étudié. Il est ainsi nécessaire de s'attarder sur les différentes manières d'aborder le « harcèlement moral au travail » selon différents pays. L'étape initiale de ce travail est terminologique. Si en France la notion de harcèlement moral correspond à une catégorie juridique, en revanche, dans de nombreux systèmes étrangers, le chercheur qui souhaite connaître la réponse légale ou jurisprudentielle apportée au harcèlement est confronté à différentes dénominations. Pour ne donner qu'un bref aperçu de ce problème, on emploiera comme langue étrangère principalement l'anglais. Une traduction littérale du terme français « harcèlement moral » (*moral harassment*) ne sera pas comprise par une majorité de juristes étrangers et ne sera pas utilisée dans leur pays d'origine.

Le législateur, le juge et la doctrine se réfèrent, suivant le pays, à des dénominations différentes. Il est possible de recenser entre autres les terminologies de « *bullying* » (intimidation ou harcèlement)⁴, « *emotional abuse* » (abus émotionnel)⁵, « *psychological harassment* » (harcèlement psychologique)⁶, « *mobbing* » (comportement agressif en

-
- 4 S. Einarsen, « *The Nature and Causes of Bullying at Work* », *International Journal of Manpower*, vol. 20, n° 1/2, 1999, pp. 16-27 ; S. Harthill, « *Workplace Bullying as an Occupational Safety and Health Matter: A Comparative Analysis* », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011, pp. 253-302 ; K. Lippel, « *The Law of Workplace Bullying: An International Overview* », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, n° 1, 2010, pp. 1-13 ; A. O'Connell, « *Bullying in the Workplace: A Gap in Irish Legislation?* », *Employment & Industrial Relations Law*, vol. 23, n° 2, 2013, pp. 13-16 ; D. Yamada, « *The Phenomenon of "Workplace Bullying" and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection* », *Georgetown Law Journal*, vol. 88, 2000, pp. 475-536.
 - 5 L. Keashly, « *Emotional Abuse in the Workplace: Conceptual and empirical issues* », *Journal of Emotional Abuse*, 1998, pp. 85-117 ; P. Lutgen-Sandvik, « *The communicative cycle of employee emotional abuse. Generation and regeneration of workplace mistreatment* », *Management Communication Quarterly*, vol. 16, n° 4, 2003, pp. 471-501 ; S. Harvey, L. Keashly, « *Emotional abuse: how the concept sheds light on the understanding of psychological harassment (in Quebec)* », *Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé* [En ligne], n° 7-3, 2005, <http://pistes.revues.org/3193>
 - 6 R. Cox, « *Psychological Harassment Legislation in Québec: The First Five Years* », *International Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 32, n° 1, 2010, pp. 55-89 ; C. Gonçalves Gouveia, « *From Laissez-Faire to Fair Play: Workplace Violence & Psychological Harassment* », *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 65, 2007, pp. 137-166.

groupe)⁷ ou encore « *Power harassment* » (harcèlement moral au Japon)⁸. Plusieurs auteurs qui se sont déjà penchés sur cette notion soulignent l'ambiguïté générée par cette diversité. Les termes sont tantôt utilisés comme des synonymes, tantôt font spécifiquement référence à des comportements particuliers⁹. Certains chercheurs ont essayé de dégager des points communs. Ainsi le professeur Branch considérait en 2008 que chaque définition nationale se référait à des actions ou des propos inappropriés ou déraisonnables¹⁰ tels que ridiculiser le salarié en public, le surveiller constamment, remettre en cause ses compétences, le menacer ou encore répandre à son propos de fausses rumeurs¹¹.

Toutefois ce consensus semble bien maigre au regard des divergences qui concernent la qualification juridique du harcèlement moral au travail. Par exemple, sa reconnaissance par le juge requiert-elle une répétition d'actes ou un seul acte suffit-il ? Pour être reconnu, le harcèlement moral au travail est-il seulement descendant ou peut-il être aussi ascendant ou latéral ? Le harcèlement moral au travail peut-il être qualifié en l'absence d'intention malveillante de son auteur ?

Toutes ces interrogations laissent deviner la difficulté de conceptualiser le harcèlement qui semble par nature protéiforme. Une autre distinction liée à la fois à la terminologie et à la conception du harcèlement oppose les systèmes juridiques basés sur la *Common Law* et ceux d'inspiration romano-germanique. Il semble que ces premiers englobent la notion de harcèlement dans celle plus large de discrimination. Ainsi le harcèlement dans ces pays n'est qu'une forme de discrimination basée par exemple sur le sexe ou l'appartenance ethnique. Au demeurant le harcèlement est une notion souvent plus utilisée dans le contexte du harcèlement sexuel qui a fait l'objet de nombreuses campagnes de prévention¹².

-
- 7 P. Fischinger, « *“Mobbing” : The German Law of Bullying* », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, n° 1, 2010, pp. 153-184 ; N. Davenport, R. Scharz, G. Elliott, *Mobbing: Emotional Abuse in the American Workplace*, Civil Society Publishing, 1999.
 - 8 L. Lerouge, S. Naito, « *Bullying and Law in Japan* » in Lerouge L. (ed.), *Psychosocial Risks in Labour and Social Security Law: a Comparative Legal Overview*, Springer, Serie: Aligning Perspectives on Health, Safety and Well-Being, 2017, p. 243-252.
 - 9 S. Branch, « *You Say Tomatoe and I say Tomato: Can we Differentiate Between Workplace Bullying and Other Counterproductive Behaviours?* », *International Journal of Organisational Behaviour*, vol. 13, n° 2, 2008, pp. 4-17, sp. p. 4 ; L. Crawshaw, « *Workplace Bullying? Mobbing? Harassment? Distraction by a Thousand Definitions* », *Consulting Psychology Journal: Practice and Research*, 2009, vol. 61, n° 3, pp. 263-267, sp. p. 264 ; D. Yamada, « *The Phenomenon of “Workplace Bullying” and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection* », *op.cit.*, sp. p. 480.
 - 10 S. Branch, « *You Say Tomatoe and I say Tomato: Can we Differentiate Between Workplace Bullying and Other Counterproductive Behaviours?* », *op. cit.*, sp. p. 5 ; S. Branch, S. Ramsay, M. Barker, « *Workplace bullying, mobbing and general harassment: a review* », *International Journal of Management Reviews*, vol. 15, 2013, pp. 280-299.
 - 11 Le Professeur Branch s'appuie sur des travaux antérieurs, notamment E. Bassman, *Abuse in the workplace*, Westport, CT: Quorum Books, 1992 ; C. Rayner, H. Hoel, « *A summary review of literature relating to workplace bullying* », *Journal of Community & Applied Social Psychology*, vol. 7, n° 3, 1997, pp. 181-191 ; D. Zapf, S. Einarsen, « *Bullying in the workplace: Recent trends in research and practice—an introduction* », *European Journal of Work and Organizational Psychology*, vol. 10, n° 4, 2001, pp. 369-373.
 - 12 K. Lippell, « *The Law of Workplace Bullying: An International Overview* », *op. cit.*, p. 5.

HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL

En revanche, le terme de « *bullying* » fait référence à cette forme de pression psychologique totalement détachée de la discrimination¹³ mais pas nécessairement prise en compte par le législateur. C'est le cas par exemple en Australie ou aux États-Unis. Toutefois certaines provinces anglo-saxonnes font la différence et la notion de « *workplace harassment* » est totalement distincte de celle de discrimination et fait l'objet d'une réglementation spécifique. Ainsi la législation de la province du Saskatchewan au Canada comporte deux définitions faisant nettement référence à ces deux formes de harcèlement.

« "Harcèlement" signifie, toute conduite, commentaire, attitude, action ou geste d'une personne:

(i) qui: (a) est basé sur la race, la croyance, la religion, la couleur, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation familiale, le handicap, la taille ou le poids, l'âge, la nationalité, l'ascendance ou le lieu d'origine ; ou -(b) sous réserve des paragraphes (3) et (4) affecte négativement le bien-être psychologique ou physique des travailleurs et dont l'auteur sait ou devrait raisonnablement savoir que cela humilierait ou intimiderait les travailleurs et

(ii) qui constitue une menace pour la santé ou la sécurité du travailleur »¹⁴.

Même si des chercheurs évoquent une récurrence de certains critères¹⁵ dont :

- une grande diversité d'actes négatifs pouvant causer des dommages psychologiques,
- l'existence de comportements directs et indirects,
- l'exclusion du travailleur,
- le caractère répété des actes,
- leur durée dans le temps,
- la difficulté à se défendre,

La définition du harcèlement moral diffère suivant les États. Certains n'ont pas adopté de définition stricte laissant une certaine liberté au juge. C'est le cas, par exemple, du Royaume-Uni dont l'article 1^{er} du *Protection from Harassment Act* dispose : « Une personne ne doit pas poursuivre une conduite - a) qui équivaut à du harcèlement d'autrui, et b) qu'il sait ou devrait savoir être un harcèlement de l'autre »¹⁶. De même, en Finlande, l'article 28 du *Occupational Safety and Health Act* dispose : « Si le harcèlement ou d'autres traitements inappropriés d'un salarié se produit au travail et provoque des risques ou des dangers pour la santé du salarié, l'employeur, après avoir pris connaissance de cette affaire, doit, par tous les moyens disponibles, prendre des mesures pour remédier à cette situation »¹⁷. On ne peut qu'opposer cette imprécision à la formulation de l'article L 1152-1 du Code du travail français, en vertu duquel : « aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de

13 C. Caponecchia, A. Wyatt, « *Distinguishing between workplace bullying, harassment and violence: a risk management approach* », *Journal of Occupational Health and Safety, Australia and New Zealand*, vol. 25, n° 6, 2009, pp. 439-449.

14 Art. 3(1)(b) du Occupational Health and Safety (Harassment Prevention) Amendment Act, 2007, S.S. ch. 34 ; <http://www.publications.gov.sk.ca/freelaw/documents/english/Chapters/2007/Chap-34.pdf>

15 M. Varta-Väänänen, « Workplace Bullying and Harassment in the EU and Finland » in *Workplace Bullying and Harassment, 2013 JILPT Seminar on Workplace Bullying and Harassment, op. cit.*, sp. p. 2.

16 Protection from Harassment Act 21st March 1997, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/40>

17 Traduction en anglais: Occupational Safety and Health Act, n° 738/2002, <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2002/en20020738.pdf>

harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ».

B – LES FACTEURS DE DIVERGENCE

Les divergences précédemment constatées ne peuvent guère s'atténuer car elles s'expliquent d'abord par la diversité des sources d'inspiration du législateur ou du juge ou des zones géographiques. Ainsi, le Professeur Lippell¹⁸ fait une distinction entre deux zones principales d'influence : le droit anglo-saxon (États-Unis¹⁹, Royaume-Uni²⁰ et Australie²¹) qui privilégie l'appellation de « *workplace bullying* » et les pays plutôt francophones ou latins qui ont été influencés par le travail de la psychiatre Marie-France Hirigoyen qui a conceptualisé le harcèlement moral au travail en 1998²². Dans ce dernier cas, la terminologie employée est soit « harcèlement moral » (« *moral harassment* ») comme en France, en Belgique²³ ou dans les pays de langue espagnole²⁴ soit « harcèlement psychologique » au Québec²⁵. Une troisième zone d'influence englobe les pays scandinaves²⁶ et l'Allemagne²⁷ marqués par

-
- 18 K. Lippell, « *The Law of Workplace Bullying: An International Overview* », *The Comparative Labour Law & Policy Journal*, vol. 32, n° 1, 2010, pp. 1-13, sp. p. 1.
- 19 D. Yamada, « *The Phenomenon of 'Workplace Bullying' and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection* », *op. cit.*
- 20 H. Hoel, « *Workplace Bullying in United Kingdom* », in *Workplace Bullying and Harassment, JILPT Report n° 12/2013 - JILPT Seminar on Workplace Bullying and Harassment*, 2013, pp. 61-76, <http://www.jil.go.jp/english/reports/documents/jilpt-reports/no.12.pdf>
- 21 B. French, M. Boyle, O. Muurlink, « *Workplace Bullying in Australia: The Fair Work Act and its Impact* », *New Zealand Journal of Human Resources Management*, vol. 14, n° 2, 2014, pp. 69-81.
- 22 M.-F. Hirigoyen, *Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*, Pocket, 1998, 252 p.
- 23 L. Lerouge, « *Workplace Bullying and Harassment in France and Few Comparisons with Belgium: a Legal Perspective* », in *Workplace Bullying and Harassment, JILPT Report n° 12/2013, op. cit.*, pp. 39-59.
- 24 En espagnol, la traduction littérale de harcèlement moral est « *acoso moral* ». A. Jurado Segovia, *Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral*, La Ley, 2008. On note d'ailleurs un intérêt certain des éditeurs espagnols pour le travail de Marie-France Hirigoyen. M.-F., Hirigoyen, *El acoso moral: el maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Grupo Planeta (GBS), 1999 ; *El acoso moral en el trabajo: distinguir lo verdadero de lo falso*, Grupo Planeta (GBS), 2001 ; *El acoso moral*, Grupo Planeta Spain, 2013.
- 25 R. Cox, « *Psychological harassment legislation in Québec: the first five years* », *The Comparative Labour Law & Policy Journal*, vol. 32, n° 1, 2010, pp. 55-89 ; S. Harvey, L. Keashly, « *Emotional abuse: how the concept sheds light on the understanding of psychological harassment (in Quebec)* », *op. cit.* Le professeur Gonçalves Gouveia soulignait d'ailleurs que l'ouvrage de Marie-France Hirigoyen (*Le Harcèlement Moral : La Violence Perverse au Quotidien*) avait été un best seller au Québec. C. Gonçalves Gouveia, « *From Laissez-Faire to Fair Play: Workplace Violence & Psychological Harassment* », *op. cit.*, sp. note 60.
- 26 M. I. S. Guerrero, « *The Development of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step Towards EU Legislation* », *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 27, n° 2, 2004, pp. 477-500.
- 27 P. Fischinger, « *'Mobbing': The German Law of Bullying* », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, *op. cit.*

les recherches du professeur d'origine germanique Heinz Leymann²⁸ qui emploie volontiers le terme de « *mobbing* ». Enfin certains pays utilisent des notions qui leur sont propres. Ainsi, au Japon, il est fait spécifiquement référence au « *power harassment* »²⁹.

Ces différences s'expliquent également par le contexte de l'adoption des dispositions légales. Ainsi certains pays furent influencés par les travaux de chercheurs, pionniers en la matière, notamment Heinz Leymann, Christophe Dejourné, et de praticiens comme le docteur Marie-France Hirigoyen³⁰.

Il faut également mentionner l'existence d'autres textes antérieurs relatifs à la protection de la santé mentale du salarié qui constituèrent le point de départ, dans d'autres pays, de l'émergence d'une réglementation sur le harcèlement. À ce titre nous pouvons citer la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail³¹. Le texte communautaire eut une incidence non négligeable et joua un rôle certain dans l'adoption de dispositions légales en France et en Belgique³² ou de codes de bonne conduite anti harcèlement en Espagne³³.

Ce sont également les circonstances factuelles qui contraignent les autorités étatiques à adopter certaines mesures, comme en Corée du Sud. En 1997, lorsque la crise économique frappa ce pays, le sort des travailleurs se dégrada subitement. Non seulement les entreprises exigèrent des performances toujours plus élevées sous la menace d'un licenciement, mais elles utilisèrent aussi le harcèlement comme moyen de sélection lors des procédures de compression du personnel. En outre, l'atmosphère de travail était tellement délétère que certains travailleurs firent l'objet de persécution de la part de leurs collègues, notamment au moyen de calomnies répandues grâce aux médias sociaux, le but étant de pousser à la démission le concurrent dont on convoitait le poste³⁴. Cette situation poussa le ministre du Travail à adopter, pour la première fois, en 1999, une réglementation.

28 H. Leymann, « *The content and development of mobbing at work* », *European Journal of Work and Organizational Psychology*, vol. 5, n° 2, 1996, pp. 165-184.

29 L. Lerouge, S. Naito, « Harcèlement, «*Power Harassment*» et droit au Japon » in Lerouge L. (dir), *Les risques psychosociaux au travail en droit social : approche juridique comparée. France - Europe - Canada - Japon*, Dalloz, 2014, p. 211-221 ; S. NAITO, « *Workplace Bullying in Japan* », in *Workplace Bullying and Harassment, JILPT Report n° 12/2013*, op. cit., pp. 113-133.

30 K. Lippell, « *The Law of Workplace Bullying: An International Overview* », op. cit., p. 6 ; H. Hoel, S. Einarsen, « *The Swedish Ordinance Against Victimization at Work: A Critical Assessment* », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2010, vol. 32, n° 1, pp. 225-250.

31 S. Leka, A. Jain, S. Iavicoli, C. Di Tecco, « *An Evaluation of the Policy Context on Psychosocial Risks and Mental Health in the Workplace in the European Union: Achievements, Challenges, and the Future* », *BioMed Research International*, 2015, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4628767/>

32 L. Lerouge, « *Workplace Bullying and Harassment in France and Few Comparisons with Belgium: a Legal Perspective* » in *Workplace Bullying and Harassment, JILPT Report n° 12/2013*, op. cit., sp. p. 39

33 M. Velazquez, « *The Spanish Code of Practice on Work-Related Bullying: Reflections on European Law and its Impact on a National Strategy For Labor Inspectors* », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2010, vol. 32, n° 1, pp. 185-224.

34 S. Park, « *Workplace Bullying and Harassment in South Korea* », in *Workplace Bullying and Harassment, JILPT Report n° 12/2013*, op. cit., sp. p. 97.

II - LE RÔLE DE LA JURISPRUDENCE : APPROCHE COMPARATIVE EN DROIT FRANÇAIS, BRITANNIQUE, JAPONAIS, ESPAGNOL ET AMÉRICAIN

Certaines juridictions ont fait preuve d'audace ou, à tout le moins, d'une volonté de protection au bénéfice des salariés. À ce titre nous pouvons citer les cours françaises, japonaises et, dans une moindre mesure britannique (A). En revanche, les juges américains et espagnols sont peu enclins à user de leur pouvoir prétorien pour apporter davantage de garanties au salarié harcelé (B)

A - L'AUDACE PRÉTORIENNE DES JUGES FRANÇAIS, BRITANNIQUES ET JAPONAIS

Le droit français relatif au harcèlement moral est redevable au législateur tout autant qu'au juge³⁵. Si c'est la loi du 17 janvier 2002³⁶ qui a introduit cette notion dans le Code du travail, la jurisprudence avait déjà eu l'occasion de se saisir de ce problème. Les juges du fond, sans recourir à la terminologie de harcèlement qualifiaient de « faute » l'attitude de l'employeur qui consiste à dévaloriser, humilier, ou pousser à la démission le salarié. Il en va ainsi de l'employeur qui affirme devant témoin que la salariée n'est bonne à rien, qu'elle n'est pas indispensable et qui l'a fait sortir de son bureau en pleurs en la poursuivant de ses cris³⁷. En outre, et avant même la reconnaissance de l'obligation de sécurité de résultat à la charge de l'employeur, le juge français rendait les fautes de certains tiers imputables à l'employeur. Par exemple : lorsque le salarié a subi nombre d'actions déstabilisantes de la part du conjoint de l'employeur ; ou encore lorsque l'employeur n'a rien fait pour faire cesser l'hostilité du personnel à laquelle se heurtait le salarié et a, au contraire, encouragé cette attitude³⁸. Comme le notait Mme Béatrice Laperou « le concept juridique de harcèlement moral émerge lentement des décisions juridiques »³⁹.

Si cette jurisprudence était novatrice, elle n'avait rien de révolutionnaire car les juridictions du fond n'avaient nul besoin de recourir à un fondement fantaisiste pour justifier leur décision. L'obligation protéiforme de bonne foi - notamment dans l'exécution du contrat de travail - était toute désignée pour légitimer cette construction prétorienne.

L'intervention du législateur en 2002 n'a pas pour autant tari l'inventivité prétorienne lorsqu'il s'agit de protéger le salarié harcelé. L'obligation de sécurité de résultat, opportunément découverte en 2002⁴⁰, eut une incidence non négligeable en matière de harcèlement car elle conduisit le juge à admettre en 2010 la responsabilité de l'employeur

35 Voir également l'article de Loïc Lerouge publié dans le numéro.

36 Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

37 CA Toulouse 31 mars 2000, 4^e ch. soc., SARL P. c/ R, RJS 4/01, n° 404. Voir également CA Toulouse 18 mai 2000, 4^e ch. soc. SNC Caisse de prévoyance et de retraite de la SNCF c/ Gelardo et CA Nancy 13 novembre 2000, ch. soc., Christophe c/ SA Vilroc, RJS 2/01, n° 163.

38 CA Poitiers 30 mai 2000, ch. soc., Chaigneau c/ Morisset et CA Bordeaux 3 mars 2000, ch. soc. B, SA Marbot et Cie c/ Durepaire ; RJS 12/00 n° 1218.

39 B. Laperou-Schneider, « La notion de harcèlement moral dans les relations de travail », RJS 6/00, pp. 423-433.

40 Cass. soc. 28 février 2002, *Bull.*, V, n° 81, p. 84 ; Babin M., Pichon N., « Obligation de sécurité et faute inexcusable de l'employeur », *Dr. soc.* sept.-oct. 2002, p. 828 ; Lyon-Caen A., « Une révolution dans le droit des accidents du travail », *Dr. soc.*, avr. 2002, p. 445.

lorsqu'un salarié est harcelé « quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements »⁴¹. Si cette jurisprudence a évolué plus récemment, le juge fait toujours preuve de sévérité envers l'employeur puisqu'il est exonéré de sa responsabilité seulement s'il a pris toutes les mesures immédiates propres à faire cesser le harcèlement moral et qu'il l'a fait cesser effectivement. Il importe également qu'il ait pris toutes les mesures de prévention visées aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail, et notamment qu'il ait préalablement mis en œuvre des actions d'information et de formation propres à prévenir la survenance de faits de harcèlement moral⁴².

Le juge français n'est pas le seul à avoir suppléé aux carences légales. Le juge britannique peut également être cité en exemple. De manière intéressante, il est à noter que les magistrats britanniques poursuivirent une évolution juridique que le législateur avait abandonnée, peut-être par manque de courage politique. Ainsi l'arrivée au pouvoir du *New Labour Party* et de son charismatique leader Tony Blair suscita une vague d'espoir auprès de syndicats qui déploraient la dégradation des conditions de travail et avaient initié une campagne pour la dignité au travail⁴³. Une proposition de loi intitulée « Dignité au travail » fut déposée peu de temps avant la victoire du parti travailliste. Toutefois, et dépit des espoirs des syndicats, ce texte ne fut jamais adopté⁴⁴.

En revanche, le législateur adopta un texte d'une portée plus générale : le *Protection from Harassment Act* en 1997⁴⁵. Cette loi fut promulguée pour permettre une réparation pénale et civile à la victime d'un harcèlement. Les débats parlementaires établissent que la forme de discrimination envisagée était celle classique d'un individu obsédé qui utilise toute sorte de moyen pour poursuivre de ses attentions sa victime. Néanmoins, plusieurs membres du Parlement soulignèrent que la terminologie usitée par le texte légal avait un champ d'application si large qu'il était susceptible de s'appliquer en droit du travail. Les tribunaux leur donnèrent raison rapidement non seulement en reconnaissant la responsabilité du harceleur sur ce fondement mais également, de manière plus intéressante, en recevant favorablement les demandes en réparation contre l'employeur au titre de sa responsabilité de commettant (*vicarious liability*) alors même que cette possibilité n'était pas envisagée par la loi. La première décision en la matière remonte à 2005.

41 Cass. soc. 3 février 2010, n° 08-40.144 ; J. MOULY, « Obligation de sécurité de l'employeur et harcèlement « horizontal » : vers une obligation de résultat absolue ? », *JCP G* 2010, n° 12, 321 ; S. Tournaux, « La vigueur retrouvée de l'obligation de sécurité de résultat », *Lexbase Hebdo - Edition Sociale* 18/02/2010, n° 383.

42 Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-19.702 ; voir notamment B. Geniaut, « Le harcèlement moral dans la jurisprudence sur l'obligation de sécurité », *RDT* 2016, n° 11, pp. 709-711 ; G. Loiseau, « Le renouveau de l'obligation de sécurité », *JCP S* 2016, n° 24, pp. 27-30 ; C. RADE, « Feue la responsabilité de plein droit de l'employeur en matière de harcèlement : le mieux, ennemi du bien », *Lexbase Hebdo - Edition Sociale*, 16/06/2016, n° 659.

43 S. Harthill, « *Bullying in the Workplace: Lessons from the United Kingdom* », *Minnesota Journal of International Law*, vol. 17, 2008, pp. 247-302, sp. p. 252.

44 La proposition de loi sur la dignité au travail (HL Bill 31.53/1) fut déposée par Lord Monkswell à la Chambre des Lords en décembre 1996 mais fut bloquée par le gouvernement conservateur de John Major en février 1997. Elle fut réintroduite sans succès devant la Chambre des lords en décembre 2001.

<https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldbills/031/2002031.htm>

45 *Op. cit.*

Dans l'arrêt *Majrowski*⁴⁶, la *Court of Appeal* a jugé que la Sécurité sociale britannique était responsable du fait d'autrui en raison du harcèlement subi par William Majrowski et qui était le fait de son chef de service. L'employeur fut condamné à verser des dommages et intérêts alors même qu'il n'avait pas pris part aux persécutions subies par le salarié. La jurisprudence ultérieure confirma la règle de l'arrêt *Majrowski*. Une attention particulière peut être portée à un jugement d'août 2006, qui a octroyé à une salariée requérante 800 000 £ de dommages-intérêts⁴⁷. La demanderesse n'a pas jugé bon de poursuivre les auteurs des actes mais a engagé la responsabilité de son employeur. La salariée avait été embauchée par la Deutsche-Bank Group Services comme secrétaire adjointe. Dès son recrutement, elle fut soumise à une campagne de harcèlement de la part de quatre de ses collègues. Les actes d'intimidation consistaient en une multitude de mesquineries destinées à la dévaloriser : déplacer ses papiers, éclater de rire quand elle passa devant eux, faire des remarques grossières et obscènes, cacher son courrier, la retirer des listes de diffusion de documents, ou encore augmenter sa charge de travail de manière déraisonnable pour la mettre en situation d'échec.

Produisant les attestations d'autres salariés, la requérante emporta la conviction des juges qui lui donnèrent gain de cause en lui accordant cette somme très importante. Dans cette même décision, le juge apporta des clarifications à la notion de harcèlement. La cour considéra que le harcèlement : a) se produit au moins à deux reprises, (b) cible le demandeur, (c) est objectivement destiné à causer le mal être de la victime, et d) est objectivement oppressant et déraisonnable.

Cette jurisprudence fut maintenue et les indemnités octroyées sur ce fondement peuvent être ruineuses pour les employeurs. Un record a d'ailleurs été battu lorsqu'une avocate obtint 1,3 million £ pour avoir été victime de harcèlement⁴⁸. Non seulement les juridictions britanniques ont retenu la responsabilité de l'employeur commettant avec une sévérité qui n'a rien à envier à celle dont ont fait preuve les juges français lorsqu'ils se fondèrent sur l'obligation de sécurité, mais une autre comparaison peut être faite entre ces deux jurisprudences nationales.

De même que le juge français a usé de l'obligation de bonne foi, la jurisprudence britannique s'est appuyée sur le droit commun des obligations pour reconnaître, au profit du salarié, une protection contre le harceleur. Tout d'abord, dans les années 1990 et indépendamment de toute disposition légale, les magistrats ont admis que le harcèlement puisse constituer un délit civil justiciable⁴⁹. En droit du travail, ce délit civil fut reconnu dans un contexte particulier, pour la première fois au milieu des années 1990 dans la décision *Walker*⁵⁰. Sans faire référence au harcèlement moral, le juge admit la responsabilité de

46 *Majrowski v. Guy's & St. Thomas's NHS Trust*, [2005] EWCA Civ 251.

47 *Green v. DB Group Services (UK) Ltd*, [2006] EWHC 1898 (Q.B.).

48 S. Harthill, « *Bullying in the Workplace: Lessons from the United Kingdom* », *op. cit.*, p. 284, note 198.

49 *Burris v. Azadani*, (1995) 1 WLR 1372. Cette décision concernait le harcèlement dont était victime une femme et son enfant. Le contexte n'était pas le droit du travail mais la reconnaissance de ce nouveau délit civil était susceptible d'applications en ce domaine.

50 Arrêt *Walker v Northumberland County Council* de la Queen's Bench Division ; [1995] 1 All ER 737 ; [1995] ICR 702 ; [1995] IRLR 35 ; V. R. Walden, « Employer Responsibility for the Psychosocial and Psychiatric Well-Being of Employees in the Workplace: A View from the United Kingdom » in L. Lerouge (ed.), *Psychosocial Risks in Labour and Social Security Law: a Comparative Legal Overview*, Springer, Serie: Aligning Perspectives on Health, Safety and Well-Being, 2017, pp. 79-104.

l'employeur harceleur lorsque le salarié est victime d'un grave préjudice psychologique. Plus précisément le juge considéra que cela pouvait caractériser le délit civil de *negligence*⁵¹ qui impose, au titre de ses conditions d'exercice, la preuve d'un devoir spécifique de diligence dont le défendeur serait débiteur (et qui, par hypothèse, n'aurait pas été respecté). En l'espèce ce devoir de vigilance que l'employeur méconnaît est le devoir de tout employeur de fournir à ses salariés un environnement de travail convenable⁵².

Dans l'arrêt *Walker*, le demandeur avait souffert d'une dépression nerveuse en 1986 et avait bénéficié de quatre mois de congé. Cependant son employeur avait refusé de lui apporter une aide supplémentaire en le déchargeant d'une partie de son travail alors que cette mesure était envisageable. Au contraire, la charge de travail s'alourdit, résultant en une seconde dépression aux effets très sévères qui aboutit au licenciement du salarié. Ce dernier demanda et obtint des dommages et intérêts de son employeur. Le juge considéra que l'employeur était responsable pour la dépression nerveuse induite par le stress au travail. Le tribunal souligna que dans une telle situation le demandeur, pour obtenir gain de cause, devait établir que les mesures requises de l'employeur étaient raisonnables, que les risques encourus par le salarié étaient importants et prévisibles. Ces conditions étaient en l'espèce remplies.

Cette jurisprudence, pour utile qu'elle soit au salarié, a malheureusement un champ d'application assez restreint car elle ne concerne que les préjudices psychologiques résultant du stress au travail et non pas le harcèlement moral en tant que tel⁵³.

Un autre fondement a également été admis par le juge : la loi *Employment Rights Act 1996*⁵⁴. Cette loi dispose que les salariés ne peuvent être injustement licenciés. En outre, la loi inclut dans la notion de licenciement, celle de « congédiement déguisé »⁵⁵ qui fait référence à des situations dans lesquelles un salarié est forcé de quitter son travail contre sa volonté en raison de la conduite de son employeur (un parallèle peut être fait avec la notion française de prise d'acte). Au titre des fautes de l'employeur justifiant une rupture à ses torts, on peut citer le manquement au devoir de confiance réciproque. Ce devoir implicite, présent dans tout contrat de travail a été décrit comme « occupant une place centrale en droit du contrat de travail⁵⁶ », « indubitablement le plus puissant des engins de mouvement du droit moderne des contrats de travail⁵⁷ » ou encore « la pierre angulaire de

51 Le délit civil de négligence est caractérisé en présence d'une omission fautive à exercer les soins appropriés dans des circonstances précises. Le droit positif en la matière résulte de l'arrêt déjà ancien *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562. Ce chef de demande nécessite plusieurs conditions notamment la preuve selon laquelle le défendeur était tenu d'un devoir spécifique de diligence.

52 *Wilsons and Clyde Coal Co Ltd v English* [1938] AC 57.

53 D. Leclie, J. MC Williams, « *Stress at work. The implications for employers* », *Employment Law Bulletin* 2001, n° 44, pp. 6-8 ; V. Craig, « *Civil liability for health and safety* », *Employment Law Bulletin* 2002, n° 48, pp. 5-8 ; B. Barrett, « *Employers' liability for stress at the work place : neither tort nor breach of contract* », *Industrial Law Journal* 2004, vol. 33, pp. 343-349.

54 *Employment Rights Act 1996*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents>

55 La doctrine désigne cette démission requalifiée de licenciement sous le terme: « *constructive dismissal* ». *Employment rights Act 1996*, art. 95.

56 D. Brodie, « *Mutual Trust and the Values of the Employment Contract* », *Industrial Law Journal* 2001, vol. 30, n° 1, pp. 84-100, sp. p. 86

57 M. Freedland, *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, 2003, p. 166.

la construction juridique du contrat de travail⁵⁸ ». L'importante doctrine à ce sujet⁵⁹ reflète l'intérêt prétorien pour le devoir de confiance réciproque qui impose à l'employeur d'agir avec une certaine loyauté.

La jurisprudence a utilisé ce devoir implicite pour sanctionner l'employeur harceleur lorsque son attitude conduit un salarié à quitter l'entreprise pour mettre fin à une situation intolérable⁶⁰.

Indépendamment de l'intervention du législateur, le juge a su adapter le droit prétorien à l'évolution du monde du travail qui met davantage en lumière les effets dévastateurs du harcèlement.

Un autre exemple encore plus éclatant de la prise de conscience par le juge de la nécessité de lutter contre le harcèlement moral réside dans la jurisprudence japonaise⁶¹. Plus précisément, le droit japonais a adopté une théorie de la responsabilité délictuelle appelée harcèlement par le pouvoir (*pawā harasumento* ou *pawahara*), qui protège les employés contre les abus de ceux qui disposent de plus de pouvoir dans l'entreprise⁶². Cette question n'est pas nouvelle. Dès 1995, les autorités publiques de Tokyo avaient admis le caractère fondé des demandes d'indemnisation pour harcèlement⁶³. Ce qui est, en revanche, plus récent c'est l'augmentation du nombre de plaintes pour ce motif. L'administration du travail de Tokyo notait que ce chiffre était passé de 3160 à 5960 de 2002 à 2008⁶⁴. La crise économique qui a frappé le Japon n'a fait qu'amplifier ce phénomène. Les victimes de harcèlement, face à l'absence de disposition légale, se tournèrent vers le droit des obligations afin d'obtenir réparation. En la matière deux fondements étaient envisageables. Tout d'abord, l'article 709 du Code civil japonais qui impose à une personne qui a intentionnellement ou par négligence enfreint les droits d'autrui d'indemniser

58 H. Collins, *Employment Law*, Oxford University Press, 2003, p 104.

59 L. Barmes, « *The Continuing Conceptual Crisis in the Common Law of the Contract of Employment* », *Modern Law Review* 2004, Vol. 67, n° 3, pp. 435-464 ; D. Brodie, « *The Heart of the Matter: Mutual Trust and Confidence* », *Industrial Law Journal* 1996, vol. 25, n° 2, pp. 121-136 ; « *Beyond Exchange: The New Contract of Employment* », *Industrial Law Journal* 1998, vol. 27, n° 2, pp. 79-102 ; « *A Fair Deal at Work* », *Oxford Journal of Legal Studies* 1999, vol. 19, n° 1, pp. 83-98 ; « *Mutual Trust and Confidence: Catalysts, Constraints and Commonality* », *Industrial Law Journal* 2008, vol. 37, n° 4, pp. 329-346 ; A. Brooks, « *The Good and Considerate Employer: Developments in the Implied Duty of Mutual Trust and Confidence* », *University of Tasmania Law Review* 2001, vol. 20, n° 1, pp. 29-69 ; D. Cabrelli, « *The Implied Duty of Mutual Trust and Confidence: An Emerging Overarching Principle?* », *Industrial Law Journal* 2005, vol. 34, n° 4, pp. 284-307 ; M. Freedland, « *Constructing Fairness in Employment Contracts* », *Industrial Law Journal* 2007, vol. 36, n° 1, pp. 136-140 ; J. Lindsay, « *The Implied Term of Trust and Confidence* », *Industrial Law Journal* 2001, vol. 30, n° 1, pp. 1-16.

60 *Abbey National Plc v Robinson* (EAT/743/99).

61 Voir également l'article du Professeur Kanta Owada publié dans le numéro.

62 P. Hsiao, « *Power Harassment: The Tort of Workplace Bullying in Japan* », *Pacific Basin Law Journal*, vol. 32, n° 2, 2015, pp.181-201 ; L. Lerouge, S. Naito, « *Harcèlement, «Power Harassment» et droit au Japon* » in Lerouge L.(dir), *Les risques psychosociaux au travail en droit social : approche juridique comparée. France - Europe - Canada - Japon*, op. cit. ; S. Naito, « *Workplace Bullying in Japan* », in *Workplace Bullying and Harassment*, 2013 JILPT Seminar on Workplace Bullying and Harassment, op. cit., pp. 113-133.

63 P. Hsiao, « *Power Harassment: The Tort of Workplace Bullying in Japan* », op. cit., spéc. p. 183.

64 *Id.*

HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL

les dommages qui en résultent⁶⁵. Ce ne fut pas la base juridique choisie mais plutôt la seconde. En effet, les employeurs japonais sont tenus d'une obligation générale de veiller à ce que la santé mentale et physique d'un employé ne soit pas endommagée par l'accumulation excessive de stress qui accompagne l'exécution du travail⁶⁶. La formulation est plus restrictive que l'obligation de sécurité française mais elle n'en impose pas moins aux employeurs d'être vigilants lorsque les salariés sont soumis à une charge de travail importante. Sur le fondement de cette obligation générale, les demandes d'indemnisation pour harcèlement ont prospéré au Japon.

Les juridictions japonaises n'ont jamais défini le *power harassment* ; mais la jurisprudence en la matière permet de mieux cerner cette notion. Il semble que les magistrats soient enclins à donner gain de cause aux requérants salariés dans trois situations : le suicide, une gestion du personnel très stressante, et les conduites outrageantes. A titre d'exemple, en 2012, un tribunal de Saitama⁶⁷ a accordé des dommages-intérêts aux parents d'une infirmière décédée et a condamné son collègue et son employeur en raison d'intimidations répétées qui l'ont conduite au suicide. Dans cette affaire, l'employeur, un hôpital, avait une règle obligeant les infirmières à suivre tout ordre donné par des infirmières supérieures, et l'infirmière en chef avait abusé de son autorité notamment :

- en contraignant sa subordonnée à travailler pour elle en lavant sa voiture et en prenant soin de son fils aîné,
- en forçant sa subordonnée à verser de l'argent pour avoir de bonnes relations avec ses supérieurs ;
- en tenant des propos très durs à la salariée, lui intimant à plusieurs reprises l'ordre de se taire et lui suggérant de mourir,
- en critiquant en public ses erreurs au travail.

Autre exemple : dans une décision de 2009, un tribunal de Tottori a accordé des dommages-intérêts à un salarié qui avait été victime d'une dépression causée par le stress et avait finalement quitté son emploi après que des gestionnaires l'aient réprimandé en public à plusieurs reprises⁶⁸.

Au titre des conduites outrageantes générant une responsabilité du harceleur, voire de l'employeur s'il est complice, on peut retenir toutes les attitudes profondément humiliantes qui n'ont d'autres buts que détruire psychologiquement le salarié. Ainsi, un tribunal a accordé des dommages-intérêts aux requérants dont le patron avait installé un

65 Voir une traduction en anglais du code à l'adresse : <http://www.moj.go.jp/content/000056024.pdf>
A l'image du juge français qui a usé de la théorie de l'abus de droit pour protéger le salarié contre le licenciement abusif, le juge japonais a également eu recours à cette théorie. K. Sono, Y. Fujioka, « *The Role of the Abuse of Right Doctrine in Japan* », *Louisiana Law Review*, vol. 35, n° 5, 1975, pp. 1037-1057. En droit du travail, cela a été utilisé pour sanctionner l'employeur qui procédait de manière trop brutale à un licenciement pour motif économique sans même tenter de reclasser le salarié. T. Suzuki, « Le pouvoir créateur du juge en matière de licenciement économique au Japon », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2017/2, pp. 62-69.

66 P. Hsiao, « *Power Harassment: The Tort of Workplace Bullying in Japan* », *op. cit.*, sp. p.183.

67 P. Hsiao, *ibid*, spéc. p. 188.

68 P. Hsiao, « *Power Harassment: The Tort of Workplace Bullying in Japan* », *op. cit.*, spéc. p. 190.

ventilateur pour faire souffler de l'air froid en hiver, et obligé les salariés à écrire des excuses et s'accuser de ne pas travailler tout en recevant un salaire. Il avait également donné des coups de pied et frappé certains salariés⁶⁹.

B - LA TIMIDITÉ DES JUGES ESPAGNOLS ET AMÉRICAINS

Dans d'autres pays, le juge a fait preuve de moins d'audace ou d'inventivité. Ainsi en Espagne, on peut regretter la relative inertie du droit prétorien. Ainsi que le fait remarquer le professeur Cristóbal Molina Navarrete⁷⁰, le juge a adopté une définition trop étroite de la notion de harcèlement, faisant échec à un grand nombre de demandes en réparation des salariés. Le droit constitutionnel a parfois été utilisé afin de sanctionner les attitudes managériales les plus graves, notamment au travers de la violation du droit fondamental à l'intégrité humaine. Le juge espagnol est réticent à sanctionner certains débordements qui, selon lui, relèvent du fonctionnement normal de l'entreprise. Même si le droit pénal offre des ressources, il y a peu de condamnations d'employeurs ayant harcelé ou toléré un harcèlement.

Plus extrême encore est l'exemple du droit américain⁷¹. Le Titre VII de la célèbre loi *Civil Rights Act* de 1964 énumère les motifs discriminatoires prohibés par le droit fédéral⁷². Cette liste est complétée au niveau des États fédérés par d'autres motifs interdits⁷³. La plupart des États fédérés interdisent non seulement les mesures discriminatoires fondées sur ces motifs mais également le harcèlement causé par de telles raisons. Ainsi, l'employeur ne peut rompre un contrat de travail en raison de la religion d'un salarié (ce qui serait une discrimination) et ne peut harceler un salarié pour ce motif⁷⁴.

Toutefois, le harcèlement moral en soi n'est pas prohibé. La seule ressource offerte aux salariés victimes de tels comportements est de se tourner vers le droit de la responsabilité délictuelle. Plus précisément, deux délits sont envisageables : les voies de fait (*battery*) ou l'infliction intentionnelle de la détresse émotionnelle (*intentional infliction of emotional distress*). Le premier chef de demande peut être utilisé lorsque l'employeur ou un supérieur

69 P. Hsiao, *ibid.*, sp. p. 193.

70 Voir l'article de cet auteur dans ce numéro.

71 Voir également l'article du Professeur Camille Hebert publié dans ce numéro.

72 Sont interdites les discriminations fondées sur la race, la couleur, la religion, le sexe, ou l'origine nationale. Deux autres lois fédérales doivent être prises en compte : le *Age Discrimination in Employment Act* de 1967 et le *Americans with Disabilities Act* de 1990 prohibant certaines discriminations en raison de l'âge et du handicap.

73 A titre d'exemple l'Alabama interdit également les discriminations en raison de l'âge ; L'Alaska a ajouté à cette liste les discriminations en raison du statut familial ou de la grossesse. Certains États ont même prohibé des motifs discriminatoires qui n'ont pas été envisagés en France. Par exemple, la Californie interdit les discriminations fondées sur le fait qu'une femme ait allaité ou non.

74 L'*Equal Employment Opportunity Commission*, chargée de veiller au respect du droit fédéral en matière de discrimination donne une définition du harcèlement sur son site internet. « Le harcèlement est une conduite importune qui est basée sur la race, la couleur. Le harcèlement devient illégal lorsque 1) la conduite qui offense perdure au point de devenir récurrente, ou 2) la conduite est suffisamment grave ou envahissante pour créer un environnement de travail qu'une personne raisonnable considérerait comme intimidant, hostile ou abusif ». <https://www.eeoc.gov/laws/types/harassment.cfm>

hiérarchique se livre à des violences physiques ou des attouchements inappropriés⁷⁵. Le second peut être employé lorsque des conduites intolérables de l'employeur ou son représentant rendent insupportable la poursuite du contrat de travail.

Une illustration est fournie par une décision du Texas⁷⁶ qui a admis la responsabilité de l'employeur en raison des menaces physiques et verbales subies par certains salariés, de la vulgarité constante du harceleur, de ses tentatives répétées d'humilier intentionnellement et d'embarrasser les salariés, et du fait qu'il criait constamment et faisait travailler les salariés dans un climat de terreur. Cependant, ce qui est considéré comme une conduite intolérable pour la mise en jeu de la responsabilité délictuelle doit être extrêmement grave. Par exemple, dans le cas précédemment mentionné, la Cour suprême du Texas avait indiqué dans un *obiter dictum* que le comportement d'un employeur peut être « insensible, indiscret, mesquin, officieux, autoritaire, et vindicatif » sans atteindre la dimension requise pour justifier une responsabilité délictuelle.

Il en résulte que des situations qui constitueraient en France un cas de harcèlement moral ou au Japon de *power harassment*, n'engendreraient aucune conséquence pour le harceleur aux Etats-Unis.

Le droit américain est donc radicalement opposé au droit continental. Deux chercheurs avaient, dès 2003, noté une évolution du modèle européen en la matière⁷⁷. Les Etats-Unis ont été pionniers en matière de lutte contre les discriminations, principalement sexuelles. Ce faisant la notion de harcèlement semble inséparable du motif discriminatoire prohibé. Ce modèle n'a jamais été reçu avec enthousiasme en Europe qui a prohibé les discriminations mais qui a choisi de pousser plus loin la protection des salariés. C'est ce que traduit l'interdiction du harcèlement moral : la volonté d'étendre à la communauté des travailleurs le droit de ne pas subir de persécutions sur les lieux de travail, pour quelque motif que ce soit. Ce faisant le modèle européen est passé d'une interdiction des discriminations à la préservation de la dignité des salariés. C'est cette évolution que le droit américain refuse pour l'instant en dépit des appels réitérés de la doctrine⁷⁸ et de quelques décisions prétoriennes éparses.

75 Par exemple dans une décision de 2008, une juridiction du district de Columbia rejeta une demande de harcèlement sexuel d'une plaignante mais accueillit celle de voies de fait au motif que le supérieur hiérarchique avait touché à plusieurs reprises la salariée. *Evans v. Wash. Ctr. for Internships & Academic Seminars*, 587 F. Supp. 2d 148, 149-51 (D.D.C. 2008).

76 *GTE Southwest, Inc. v. Bruce*, 998 S.W.2d 605, 613-15 (Tex. 1999).

77 G. S. Friedman, J. Q. Whitman, « *The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity* », *Columbia Journal of European Law*, vol. 9, 2003, pp. 241-274.

78 A cet égard se reporter au travail du professeur David Yamada, « *The Phenomenon of 'Workplace Bullying' and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection* », *op. cit.* ; « *Crafting a legislative response to workplace bullying* », *Employee Rights and Employment Policy Journal*, 2004, Vol. 8, pp. 475-521 ; « *Human dignity and American employment law* », *University of Richmond Law Review*, 2009, vol. 43, pp. 523-569 ; « *Workplace bullying and American employment law: A ten-year progress report and assessment* », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2010, vol. 32, n° 1, pp. 251-284 ; « *Emerging American legal responses to workplace bullying* », *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 2013, vol. 22, pp. 329-354.

Conclusion

Le suicide de la japonaise Matsuri Takahashi en décembre 2015 était passé inaperçu au plan international, avant de bénéficier d'une grande notoriété un an plus tard. Cette salariée avait mis fin à ses jours en raison de l'épuisement professionnel qu'elle éprouvait. La question du *Karojisatsu* (suicide causé par la surcharge de travail) est proche de celle du harcèlement moral. Dans un cas comme dans l'autre le milieu de travail devient toxique pour le salarié.

Chaque pays a adopté la réponse qui lui semble la plus appropriée. Cela peut aller d'un solide encadrement légal et prétorien (France) à une quasi absence de protection (Etats-Unis). Toutefois, ce phénomène, quel que soit le vocable sous lequel on le désigne est une constante du monde du travail moderne et suscite l'attention de la communauté scientifique mondiale comme en témoigne le Congrès international de Juin 2018 sur le Harcèlement au travail (11^{ème} édition) organisé par le COMPTRASEC à Bordeaux⁷⁹.

79 11^{ème} Congrès international sur le harcèlement au travail. Bullying 2018 : « Mieux comprendre le harcèlement au travail dans un monde en mutation ». 5-8 Juin 2018, Bordeaux.
<https://bullying2018.sciencesconf.org/?forward-action=index&forward-controller=index&lang=fr>

LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE PROTECTION CONTRE LE HARCÈLEMENT PSYCHOLOGIQUE AU TRAVAIL : PARTICULARITÉS ET ENJEUX JURISPRUDENTIELS

JULIE BOURGAULT

Professeure agrégée, Université du Québec en Outaouais, membre du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT) et de l'Équipe de recherche travail et société (ERTS).

ANNE-MARIE LAFLAMME¹

Professeure titulaire et doyenne, Faculté de droit, Université Laval; membre du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT).

Introduit en 2004 dans la *Loi sur les normes du travail* (LNT ci-après), le régime particulier de protection du harcèlement psychologique au Québec, s'ajoute au cadre légal préexistant². D'ordre public, les dispositions contenues dans la LNT définissent le harcèlement psychologique en milieu de travail et obligent les employeurs sous juridiction québécoise à le prévenir et à le faire cesser, que le présumé harceleur soit un représentant de l'employeur ou un collègue de travail. Ce recours est accessible aux salariés couverts par la LNT, peu importe l'endroit où ils exécutent leurs tâches et peu importe la source de harcèlement³. Toutefois, dès lors que l'employeur a rempli son obligation de prévenir et de faire cesser le harcèlement, ce recours devient sans fondement, et ce, même s'il est démontré qu'il s'agit de harcèlement.

Malgré la présence d'une protection législative particulière et la reconnaissance du caractère fondamental de ce droit⁴, le harcèlement psychologique au travail est toujours bien présent au Québec et suscite une jurisprudence florissante. D'ailleurs, la *Commission des normes, de l'équité, de*

1 L'auteure remercie Clara Morissette, étudiante au baccalauréat en droit à l'Université Laval, pour son aide à la recherche jurisprudentielle.

2 Voir J. Bourgault, *Le harcèlement psychologique au travail : Les nouvelles dispositions de la Loi sur les normes et leur intégration dans le régime préexistant*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, pp. 7-10 et 134.

3 M.-F. Chabot, « Les normes légales contre le harcèlement psychologique : loin d'être minimales », *Conférence des juristes de l'État 2011, Actes de la XIXe Conférence tenue à Québec les 13 et 14 avril 2011*, Cowansville, Yvon Blais, 2011, 483-548, p. 487-493.

4 Syndicat des employées et employés de métiers d'Hydro-Québec, section locale 1500 (SCFP-FTQ) c. Fontaine, 2006 QCCA 1642, par. 81.

la santé et de la sécurité du travail (CNESST)⁵ a traité 3617 plaintes en 2016, dont 151 ont donné lieu à une intervention judiciaire⁶.

À ce titre, l'analyse de la jurisprudence récente du *Tribunal administratif du travail* (TAT ci-après), de son prédécesseur la *Commission des relations de travail* (CRT ci-après) ainsi que des *Tribunaux d'arbitrage* (TA ci-après) permet d'identifier certains enjeux jurisprudentiels. D'une part, l'identification du harcèlement psychologique au travail a donné lieu à une abondante jurisprudence qui cerne les contours de la définition législative. D'autre part, le choix du législateur d'inscrire le recours dans le régime des conditions minimales de travail n'est pas sans complexifier le processus d'indemnisation des victimes, particulièrement pour celles qui ont subi une atteinte à leur santé dont la réparation est régie exclusivement par le régime d'indemnisation des lésions professionnelles⁷. Le format de cette contribution ne nous permet pas de couvrir tous ces aspects. Aussi, nous nous limiterons à l'examen de la jurisprudence portant sur la notion de harcèlement psychologique au sens de la LNT (I), afin d'en montrer les contours et les limites (II).

I - L'IDENTIFICATION DU HARCÈLEMENT PSYCHOLOGIQUE

L'article 81.18 de la LNT définit ainsi la notion :

[...] une conduite vexatoire se manifestant soit par des comportements, des paroles, des actes ou des gestes répétés, qui sont hostiles ou non désirés, laquelle porte atteinte à la dignité ou à l'intégrité psychologique ou physique du salarié et qui entraîne, pour celui-ci, un milieu de travail néfaste. Une seule conduite grave peut aussi constituer du harcèlement psychologique si elle porte une atteinte telle qu'elle produit un effet nocif continu pour le salarié. À la lumière de cette définition, il y a harcèlement psychologique au travail en présence d'une conduite vexatoire produisant des effets sur le salarié et le milieu de travail. La jurisprudence définit chacune de ces composantes (A) et utilise une approche globale dans l'identification de la conduite vexatoire (B).

A - LES COMPOSANTES DE LA DÉFINITION : LA CONDUITE VEXATOIRE ET SES EFFETS

La preuve du harcèlement psychologique au travail exige d'abord d'établir le caractère vexatoire de la conduite, pour ensuite démontrer les effets de cette conduite. Sans conduite vexatoire, il n'y a pas d'effets, donc pas de harcèlement⁸.

5 La CNESST remplace l'ancienne *Commission des normes du travail* (CNT).

6 CNESST, *Rapport annuel de gestion 2016*, Annexe 2, p. 172
<http://www.cnesst.gouv.qc.ca/Publications/400/Documents/DC400-2032-10web.pdf>

7 J. Nadeau, *Le harcèlement psychologique au travail : l'accès difficile à l'indemnisation*, Cowansville, Yvon Blais, 2014 ; A.-M. Laflamme, J. Nadeau, « Le harcèlement psychologique au travail : une atteinte à la santé ou à la dignité de la personne? », *Conférence des juristes de l'État 2011, Actes de la XIX^e Conférence tenue à Québec les 13 et 14 avril 2011*, Cowansville, Yvon Blais, 2011, pp. 437-482.

8 *Breton c. Compagnie d'échantillons National Itée*, 2006 QCCTR 0601, par. 150.6 ; *Syndicat de l'enseignement de la Rivière-du-Nord c. Commission scolaire de la Rivière-du-Nord*, 2016 QCTA 653, par. 116-117 ; *Association des professeurs de Lignery c. Commission scolaire des Grandes Seigneuries*, 2017 QCTA 409, par. 601 ; *Laberge et Le Havre des femmes*, 2017 QCTAT 271, par. 27 ; *Guimond c. Union canadienne des Moniales de l'Ordre de Saint-Ursule*, 2017 QCTAT 5543, par. 62.

La **conduite vexatoire** s'entend d'« une attitude ou de comportements qui blessent ou humilient la personne dans son amour propre »⁹. En ce sens, le « caractère vexatoire fait référence au résultat de la conduite », « la personne sera diminuée, dénigrée tant sur le plan personnel que professionnel »¹⁰. L'intention de nuire du harceleur n'est toutefois pas une considération pertinente à l'analyse¹¹.

La conduite vexatoire se manifeste par des comportements, paroles, actes ou gestes **hostiles ou non désirés**. La jurisprudence a établi que le comportement de « quelqu'un qui manifeste des intentions agressives, qui se conduit en ennemi, de façon belliqueuse, antagoniste, adverse, défavorable ou menaçante », peut être qualifié d'hostile. Le caractère non désiré se réfère quant à lui à « un comportement qui n'a pas été recherché, voulu ou souhaité, ni explicitement ni implicitement »¹². Que le refus soit implicite ou explicite, il importe que « les faits reprochés [soient] objectivement [...] perçus comme non désirables »¹³. Ainsi, lorsque les comportements reprochés surviennent en réaction à un comportement provocateur ou dérangeant de la part du plaignant, « [l]a réaction dans ce cas, à moins d'être disproportionnée, et toujours selon les circonstances, ne peut être considérée hostile ou non désirée »¹⁴.

Par ailleurs, puisqu'« il s'agit généralement de paroles, de gestes ou d'actes qui sont anodins lorsque pris isolément, mais dont l'effet cumulatif est sérieux à cause de leur caractère répétitif et continu ainsi que des conséquences qu'ils entraînent »¹⁵, ils doivent se **répéter** pour constituer une conduite vexatoire, à moins d'être en présence d'une conduite grave. Une telle conduite grave est plutôt exceptionnelle. Il s'agira, à titre d'exemples, de

9 *Centre hospitalier régional de Trois-Rivières (Pavillon St-Joseph) c. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers Mauricie/Cœur-du-Québec*, [2006] R.J.D.T. 397 (T.A.), par. 166. Voir aussi *Laberge*, *ibid*, par. 140 ; *Association des professeur(e)s de Bishop's University et Université Bishop's*, 2016 QCTA 743, par. 592.

10 G. Poirier, R L. Rivert, *Les nouvelles normes de protection en cas de harcèlement psychologique au travail : une approche moderne*, Éditions Yvon Blais, 2004, 155 pages, p. 57 et 58, cités dans *Bangia c. Nadler Danino S.E.N.C.*, 2006 QCCRT 0419 et *Danies c. Villa-Maria*, 2015 QCCRT 0705.

11 *Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, *supra* note 8, *Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS) c. CIUSSS du Centre-Ouest-de-l'Île-de-Montréal*, 2017 QCTA 348, par. 70 ; *Lachapelle-Welman c. 3233430 Canada inc. (Portes et fenêtres ADG)*, 2016 QCTAT 3557, par. 110. Voir par contre dans *Laberge*, *supra* note 7, § 80 dans laquelle l'intention semble être prise en compte : « Vu ce qui précède, le Tribunal conclut que les différentes situations invoquées par la demanderesse au soutien de sa plainte pour harcèlement psychologique ne démontrent pas de comportements **visant** à lui nuire, la blesser ou la dénigrer ». (souligné par nous)

12 *Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, *supra* note 8, par. 172-174. Voir au même effet : *Laberge*, *supra* note 7, par. 143 ; *Bangia c. Nadler Danino*, *supra* note 9, par. 85 ; *Association des professeur(e)s de Bishop's University*, *supra* note 8, § 594-595.

13 *Syndicat des chargées et chargés de cours de l'Université de Montréal c. Université de Montréal*, 2017 QCTA 225, par. 131, citant *Habachi c. Commission des droits de la personne*, D.T.E. 99T-945 (C.A.).

14 *Syndicat de l'enseignement de la Rivière-du-Nord*, *supra* note 7, par. 166.

15 *Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, *supra* note 8, par. 169. Voir aussi *Bangia c. Nadler Danino*, *supra* note 9, par. 81 ; *Danies*, *supra* note 9.

« la lecture publique de reproches injustifiés à l'endroit de la plaignante devant une salle pleine de citoyens et de journalistes » ou encore de la menace « *I'm gonna to kill you* » adressée à la salariée ¹⁶.

Pour constituer du harcèlement psychologique, une conduite vexatoire doit porter **atteinte à la dignité ou à l'intégrité** du salarié en plus d'entraîner un milieu de travail néfaste. L'atteinte à l'intégrité « doit laisser des marques, des séquelles qui, sans nécessairement être physiques ou permanentes, dépassent un certain seuil » ; elle doit « affecter de façon plus que fugace l'équilibre physique, psychologique ou émotif de la victime »¹⁷. La dignité se réfère « au respect, à l'estime de soi et à l'amour-propre d'une personne »¹⁸ ; elle « est bafouée lorsque des personnes ou des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés »¹⁹. Ont par exemple été considérés comme une telle atteinte des menaces de mort²⁰ et des propos humiliants ou méprisants²¹. À ce titre, une conduite jugée vexatoire portera généralement atteinte à la dignité puisqu'elle réfère également au résultat de la conduite sur l'amour-propre de la personne.

Enfin, la jurisprudence a qualifié le **milieu de travail néfaste** « un milieu qui est nuisible, malsain, dommageable et qui ne permet pas la réalisation des objectifs liés au contrat de travail de façon saine »²². À titre illustratif, dans l'affaire *Lachapelle-Welman*, le TAT a jugé qu'en interrogeant le plaignant, un homme timide, à plusieurs reprises sur des sujets osés, sexuels, personnels, douteux et de mauvais goût, il n'a pas été « *traité avec pudeur, discrétion, retenue, égards, estime, considération, respect, déférence et de façon respectueuse* » par ses collègues de travail et qu'il a été « marginalisé et dévalorisé en raison de sa différence »²³, ce qui constitue un milieu de travail néfaste.

16 *Dubé c. Lochaber-Partie-ouest (Municipalité du canton de)*, 2015 QCCRT 0455, § 196 et *Franche et Restaurant & Délicatesse Gerry's inc.*, 2015 QCCRT 0608.

17 *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 ; *Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, *supra* note 8, par. 177 ; *Bangia c. Nadler Danino*, *supra* note 9, par. 89 ; *Laberge*, *supra* note 7, §145.

18 *Laberge*, *ibid.*, par. 145 ; *Breton*, *supra*, note 7, § 155 ; *Law c. Ministre de l'emploi et l'immigration*, [1999] 1 R C S 497, 530.

19 *Law c. Ministre de l'emploi et l'immigration*, *ibid.*, 530 ; *Bangia c. Nadler Danino*, *supra* note 9, par. 88.

20 *Roc c. Poulbec inc.*, 2007 QCCRT 0441 ; *Franche*, *supra* note 15.

21 *Orentes Silva c. 9009-1729 Québec inc.*, 2016 QCTAT 2155 ; *Dubé*, *supra* note 15, §216-219.

22 *Laberge*, *supra* note 7, par. 147 ; *Lachapelle-Welman*, *supra* note 10, par. 114, *Bangia c. Nadler Danino*, *supra* note 9, §91.

23 *Lachapelle-Welman*, *ibid.*, §112.

B – L'APPROCHE GLOBALE DE LA CONDUITE VEXATOIRE

La conduite vexatoire résultant généralement de comportements répétés, les tribunaux utilisent une approche globale pour déterminer le caractère vexatoire : « Il ne faut pas se limiter à les examiner au cas par cas. Cet examen demeure pertinent et nécessaire, mais l'analyse globale permet d'évaluer le degré réel de gravité de l'ensemble des conduites »²⁴.

Cette approche globale a permis à la Cour d'appel de considérer comme du harcèlement psychologique la conduite d'un salarié qui, successivement, porte **atteinte à plusieurs victimes**, et ce, même si chacune d'entre elles n'a pas nécessairement fait l'objet, de façon individuelle, de gestes vexatoires répétés²⁵. À l'inverse, cette approche globale permettra, dans certains cas, de soustraire des comportements à la notion de harcèlement psychologique. Par exemple, le TAT a décidé que le fait d'avoir pris la demanderesse par le bras pour la conduire là où elle refusait d'aller et de l'avoir insultée devant sa supérieure immédiate constituaient des comportements hostiles ou non désirés. Toutefois, il a jugé qu'il ne s'agissait pas pour autant d'une conduite vexatoire puisque « [c]es deux comportements, certes déplacés, s'inscrivent plutôt dans le cadre d'une relation difficile entre des collègues de travail aux personnalités peu compatibles »²⁶.

Dans quelques décisions, bien qu'il se réclame de l'approche globale, le décideur évalue le caractère vexatoire de chacune des conduites plutôt que d'en évaluer le caractère hostile ou non désiré. En fait, une analyse globale implique d'abord d'examiner au cas par cas les comportements pour vérifier s'ils présentent un caractère hostile ou non désiré. Ensuite, il faut évaluer si, dans une perspective globale, ces comportements présentent le caractère répétitif essentiel à la qualification d'une conduite vexatoire²⁷. En effet, un acte objectivement non désirable n'est pas pour autant vexatoire²⁸. Par exemple, dans l'affaire *Danies*²⁹, la CRT estime que la colère de la directrice à l'égard de la plaignante ne constituait pas en soi une conduite vexatoire et ne devait donc pas être retenue dans l'analyse globale, alors qu'il est possible de qualifier cette conduite d'« objectivement non désirable ». C'est par la répétition d'actes hostiles et non désirés, qui pris isolément peuvent paraître anodins, que la conduite devient vexatoire. D'ailleurs, dans l'affaire *Lachapelle-Welman*, chaque évènement, pris isolément, ne pouvait être qualifié de conduite vexatoire, bien qu'il s'agisse de comportements objectivement non désirables. La répétition de ces évènements a toutefois amené le TAT à conclure à une conduite vexatoire³⁰.

24 *Breton*, supra note 7, §152.1 et 150.5 ; *Bangia c. Nadler Danino*, supra note 9, §83 ; *Syndicat de l'enseignement de la Rivière-du-Nord*, supra note 7, §121.

25 *Centre de réadaptation en déficience intellectuelle du Saguenay-Lac-Saint-Jean (CRDI) c. Fortier*, 2014 QCCA 1581.

26 *Brochu c. 9139-8891 Québec inc. (Expédia Centre de croisières de Québec)*, 2017 QCTAT 3083.

27 Voir l'application de la démarche dans *Breton*, supra note 7, § 150.7 et 162-196.

28 Par exemple dans l'affaire *Syndicat de l'enseignement de la Rivière-du-Nord*, supra note 7, au §128, l'arbitre énonce que « [c]ertaines allégations doivent d'emblée être rejetées comme étant des gestes vexatoires posés par la direction envers le plaignant », en précisant toutefois au §145 : « Quelle que soit la façon d'analyser ces situations, une par une ou globalement, ou dans la foulée d'autres événements, il n'y a rien qui permet d'y voir des gestes vexatoires de la part de la direction. ». Voir aussi, *Giroux c. Café de la Débrouille*, 2015 QCCRT 0590, par. 26 ; *Danies*, supra note 9, §614-616.

29 *Danies*, *ibid*, §614.

30 *Lachapelle-Welman*, supra note 10.

II - L'EXCLUSION DE LA QUALIFICATION DE HARCÈLEMENT PSYCHOLOGIQUE

Afin de déterminer si la conduite vexatoire constitue du harcèlement psychologique, les tribunaux ont élaboré certains principes. D'une part, la conduite doit être appréciée dans la perspective d'une personne raisonnable (A). D'autre part, la jurisprudence a identifié des situations qui ne sont généralement pas du harcèlement, mais qui « pourront être perçues comme tel par une personne qui affiche une méfiance excessive, une tendance à la victimisation, une dépression, ou autre trait de personnalité ou maladie qui a pour effet de déformer la perception des choses »³¹. C'est le cas des rapports sociaux difficiles (B) et de l'exercice normal des droits de direction de l'employeur (C).

A - LA PERSPECTIVE DE LA VICTIME RAISONNABLE

En raison du caractère subjectif de l'appréciation du harcèlement psychologique au travail, la perception du plaignant comme seul point d'analyse n'est pas appropriée³². En effet, la perception des événements peut être teintée par la personnalité du plaignant, particulièrement lorsqu'il s'agit « d'une victime ou d'une personne ayant des problèmes de victimisation ou souffrant de paranoïa »³³. Ainsi, « toute situation impliquant la moindre contrariété dans un milieu de travail » pourrait être une manifestation de harcèlement psychologique aux yeux d'une personne qui a une vision déformée de la réalité³⁴.

Afin d'éviter que tout propos déplacé ne soit interprété comme du harcèlement psychologique au travail³⁵, l'analyse doit plutôt se faire à partir du modèle « subjectif-objectif » de la victime raisonnable, en déterminant si une « personne raisonnable normalement diligente et prudente, qui, placée dans les mêmes circonstances que la victime, estimerait que le présumé harceleur manifeste une conduite vexatoire »³⁶. Par exemple, dans l'affaire *Roblin*, le TAT est d'avis que la perspective du plaignant n'est pas celle d'une victime raisonnable en raison de son « incapacité [...] à voir les choses de

31 *Syndicat de l'enseignement Rivière-du-Nord*, supra note 7, §120 ; *Syndicat des techniciens, techniciennes et professionnels, professionnelles du Centre de santé et de services sociaux de l'Énergie c. Centre de santé et de services sociaux de l'Énergie (CIUSSS)*, 2017 QCTA 409, §982-984.

32 *Bangia c. Nadler Danino*, supra note 9, §95, citant *Habachi*, supra note 12.

33 *Ibid*; *Bangia c. Avoman*, 2016 QCTAT 7255. M.-F. Hirigoyen, *Le harcèlement moral dans la vie professionnelle*, Éd. La découverte et Syros, Paris, 2001, 444 pages, p. 83 et 84, explique le phénomène de la victimisation comme suit : « certaines personnes peuvent se complaire dans une position de victime. Dans ce cas, elles ne cherchent pas à trouver une issue à leur situation difficile, car cela leur confère une identité et une occasion de se plaindre. Cette position victimaire a donné un sens à leur mal de vivre et, pour maintenir ce mode d'existence, il leur faudra poursuivre sans fin leur agresseur afin d'obtenir une réparation qui s'avérera toujours insuffisante ».

34 *Bangia c. Avoman*, *ibid*, par. 85 ; *Danies*, supra note 9 ; *Bangia c. Nadler Danino*, supra note 9, §96.

35 *Duclos et Industrielle Alliance, assurances et services financiers inc.*, 2015 QCCRT 0262, Requête en révision judiciaire rejetée, 2015 QCCS 6268, § 85.

36 *Breton*, supra note 7, paragr. 151 ; *Dubé*, supra note 15, §148 et 149 ; *Guimond*, supra note 7, §62 ; *Lachapelle-Welman*, supra note 10 ; *Laberge*, supra note 7, §149, *Syndicat de l'enseignement de la Rivière-du-Nord*, supra note 7, §118-119.

façon correcte et raisonnable »³⁷. De même, dans l'affaire *Laberge*, le TAT considère la forte personnalité de la plaignante dans l'appréciation des événements³⁸.

B – LES RAPPORTS SOCIAUX DIFFICILES

C'est donc la perspective de la victime raisonnable qui permet aux tribunaux de distinguer le harcèlement psychologique des rapports sociaux difficiles. À ce titre, la jurisprudence considère que « les relations dans un milieu de travail ne sont pas forcément exemptes de débordement, d'accrochage ou de manifestation de colère »³⁹, et que « le manque d'amabilité, la froideur, l'indifférence pour autrui, la limitation des communications à ce qui est nécessaire pour l'accomplissement du travail, l'impolitesse même, sont des actes désagréables, parfois fâchants, mais qui ne débouchent pas nécessairement sur une conduite vexatoire »⁴⁰. Par exemple, des échanges entre deux personnes qui ne s'entendent pas, mais qui réussissent tout de même à faire entendre leurs arguments⁴¹ ou des commentaires irrespectueux s'inscrivant dans un contexte de guerre ouverte, n'ont pas été considérés comme du harcèlement. Dans ce dernier cas, le tribunal conclut que la personnalité de la plaignante a teinté sa vision du conflit⁴².

C – LE DROIT DE DIRECTION DE L'EMPLOYEUR

C'est aussi dans la perspective d'une victime raisonnable que doit être appréciée une conduite reliée à l'exercice du droit de direction. L'abus d'autorité de l'employeur représentait 46% des plaintes déposées à la CNT entre 2010 et 2013⁴³. Cette distinction a donc fait l'objet d'une abondante jurisprudence établissant plusieurs principes. D'abord, la jurisprudence énonce que le droit de direction est un pouvoir discrétionnaire qui accorde à l'employeur le droit à l'erreur. En ce sens, l'exercice raisonnable des droits de direction ne constitue pas du harcèlement psychologique au travail. L'exercice déraisonnable des droits de direction par un contrôle arbitraire, abusif et discriminatoire pourra être considéré comme du harcèlement psychologique au travail uniquement lorsque tous les critères constitutifs du harcèlement sont remplis⁴⁴. À titre d'exemple, se faire imposer une évaluation⁴⁵ ou se faire imposer des mesures disciplinaires⁴⁶ ne constituerait pas du harcèlement dans la

37 *Roblin c. Commission scolaire Sir-Wilfrid-Laurier/Sir-Wilfrid-Laurier School Board*, 2017 QCTAT 3889, par. 557 ; *Syndicat de l'enseignement de la Rivière-du-Nord*, *ibid*, §179-181.

38 *Laberge*, *supra* note 7, §117 ; *Dubé*, *supra* note 15, §161 (sensibilité de la plaignante).

39 *Dubé*, *ibid*, §191.

40 *Commission scolaire des Hautes-Rivières et Syndicat du personnel de soutien des Hautes-Rivières*, [2012] R.J.D.T. 1005 (T.A.), par. 487, Fixation d'une indemnité, 2014 QCTA 85, Requête en révision judiciaire rejetée, 2015 QCCS 4085.

41 *Dian c. Les pêcheries Norrel Québec inc.*, 2007 QCCRT 0551.

42 *Dubé*, *supra* note 15, §190 et 192.

43 C. Belzile et V. Caron, « Profil des salariés ayant déposé une plainte pour harcèlement psychologique », dans *Le harcèlement psychologique au travail 2004-2014, De la prévention à la résolution*, Yvon Blais, Cowansville, Québec, 2014, p. 1.

44 *Dessureault c. La Revue de Terrebonne inc.*, 2010 QCCRT 0094, §16-18 ; *Guimond*, *supra* note 7, §20 ; *Laberge*, *supra* note 7, par. 153 ; *Association des professeur(e)s de Bishop's University*, *supra* note 8, par. 599 et ss ; *Bangia c. Nadler Danino*, *supra* note 9, §249-251.

45 *Syndicat des chargées et chargés de cours de l'Université de Montréal*, *supra* note 12, §115.

46 *CIUSSS de l'Énergie*, *supra* note 30, §1000.

mesure où ces décisions sont justifiées. Toutefois, lorsqu'un employeur s'emporte après un salarié dès qu'il commet une erreur et qu'il a un style de gestion humiliante, il pourrait s'agir de harcèlement psychologique⁴⁷.

En conclusion, les caractéristiques du régime de protection du harcèlement psychologique au travail ont donné lieu à divers enjeux jurisprudentiels liés à l'identification du harcèlement. La jurisprudence démontre que certains comportements, même s'ils peuvent être inappropriés et délétères, ne constitueront pas pour autant du harcèlement psychologique au sens de la LNT.

Ces comportements pourraient toutefois contrevenir au droit à des conditions de travail justes et raisonnables au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*. D'ailleurs, dans une décision récente⁴⁸, un arbitre a conclu qu'un programme d'optimisation de la performance au travail constituait une violation du droit à des conditions de travail justes et raisonnables en raison de ses répercussions néfastes sur le climat de travail. À l'opposé, des plaintes de harcèlement psychologique ont été rejetées parce que la réorganisation des services ne visait pas uniquement la plaignante mais tout le personnel de l'établissement⁴⁹ ou parce que les objectifs de rendement fixés par l'employeur étaient raisonnables⁵⁰. En fait, contrairement au recours en harcèlement psychologique, une violation du droit à des conditions de travail justes et raisonnables ne requiert pas une conduite vexatoire et ne considère que les conséquences sur le milieu de travail⁵¹.

47 *Franche*, supra note 15, §121-125.

48 *Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS) c. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Nord-de-l'Île-de-Montréal*, 2016 QCTA 129, Pourvoi en contrôle judiciaire rejeté, 2017 QCCS 1583.

49 *Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Centre-Ouest-de-l'Île-de-Montréal*, supra note 10, §76.

50 *CIUSSS de l'Énergie*, supra note 30, par. 830.

51 Pour une analyse de cette décision, voir J.Bourgault, L. Boivin, « Nouvelle gestion publique, action syndicale et défense du droit à des conditions de travail justes et raisonnables », dans J. Grenier et M. Bourque, *Le système de santé et des services sociaux québécois. Une analyse de l'évolution des services sociaux et du travail social : idées, institutions, acteurs (titre provisoire)*, Québec, Presses de l'Université Laval, à paraître.

LE HARCÈLEMENT AU TRAVAIL DANS LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE : DÉLIMITATION DU PÉRIMÈTRE ET DÉBAT SUR LA RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR



Loïc LEROUGE

Chargé de recherche CNRS, COMPTRASEC UMR 5114,
CNRS-Université de Bordeaux

Le harcèlement moral au travail demeure depuis autant de temps que les relations de travail elles-mêmes existent. Le professeur Christophe Dejors rappelle par exemple que le harcèlement moral existait sur les chaînes de montage dans les années 1970 avec les « petits chefs »¹. La question a cependant fait véritablement irruption dans le débat public à travers la publication de l'ouvrage du docteur Marie-France Hirigoyen sur « Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien »² qui a marqué un tournant. Le terme de « harcèlement moral » a permis de désigner une forme de violence au travail qui se traduit par des agissements répétés entraînant une dégradation des conditions de travail à l'encontre d'un travailleur.

De nombreuses associations de lutte contre le harcèlement moral ont été créées au niveau national et régional³, deux propositions de loi ont été déposées (Georges Hage en 1999 côté Sénat et Roland Muzeau en 2000 côté Assemblée nationale). En 2001, Le Conseil Économique et Social et Environnemental (CESE) a publié un avis incluant une proposition de définition, le rapporteur étant le

-
- 1 V. entretien avec Christophe Dejors, « Harcèlement et santé au travail », <https://www.youtube.com/watch?v=L0rycUEJgRM>, mise en ligne le 20 octobre 2017.
 - 2 M.-F. Hirigoyen, *Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*, Éd. La Découverte et Syros, Coll. Pocket, 1998, 252 p.
 - 3 Par exemple Mots pour Maux au travail, Association nationale des victimes de harcèlement psychologique au travail (ANVHPT), Harcèlement Moral Stop, Association contre le harcèlement professionnel, Harcèlement association de réflexion et de soutien, Association de défense contre le harcèlement moral, ...

professeur Michel Debout⁴. Ces débats sur le harcèlement moral au travail ont permis d'alimenter les travaux qui ont abouti à un chapitre qui lui a été dédié au sein de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002.

Le système français présente la particularité d'avoir décliné une même définition juridique en droit du travail, en droit pénal et en droit de la fonction publique⁵. Selon l'article L. 1152-1 du Code du travail (reproduit à l'article 233-2 du Code pénal et à l'article 6 quinquies du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires), « *Aucun salarié [ou fonctionnaire] ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ». *Trois critères cumulatifs doivent être réunis pour qualifier le harcèlement moral : les agissements litigieux doivent être « répétés » (un acte isolé ne peut donc pas conduire à sa qualification) ; ils ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail de la victime ; ils doivent être susceptibles de porter atteinte à sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. L'article 233-2 du Code pénal punit l'incrimination de harcèlement moral au travail de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.*

Outre une définition en droit, le système français a introduit des dispositifs juridiques pour lutter contre le harcèlement moral au travail. Le premier est de reconnaître la nullité de la rupture du contrat de travail qui méconnaît la définition du harcèlement moral (art. L. 1152-3 CT). Selon l'article L. 1152-4 du Code du travail, l'employeur est tenu de prendre les dispositions nécessaires pour prévenir les agissements de harcèlement moral et doit prévenir les atteintes à la santé physique et mentale au travail (art. L. 4121-1 CT)⁶. Il doit également inscrire dans le règlement intérieur les dispositions relatives à l'interdiction de toute pratique de harcèlement moral et sexuel (art. L. 1321-2 CT). Du côté salarié, l'article L. 1152-5 précise que dès lors qu'il est l'auteur de tels agissements, il est passible de sanctions disciplinaires. Le salarié, la personne en formation ou en stage qui dénonce des agissements de harcèlement moral est protégé contre des mesures discriminatoires (en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat ; art. L. 1152-2 CT). Une procédure de médiation a été instituée de manière inédite dans le Code du travail pour toute personne s'estimant victime de harcèlement moral (L. 1152 -6 CT).

4 <http://www.lecese.fr/travaux-publies/le-harcelement-moral-au-travail>

5 Notons que le régime juridique du harcèlement moral au travail est différent en France entre le secteur privé et la fonction publique, voir L. Lerouge L., « Les différences de traitement juridique du harcèlement moral dans le secteur privé et la fonction publique : des rapprochements possibles ? », *Droit social*, 2012, p. 483-490.

6 Pour lutter contre le harcèlement moral au travail, la loi du 17 janvier 2002 a également introduit la notion de « santé physique et mentale » dans les compétences du Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT est regroupé désormais avec les autres institutions représentatives du personnel dans le Comité Social et Économique depuis les ordonnances sur la réforme du droit du travail du 22 septembre 2017), du médecin du travail et dans le droit d'alerte du personnel

HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL

Le législateur a aussi donné des moyens aux représentants du personnel et syndicaux. Ainsi le délégué du personnel possède un droit d'alerte en matière d'atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles résultant de faits de harcèlement sexuel ou moral ou de toute mesure discriminatoire et qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché (art. L. 2313-2 CT). À un niveau plus collectif et sur le fondement de l'article L. 4612-3 du Code du travail, le Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) peut proposer notamment des actions de prévention du harcèlement moral, du harcèlement sexuel et des agissements sexistes. Le refus de l'employeur de les appliquer doit être motivé. En vertu des ordonnances du 22 septembre portant réforme du droit du travail, ces institutions représentatives du personnel seront cependant regroupées en une seule appelée Comité social et économique (CSE). Enfin, les organisations syndicales dans l'entreprise peuvent aussi se substituer à la victime de harcèlement moral avec son accord pour exercer une action en justice en sa faveur (action en substitution, article L. 1154-2 CT).

Dans une situation de harcèlement moral au travail, le salarié est considéré comme la partie faible au contrat de travail. Pour cette raison, comme en matière de discrimination, et de manière à en faciliter la démonstration, le législateur a procédé à un aménagement de la charge de la preuve. Ainsi, « le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles » (art. L. 1154-1 CT).

Au contentieux, les sanctions qui accompagnent le harcèlement peuvent être diverses en fonction de son origine. La première des sanctions est plus symbolique que juridique et s'exprime dans la reconnaissance même du harcèlement et de la condamnation de l'employeur. Lorsque le harcèlement trouve sa source dans une décision de l'employeur (par exemple une sanction disciplinaire), la victime pourra en obtenir l'annulation, avec toutes les conséquences sur sa situation de travail. Le salarié qui a été harcelé devra retrouver son état d'avant la sanction disciplinaire. Toutefois, pour obtenir des dommages et intérêts, il s'agira de prouver les dommages causés par la situation de harcèlement moral à l'égard de la victime. Le principe de l'aménagement de la charge de la preuve n'existe pas ici ; la preuve doit être rapportée par le demandeur. L'évaluation du préjudice psychologique n'est pas évidente, diverses interprétations sont possibles. Par exemple, la dépression de la victime est-elle réactionnelle à la situation de harcèlement ou bien d'autres facteurs l'expliquent-ils ? Le lien de causalité entre le dommage et le harcèlement moral doit être établi par la victime.

La définition juridique du harcèlement moral est de portée assez générale. Pour cette raison, et parce que le juge est seul compétent pour qualifier juridiquement le harcèlement moral, la définition a été précisée dans la jurisprudence. Le juge du travail français a mené un travail de précision considérable de la définition et de sa portée. En revanche, la jurisprudence administrative se veut plus restrictive. Les textes en la matière diffèrent du secteur privé ainsi que l'approche et la culture du travail. En raison de sa densité, il ne sera question dans cet article que d'effectuer une synthèse et une analyse de la jurisprudence française du harcèlement moral au travail dans le secteur privé.

La Cour de cassation a en effet tenu un rôle important pour encadrer la qualification du harcèlement moral en droit du travail français à travers les décisions qu'elle a pu rendre. La jurisprudence en matière de harcèlement moral au travail est extrêmement consistante, l'objectif sera donc d'évoquer des décisions emblématiques qui ont façonné le droit du harcèlement moral en France pour en faire un panorama. Ces décisions se répartissent entre le contentieux du travail pour une grande partie (I), et le contentieux de sécurité sociale et pénal (II).

I - HARCÈLEMENT MORAL ET JURISPRUDENCE EN DROIT DU TRAVAIL

La définition de l'article L. 1152-1 du Code du travail portant définition du harcèlement moral au travail peut être interprétée de différentes manières selon la juridiction saisie, notamment au regard de son caractère général. Le contrôle de qualification est alors essentiel afin d'obtenir une interprétation par les juridictions du travail unifiée sur le territoire français (A). Ce travail de la Cour de cassation a été très important en la matière et s'est beaucoup articulé autour de l'obligation de sécurité de l'employeur (B).

A - LE CONTRÔLE DE QUALIFICATION DU HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL PAR LES JUGES

Le contrôle de qualification consiste pour le juge à vérifier, confirmer ou infirmer au regard du droit l'appréciation des faits, en l'occurrence, de la situation de harcèlement moral. Ce contrôle comprend pour ce genre de situation une importante casuistique qui n'est pas forcément habituelle au contrôle exercé par la Cour de cassation⁷. Le juge sera projeté dans une situation complexe où il devra faire la part entre les conditions normales de travail et celles qui ne le sont pas et qui seraient qualifiées de harcèlement moral.

Depuis l'entrée en vigueur des dispositifs de lutte contre le harcèlement moral au travail le 17 janvier 2002, le contentieux en la matière s'est considérablement multiplié. Après deux décisions qui rejetaient la qualification de harcèlement moral⁸, la Chambre sociale de la Cour de cassation a finalement décidé le 27 octobre 2004 d'abandonner cette qualification à l'appréciation souveraine des juges du fond⁹. Compte tenu de l'évolution du contentieux en matière de harcèlement au travail avec la multiplication des affaires, l'absence de contrôle de qualification de la Cour de cassation amenait des décisions diverses, pas forcément motivées comme il se doit ou qui se contredisent selon la juridiction du fond saisie. Un risque d'arbitraire pesait alors sur les décisions rendues par les juges du fond, par exemple concernant la qualification de la cause réelle et sérieuse de licenciement ou alors concernant les conséquences juridiques lourdes pesant sur l'auteur des faits selon que la qualification de harcèlement moral était retenue ou non.

7 Voir P. Adam, « Un contrôle, dans quel dessein ? », *Semaine Sociale Lamy*, 29 septembre 2008, n° 1368, propos recueillis par Françoise Champeaux, p. 12

8 Cass. soc. 9 mars 2004, n° 02-473.422, inédit ; Cass. soc. 16 juin 2004, n° 02-41.795, inédit, *Lettre juridique Lexbase*, n° 141, p. 2, note Ch. Radé.

9 Cass. soc. 27 octobre 2004, *Semaine Sociale Lamy*, n° 1193, p. 11, *RJS*, 1/05, n° 4, *Droit Social*, janvier 2005, p. 100, obs. C. Leroy-Loustaunau.

En principe, la Cour de cassation n'a pas compétence de contrôler les faits, elle contrôle la conformité des décisions des juridictions du fond au droit. Jean-Yves Frouin, actuel Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation, rappelait néanmoins que le juge de cassation contrôle la qualification juridique des faits « toutes les fois que le législateur donne, ou crée, une qualification légale à laquelle il attache des conséquences juridiques précises ». Autrement dit, la Cour de cassation s'assure que les juges du fond ont donné la qualification juridique exacte sans opérer un contrôle des constatations matérielles effectuées par les juges du fond¹⁰.

La chambre sociale de la Cour de cassation s'est toutefois réappropriée le 24 septembre 2008 le contrôle de qualification du harcèlement moral tant les questions associées à la définition légale du harcèlement moral énoncée par la loi de modernisation sociale ont rendu nécessaire la nécessité de l'intervention du juge du droit pour interpréter une notion encore nouvelle et complexe plutôt que de s'en remettre aux juges du fond¹¹. La diversité des interprétations des juridictions du fond justifie aussi à elle seule cette « reprise en main » du contrôle de qualification par la Cour de cassation qui va ciseler le régime juridique du harcèlement moral au travail et faire le lien avec l'obligation de sécurité de l'employeur. La Cour de cassation a cependant évolué le 8 juin 2016 sur la question de la charge de la preuve du harcèlement moral au travail et l'appréciation des éléments invoqués par le salarié¹². Elle redonne la main aux juges du fond qui vont apprécier souverainement si le salarié établit bien des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement et si l'employeur prouve que les agissements invoqués sont étrangers à tout harcèlement.

B – LE HARCÈLEMENT MORAL INDISSOCIABLE DE L'OBLIGATION DE SÉCURITÉ DE L'EMPLOYEUR

Dans la construction du Code du travail français, la définition du harcèlement moral au travail est placée dans la partie I du Code du travail relative aux « relations individuelles du travail » à l'article 1152-1 du Code du travail alors que l'obligation de sécurité fait partie de la partie IV relative à la « santé et la sécurité au travail » au sein de l'article L. 4121-1. Des passerelles existent cependant entre les deux parties en matière de harcèlement moral au travail car la définition est dans la partie I tandis qu'un certain nombre de dispositifs imaginés pour lutter contre le harcèlement moral sont dans la partie IV. Ainsi, concernant l'obligation de sécurité à la charge de l'employeur, la loi de modernisation sociale a intégré la « santé physique et mentale » dans l'article L. 4121-1 du Code du travail dans l'idée de prendre en compte le harcèlement moral au sein cette obligation, ou le point 7 des principes généraux de prévention de l'article L. 4121-2 qui vise expressément le harcèlement moral (également sexuel et les agissements sexistes).

10 J.-Y. Frouin, « Sur le contrôle par la Cour de cassation de la qualification juridique de harcèlement moral », *RJS*, 10/05, p. 671.

11 Ph. Waquet, « Un contrôle naturel et nécessaire », *Semaine Sociale Lamy*, 29 septembre 2008, n° 1368, propos recueillis par Françoise Champeaux, p. 11 ; L. Lerouge, « Le contrôle de qualification du harcèlement moral au travail. À propos des quatre arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 24 septembre 2008 », *Petites Affiches*, n° 1 et 2, janvier 2009, p. 7-14.

12 Cass. soc. 8 juin 2016, 14-13.418.

Le 28 février 2002, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé de qualifier l'obligation de sécurité dont est tenu l'employeur d'obligation de résultat¹³. Ce n'est toutefois que le 21 juin 2006 que le lien entre obligation de sécurité de résultat et harcèlement moral au travail a explicitement été reconnu par la Cour de cassation en faisant appel en se fondant sur les articles 1152-1 et 4121-1 du Code du travail, ce dernier interprété à la lumière de la Directive n° 89/391 du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et la santé des travailleurs : « l'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement moral et que l'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité »¹⁴.

Une importante jurisprudence s'est alors développée en matière de harcèlement moral au travail. Ainsi, l'employeur est reconnu responsable de l'existence de harcèlement moral au travail même s'il a sanctionné l'auteur des faits¹⁵. Cependant, le salarié qui a faussement dénoncé des agissements de harcèlement moral pourra être sanctionné jusqu'au licenciement quand la mauvaise foi est prouvée¹⁶. L'apogée de la jurisprudence en matière de harcèlement moral au travail fut atteint le 10 novembre 2009 à l'occasion de deux arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation qui qualifie pour l'un le harcèlement moral au travail sans intention malveillante de son auteur (« indépendamment de l'intention de son auteur »)¹⁷ et pour l'autre « des méthodes de gestion mises en œuvre par un supérieur hiérarchique dès lors qu'elles se manifestent pour un salarié déterminé ».

Toutefois, un nouveau tournant a été amorcé avec la décision du 25 novembre 2015 rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation¹⁸ qui réoriente son approche de l'obligation de sécurité à la charge de l'employeur et qui va impacter l'approche jurisprudentielle du harcèlement au travail. La Chambre sociale a introduit pour la première fois l'article L. 4121-2 relatif aux principes généraux de prévention, qui visent notamment le harcèlement moral au travail, et initie un mouvement de repli qui semble

13 Cass. soc. 28 février 2002, *Bull.*, V, n° 81, p. 84 ; M. Babin, N. Pichon N., « Obligation de sécurité et faute inexcusable de l'employeur », *Droit social*, 2002, p. 828 ; A. Lyon-Caen, « Une révolution dans le droit des accidents du travail », *Droit social*, 2002, p. 445.

14 Cass. soc. 21 juin 2006, *D.*, 2006, n° 41, p. 2831, note M. Miné ; *RDT*, p. 245, obs. P. Adam ; L. Leblanc, « Harcèlement moral. Responsabilité personnelle du salarié et obligation de résultat de l'employeur », *RJS*, 8-9/06, p.670-675 ; Ch. Radé, « harcèlement moral et responsabilités au sein de l'entreprise : l'obscur éclaircissement », *Droit Social*, n° 9/10, 2006, p. 825-833.

15 Cass. Soc. 3 février 2010 n° 08-40.144.

16 Cass. Soc. 10 juin 2015 n° 14-13.318 et 13-25.554.

17 L. Lerouge, « La constitution du harcèlement moral au travail indépendamment de l'intention de son auteur », note sous Cass. soc. 10 novembre 2009 n° 08-41.497, *Petites Affiches*, n° 28, 9 février 2010, p. 18-21 ; L. Lerouge, « Vers la qualification de méthodes de gestion de harcèlement moral ? », note sous Cass. soc. 10 novembre 2009 n° 07-45.321, *Petites Affiches*, n° 21, 29 janvier 2010, p. 9-12.

18 Cass. Soc. 25 novembre 2015 D. 2015. 2507 ; *ibid.* 2016. 144, chron. P. Flores, S. Mariette, E. Wurtz et N. Sabotier ; v. A. Dejan de la Bâtie, *Arrêt Air France* : la chambre sociale rend un hommage appuyé à l'obligation de prévention, *JSL* 7 janv. 2016. 4 ; A. Gardin, La redéfinition de l'obligation de sécurité de l'employeur, *RJS* 2016. 99 ; M. Babin, L'obligation de sécurité de résultat, nouvelle approche, *JCP S* 2016. 1011 ; F. Champeaux, L'infléchissement de la jurisprudence sur l'obligation de sécurité, *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1700 ; *JSL* 2016, n° 401, p. 4, obs. A. Dejean de la Bâtie.

annoncer l'abandon de la référence à l'obligation de sécurité de résultat en droit du travail. Cette évolution a été confirmée en matière de harcèlement moral par une décision rendue en 2016 le 1^{er} juin 2016¹⁹ dans laquelle la Cour de cassation reconnaît que l'employeur avait pris toutes les mesures nécessaires de prévention au regard des articles L. 4121-1 et 4121-2 du Code du travail, l'exonérant ainsi de sa responsabilité. Toutefois, la non qualification du harcèlement moral par le juge n'exclut pas la responsabilité de l'employeur pour les situations de souffrance au travail²⁰.

Si le contentieux relatif au harcèlement moral a atteint en droit du travail une telle densité, cela s'explique notamment par l'aménagement de la charge de la preuve en faveur de la personne qui se prétend victime de harcèlement moral. En revanche, le contentieux est moins important du côté du droit de la sécurité sociale et en droit pénal en raison de l'absence de ce principe qui rend le harcèlement moral et ses effets plus difficiles à faire reconnaître, mais n'en reste pas moins intéressant.

II - HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL ET JURISPRUDENCE EN DROIT PÉNAL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

La jurisprudence de la sécurité sociale et pénale se distingue de la jurisprudence en droit du travail au regard du régime de la charge de la preuve. En droit de la sécurité sociale, en raison des passerelles avec le droit du travail quand il s'agit d'aborder l'application de la législation professionnelle, les débats se concentrent sur la reconnaissance ou non des effets du harcèlement moral au travail en accident du travail avec plusieurs niveaux de réponse relatifs au lien de causalité (A). En droit pénal en revanche, la réponse est plus tranchée, l'intentionnalité de l'auteur du harcèlement doit être apportée par le demandeur (B).

A - LA JURISPRUDENCE EN DROIT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE : LA QUALIFICATION D'ACCIDENT DU TRAVAIL DES EFFETS DU HARCÈLEMENT MORAL

En droit de la Sécurité sociale, les débats en jurisprudence portent bien sur la reconnaissance des effets sur la santé du harcèlement moral en accident du travail et non pas sur le harcèlement moral lui-même qui ne s'y prête pas par essence. Compte tenu que les troubles de la santé mentale ne sont pas reconnus dans les tableaux de maladies professionnelles et que la reconnaissance par la voie des maladies hors tableau s'avère compliquée, les juges ont généralement rattaché l'application de la législation professionnelles aux accidents du travail qui offre un régime juridique plus commode en l'espèce.

La présomption d'imputabilité vise toute lésion apparue au temps et au lieu de travail constitue un accident imputable au travail²¹. Elle a été créée par la jurisprudence afin d'éviter à la victime d'un accident de prouver son origine professionnelle. Toutefois, cette présomption est une présomption simple qui peut être renversée par la preuve contraire

19 Cass. soc. 1^{er} juin 2016, n° 14-19.702.

20 Cass. soc., 6 déc. 2017, n° 16-10.691.

21 Cass. soc. 2 février 1983, Bull. V, n° 71.

en démontrant que l'origine de l'accident est totalement étrangère au travail²². Le 2 avril 2003, la chambre sociale de la Cour de cassation a estimé cependant l'accident du travail pouvait se définir comme « un événement ou une série d'événements survenus à des dates certaines par le fait ou à l'occasion du travail, dont il est résulté une lésion corporelle, quelle que soit la date d'apparition de celle-ci »²³. La définition de l'accident du travail retient donc en 2003 deux critères décisifs qui sont le caractère soudain et le préjudice corporel résultant de l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail. L'utilisation par les juges du terme « série d'événements » laisse planer la possibilité d'un certain décalage dans le temps, ce que la Cour de cassation accepte en matière de vaccination. Un décalage entre le fait générateur et l'apparition des troubles de la santé est possible²⁴. La Cour de cassation a continué d'évoluer en laissant de côté le critère de la « lésion corporelle » à l'occasion de deux affaires relatives à des traumatismes psychologiques post-traumatiques²⁵, tout en admettant la réalisation *a posteriori* de conséquences psychologiques liées à l'accident.

En matière d'accident du travail, la jurisprudence est encore attachée à l'obligation de sécurité de résultat qui a servi en 2002 à travers les arrêts portant sur les affaires amiantes de redéfinir la faute inexcusable de l'employeur ouvrant droit à une réparation complémentaire au titre de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale quand l'accident du travail est reconnu. Cette position a été confirmée par un arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 24 juin 2005 selon lequel « en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les accidents du travail ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable »²⁶.

Le comble de cette jurisprudence fut atteint le 22 février 2007. En l'espèce, un mois après un arrêt maladie en raison d'un syndrome anxio-dépressif causé par son travail, un salarié a tenté de se suicider à son domicile. La Cour de cassation conforte la décision des juges du fond de déclarer opposable à l'employeur la décision de la CPAM en estimant qu'un accident qui se produit à un moment où le salarié ne se trouve plus sous la subordination de l'employeur constitue un accident du travail dès lors que le salarié

22 M. Badel, *Droit de la Sécurité sociale*, Ellipses, Coll. Mise au point, 2006, p. 90 ; Cass. ch. réunies 7 avril 1921, S., 1922, 1, 81.

23 Cass. soc. 2 avril 2003, *RJS*, 6/03, n° 801 ; *D.*, 2003, p. 1724, note K. Gaba ; *Dr. soc.*, 2003, p. 673, obs. L. MILET.

24 Les salariés obligés de se vacciner à la demande de l'employeur et des effets secondaires graves qui se déclarent plusieurs jours après la vaccination, *NDLR* ; Cass. civ. 2ème 25 mai 2004, *RJS*, 8-9/04, n° 966 ; Cass. civ. 2ème 22 mars 2005, *RJS*, 6/05, n° 667 ; *D.*, 2005, p. 2053, note Y. Saint-Jours.

25 À propos d'une dépression consécutive à un entretien d'évaluation : Cass. civ. 2ème 1er juil. 2003, *RJS*, 10/03, n° 1222 ; *D.*, 2004, p. 906, note M. Huyette ; à propos d'une dépression à la suite d'une agression au travail (attaque à main armée d'une banque) : Cass. civ. 2ème 15 juin 2004, *RJS*, 8-9/04, n° 965.

26 Cass. Ass. Plén. 24 juin 2005, n° 30-30.038 ; F.-j. Pansier, « Obligation de sécurité de résultat de l'employeur en matière de sécurité », *CSBP*, septembre 2005, p. 376 ; A. Dejean de La Bâtie, « Jurisprudence amiante : la consécration », *SSL*, 2005, p. 1225 ; F. Kessler, « Faute inexcusable : l'Assemblée plénière de la Cour de cassation met fin aux rébellions des juges du fond », *Droit Ouvrier*, nov. 2005, p. 473 ; X. Prétot, note sous AP 24 juin 2005, *Droit social*, 2005, p. 1067 ; O. Pujolar, « Faute inexcusable de l'employeur et faute inexcusable de la victime d'un accident de travail : des confirmations de jurisprudence », *Lexbase Hebdo - Edition Sociale*, 14 juil. 2005, n° 176 ; P.-Y. Verkindt, note sous AP 24 juin 2005, *RDSS*, 5/2005, p. 875.

établit qu'il est survenu par le fait du travail. La preuve du lien avec le travail est donc à rapporter du côté du demandeur, mais une situation de harcèlement moral permet de rejeter la faute intentionnelle. Ce lien de causalité est le plus souvent soutenu par des certificats médicaux qui attestent que l'état de santé dans lequel se trouve le salarié résulte de mauvaises conditions de travail. Côté employeur, souvent argumentant que des troubles comme la dépression est avant tout d'origine multifactorielle sans qu'il ne soit possible d'affirmer avec certitude que l'origine est bien professionnelle, le débat s'est porté sur la demande d'une meilleure justification de ce lien de causalité de la part du corps médical. En effet, des médecins sont poursuivis par certains employeurs devant les chambres disciplinaires du conseil de l'ordre en charge de veiller à la déontologie médicale pour justement avoir attesté par un écrit du lien entre la santé et le travail²⁷.

Le point commun entre le droit de la sécurité sociale (faute inexcusable) et le droit pénal est le lien avec le travail qui est à démontrer. En revanche, en matière de preuve, l'intentionnalité éloigne le droit de la sécurité sociale du droit pénal.

B - LA JURISPRUDENCE PÉNALE : PROUVER L'INTENTIONNALITÉ DU HARCELEUR PRÉSUMÉ

Conformément au droit de la procédure pénale, le demandeur à une action pénale en matière de harcèlement moral au travail doit prouver son existence ainsi que l'intentionnalité du harceleur présumé. Les décisions pénales en matière de harcèlement moral au travail ne font pas légion. Le plus souvent, elles résultent d'une mobilisation personnelle d'un inspecteur du travail et d'un(e) Procureur(e) de la République particulièrement conscient des dégâts produits par le harcèlement²⁸. Un certain nombre de décisions montrent une absence totale de prise en compte de la personne humaine résultat de décisions de gestion sans aucun discernement²⁹.

La lecture de la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation montre que sont incriminés pénalement les faits de moqueries, déclassements, humiliations et dénigrement publics, harcèlement moral discriminatoire en raison de l'exercice d'un mandat syndical, conditions de travail dégradantes (pas de pause, horaires de travail particulièrement étendus, impossibilité de prendre les périodes de repos auxquelles le salarié peut prétendre, sur contrôle des tâches sans justification, ...). La « mise au placard » ou « placardisation » écartant le salarié de relations avec ses collègues et de tâches à réaliser est incriminée par le juge pénal. Ainsi, le 17 juin 2014, la Cour de cassation a rappelé que « la fourniture de travail qui et la contrepartie du salaire perçu est une obligation pour l'employeur qui ne saurait s'en affranchir sans porter atteinte à la dignité du salarié ³⁰».

27 V. *Le Monde Économie*, « Les médecins veulent pouvoir attester librement les conséquences du travail sur la santé », 19 septembre 2017.

28 Conférence de R. Saada « Politiques pénales en matière de harcèlement moral au travail : quel suivi en droit français ? », 11th International Conference on Workplace Bullying and Harassment, Bordeaux, 6-8 juin 2018.

29 CA Paris, 22 novembre 2011 n° 10/ 07194.

30 Cass. Crim 17 juin 2014 n° 12-85.869.

Il arrive par ailleurs que des tensions naissent entre l'incrimination pénale de harcèlement moral au travail après un dépôt de plainte d'un salarié licencié et l'absence de qualification par le juge du travail du licenciement sans motif réel et sérieux. Or, la Chambre sociale de la Cour de cassation a, une nouvelle fois, tranché le 3 février 2017 en retenant que dès lors que le salarié licencié a été victime de harcèlement moral de la part de son supérieur hiérarchique, lequel a été condamné pénalement pour ces faits, son licenciement est nul. Le juge n'a pas à examiner les autres arguments invoqués par l'employeur à l'appui de ce licenciement³¹ en raison du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le droit civil. Les juges de cassation rejettent par ailleurs la décision de la Cour d'appel d'accueillir la demande de dommages-intérêts pour harcèlement moral, au motif que la victime avait déjà été indemnisée par le Tribunal correctionnel. La Chambre sociale distingue ici la condamnation pénale par le tribunal correctionnel des dommages subis par la victime et les dommages et intérêts alloués par les juridictions du travail en raison du harcèlement moral résultant des manquements de l'employeur.

Enfin, parmi les décisions marquantes de ce rapide panorama de la jurisprudence pénale, des juridictions sont susceptibles de retenir à l'encontre de l'auteur du harcèlement moral l'incrimination pénale d'homicide involontaire. Il en est ainsi du suicide résultant de conditions de travail mettant tellement à rude épreuve le travailleur, que les méthodes de management à son encontre sont reconnues comme du harcèlement moral³². De ce fait, quand le dossier du plaignant ou des ayants droit a été construit sur des preuves tangibles, il pourra aboutir jusqu'à la reconnaissance de l'homicide involontaire, mais à quel prix pour les victimes et les familles ! Une action pénale est une nouvelle épreuve, longue et tellement éprouvante. L'enjeu est donc bien celui de la prévention pensée pour enrayer tant de gâchis.

31 Cass. Soc. 3 février 2017, n° 15-23.499.

32 CA Paris, 4 décembre 2017 n° 16/06348.

LE HARCÈLEMENT AU TRAVAIL DANS LA JURISPRUDENCE JAPONAISE



KANTA OWADA

Professeur honoraire à l'Université de Shiga, Japon

Le harcèlement moral au travail est un sujet d'une actualité brûlante au Japon. En effet, selon les statistiques de l'Administration du travail japonaise, le harcèlement au travail¹ est l'un des motifs de recours les plus fréquents auprès des Directions départementales du travail (70 917 cas pour l'année 2016, soit 22,8 % de l'ensemble des recours)². Par ailleurs, le nombre de décès causés par des accidents du travail dans le secteur privé était de 928 en 2016 pour 54,36 millions de salariés. Or, parmi ces victimes, 261 sont des cas de *Karôshi* (mort subite par surcharge de travail) et 84 se révèlent être des suicides causés par des risques psychosociaux (*Karôjistasu*). Le nombre des suicides a malheureusement augmenté ces dernières années. Le rapport annuel réalisé par les services de la police, en 2016, montre que le nombre total de suicides était de 21 897 dont 6 324 salariés (28,9 %)³. L'analyse des motifs de suicide montre que 1978 cas étaient liés à des problèmes de travail ou à des échecs d'ordre professionnel, aux relations humaines, aux changements dans le milieu travail et à la fatigue du travail.

1 Le harcèlement sexuel n'est pas inclus dans ces chiffres. Il est traité séparément tant dans la statistique que dans le recours auprès de l'administration du travail.

2 Il faut noter que le harcèlement fait partie intégrante de certains contentieux relatifs au licenciement ou à la retraite, etc.

3 Pour des salariés hommes, le taux de suicide est de 193,8 pour cent mille (48,8 pour les femmes, 128,1 pour les hommes et les femmes ensemble). Selon C. Cohidon et al. *Suicide et activité professionnelle en France : premières exploitations de données disponibles*, Institut de veille sanitaire, 2010, p. 4, le taux annuel de suicide en France pour des salariés hommes entre 1976 et 2002 est de 25,1 % (pour les femmes, non calculé).

La Commission de recherche pour la santé mentale au travail réunie en 2010 par le Ministère de la santé, du travail et de la protection sociale a représenté le processus conduisant les salariés à se suicider selon trois modèles:

- (1) Mutation Fatigue → Relation humaine + Dépression → Suicide
- (2) Promotion → Fatigue → Échec au travail → Relation humaine → Suicide
- (3) Harcèlement au travail → Dépression → Suicide.

Il est également reconnu que les suicides des salariés résultent notamment de problèmes de *management* dans l'entreprise. Ainsi, bien que sachant que les longues heures de travail augmentent le taux de mortalité des salariés, seulement la moitié des salariés sont rémunérés pour l'intégralité des heures supplémentaires effectuées. Face à cette situation, il n'existe pas de réglementation véritablement efficace. Seules les recommandations de l'administration du travail conseillent de plafonner annuellement les heures supplémentaires à 360 heures (soit 45 heures par mois) ; mais en réalité, il ne s'agit pas d'une mesure ayant force obligatoire.

La politique de l'administration du travail met en revanche l'accent sur l'amélioration de la sensibilisation des salariés envers les risques psychosociaux au travail. Lorsqu'ils sont identifiés, ils ne sont traités qu'à un niveau individuel et seule une solution individuelle sera encouragée, ce qui n'est pas en phase avec des risques psychosociaux qui traduisent en réalité des risques organisationnels. Cela montre que la politique du travail japonaise a tendance à négliger le rôle des syndicats ainsi qu'une approche collective de la prévention des atteintes à la santé au travail, particulièrement les risques psychosociaux au travail. Si les syndicats sont organisés à l'intérieur de l'entreprise, et à ce titre appelés « syndicats-maisons », malgré un taux élevé de syndicalisation (17,1 % en 2017), ils n'ont pas assez d'influence concernant ces nouveaux risques décrits comme des risques psychosociaux. Or, à travers ces derniers, se pose en filigrane la question de la réalité de la représentativité des syndicats auprès des salariés, notamment dans le cadre de la législation sur la santé au travail.

I - LA LÉGISLATION DU TRAVAIL ET LE HARCÈLEMENT⁴

A - L'ABSENCE DE LÉGISLATION GÉNÉRALE SUR LE HARCÈLEMENT

Malgré la connaissance de la gravité de la situation, il n'existe pas au Japon de réglementation spécifique sur le harcèlement. Une loi spéciale a cependant été adoptée pour s'appliquer dans certains cas. En 1997, à la suite de la modification de la loi *Securing, Etc. of Equal Opportunity and Treatment between Men and Women in Employment*⁵, des

4 Le nom de la loi est cité en anglais, tel que traduit par le site Japanese Law Translation, dépendant du ministère de la Justice, <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/>

5 <http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11900000-Koyoukintoujidoukateikyoku/0000133458.pdf>

dispositions ont été adoptées pour faire face aux problèmes causés par le harcèlement sexuel au travail⁶ notamment en consacrant l'obligation de l'employeur de prévenir cette forme de harcèlement .

À l'exception du harcèlement sexuel, en l'absence de législation spécifique au harcèlement, pour obtenir des dommages-et-intérêts devant les juridictions du travail, les victimes doivent se fonder sur des dispositions de portée générale. Il en est ainsi de l'obligation de l'employeur d'assurer la sécurité et la santé des salariés⁷, ou alors, depuis 2007, lors de l'adoption de la loi *Labor Contracts Act*, l'obligation contractuelle de l'employeur d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs⁸, ou encore, depuis 2017, l'interdiction des discriminations contre les femmes enceintes ou les femmes et les hommes en congé parental⁹. La notion de harcèlement au Japon est par ailleurs considérablement fragmentée.

B - LA FRAGMENTATION DES NOTIONS

Mise à part l'hypothèse d'un harcèlement sexuel, il n'existe pas de notion juridique relative au harcèlement en général. Dans ce contexte, en 2012, l'administration du travail a adopté une définition et édictée des lignes de conduite concernant le « *Power Harassment* » (« *Pawa-hara* »). Cette position vise à prévenir en partie les harcèlements caractérisant un *Power Harassment*.

Le *Power Harassment* suppose l'existence de prérogatives dont disposent les supérieurs hiérarchiques. Lorsqu'ils en abusent, cette situation peut être qualifiée de *Power Harassment*. Pour se défendre et échapper à la mise en jeu de leur responsabilité, les harceleurs sont parfois tentés de prétendre, que leurs actions s'inscrivent dans le cadre de leurs missions et qu'ils ont simplement agi pour diriger leurs subordonnés.

La notion de « *Power Harassment* » suppose donc une relation hiérarchique entre supérieurs et subalternes. Toutefois cette condition, trop restrictive, suscite des critiques. Elle a le désavantage de rétrécir le champ d'application de la notion de harcèlement qui est, par exemple, un obstacle à la qualification de harcèlement lorsque les faits émanent de clients (harcèlement externe). Dans ce cas de figure, l'administration du travail continue néanmoins d'évoquer la notion de harcèlement.

6 Les employeurs doivent prendre les mesures nécessaires en matière de gestion du personnel pour conseiller les travailleurs en matière de harcèlement sexuel sur le lieu de travail afin qu'ils ne subissent aucun préjudice en raison de ce harcèlement sexuel (Article 11).

7 « Toute personne qui a intentionnellement ou par négligence porté atteinte à un droit d'autrui ou à un intérêt juridiquement protégé d'autrui est tenue d'indemniser tout dommage en résultant » (Article 709 du Code civil).

8 Dans le contrat de travail, l'employeur s'engage à prendre les mesures nécessaires pour permettre au salarié de travailler tout en assurant sa sécurité physique (Article 5).

9 Article 11(2) de *Securing, Etc. of Equal Opportunity and Treatment between Men and Women in Employment Act* Article 25 *Childcare Leave, Caregiver Leave and Other Measures for the Welfare of Workers Caring for Children or Other Family Members Act*.

La notion de harcèlement au travail au Japon est fragmentée car pour en désigner les différentes formes, beaucoup de termes existent aujourd'hui. Plus de trente mots sont utilisés, quelques-uns sont à souligner :

- « *Maternity Harassment* » : harcèlement contre les femmes enceintes ou ayant accouché.
- « *Parental Harassment* » : harcèlement contre les femmes ou hommes en congé parental ou demandant à en bénéficier.
- « *Karōshi (Long working)* » : harcèlement en raison d'une longue durée de travail comme l'ajout de plus de 100 heures supplémentaires par mois.
- « *New Employee Harassment* » : harcèlement contre le travailleur novice embauché sans expérience et sans connaissance de l'activité de l'entreprise.
- « *Academic Harassment* » : harcèlement par l'enseignant du personnel administratif ou de l'étudiant.
- « *Age Harassment* » : harcèlement en raison de l'âge contre les travailleurs seniors ou les jeunes salariés.
- « *Marriage Harassment* » : harcèlement contre les célibataires.
- « *Alcohol Harassment* » : harcèlement contre ceux qui n'aiment pas boire ou ne savent pas boire.
- « *Smoke Harassment* » : harcèlement par les fumeurs
- « *Social Media Harassment* » : harcèlement via les réseaux sociaux.
- « *Doctor Harassment* » : harcèlement par les médecins, y compris les accidents médicaux.
- « *Monster Parent* » : harcèlement des instituteurs par les parents d'élèves.

Les victimes de harcèlement, qui souhaiteraient engager la responsabilité des auteurs, doivent établir l'existence des actes de harcèlement afin d'obtenir des dommages et intérêts. En effet, ils doivent établir la preuve du type de harcèlement dont ils se plaignent. Or, l'un des inconvénients majeurs de la fragmentation de la notion de harcèlement est l'absence d'une notion générale. Il est donc essentiel d'établir une notion unique de harcèlement qui pourrait s'appliquer à toutes les situations décrites.

II - LA JURISPRUDENCE EN FONCTION DES CATÉGORIES DE HARCELÈMENT

Les actes de harcèlement au travail peuvent être classés en cinq catégories : harcèlement dans l'accomplissement des tâches quotidiennes (A), harcèlement par la direction des ressources humaines (B), harcèlement par des attitudes offensantes (C), harcèlement en raison de discriminations (D), harcèlement par des personnes extérieures à l'entreprise (E). Chacune de ces catégories de harcèlement fait l'objet de différentes décisions constituant la jurisprudence japonaise à ce sujet.

A - HARCELÈMENT DANS L'ACCOMPLISSEMENT DES TÂCHES QUOTIDIENNES AU TRAVAIL

Cette catégorie harcèlement et la jurisprudence qui s'est développée regroupent les cas de *Karōshi* ou de suicide par surcharge de travail (*Karōjisastsu*). Ces situations dramatiques sont causées par de longues durées de travail (1), une charge de travail

extrême (2), le manque de soins ou de considération du travailleur nouvellement embauché (3), des sanctions disciplinaires inappropriées (4), la position hiérarchique dans le milieu de l'enseignement (5).

1. Karôshi et longueur excessive de la durée de travail

La plus remarquable des décisions en matière de *Karôshi* est celle relative à l'affaire *Dentsu* du 24 mars 2000¹⁰. Dans cet arrêt de la Cour suprême, un jeune salarié avait été contraint de travailler 147 heures supplémentaires par mois. L'existence d'un harcèlement a été reconnue derrière la durée du travail à laquelle était soumis ce salarié qui s'est finalement suicidé. En l'espèce, le jeune Ichiro Oshima, a commencé à travailler le 1^{er} avril 1990 au sein de l'entreprise Dentsu après l'obtention de son diplôme universitaire. Il était en charge de la planification commerciale et des événements pour les promotions radio gérées par Dentsu. S'il pouvait retourner à son domicile dans la journée, en réalité, il n'y revenait que vers une ou deux heures du matin. En août 1990, le nombre de soirées passées au travail a augmenté. Dès le mois de novembre, il lui arrivait parfois de ne plus rentrer chez lui. En juillet 1991, le chef de l'équipe du jeune homme a effectivement estimé qu'il ne travaillait pas forcément dans de bonnes conditions de travail et ne les vivaient pas bien. Il a d'ailleurs commencé à s'exprimer envers son équipe en disant par exemple : « Parfois, je n'arrive pas à reconnaître ce que je fais et ce que je dois faire » ou encore « je ne peux pas dormir, je me réveille après seulement deux heures de sommeil. Mon insomnie a empiré depuis août et je n'en connais pas la raison ». Le jeune homme s'est alors pendu, juste après avoir achevé un travail sur un événement pour une émission de radio dont il était responsable.

Son père et sa mère ont déposé plainte contre Dentsu en alléguant que le suicide de leur fils avait été commis en raison d'une dépression causée par l'épuisement découlant de l'extraordinaire charge de travail supplémentaire à laquelle il devait faire face. Leur action portait sur la responsabilité de l'entreprise Dentsu pour non-exécution de son obligation de veiller à la sécurité de ses salariés en vertu de l'article 415 du Code civil et pour conduite délictueuse au titre de l'article 709 du Code civil. L'arrêt rapportait aussi que la victime, qui n'aimait pas les boissons alcoolisées, subissait l'humiliation de boire de la bière versée dans une chaussure par ses supérieurs. La Cour suprême a estimé qu'une entreprise a l'obligation d'organiser le travail de telle manière qu'il n'en résulte pas de maladie mentale et physique découlant de l'accumulation de fatigue ou de contraintes excessives. Le 24 mars 2000, la Cour suprême a accordé des dommages et intérêts d'un montant de 1 377 050 € (168 millions ¥) sur le fondement de la responsabilité de l'employeur prévue par le Code civil. (Une personne qui emploie d'autres personnes sera responsable des dommages causés à un tiers par ses salariés à l'occasion de l'exécution de cette activité (Article 715 du Code civil).

En 2016, dans la même société *Dentsu*, le jour de Noël, une jeune salariée s'est suicidée en raison d'un *Karôshi*. Elle avait travaillé environ 105 heures supplémentaires un mois avant sa mort. L'entreprise avait faussé la déclaration des heures supplémentaires en enregistrant une durée du travail de 70 heures qui était la limite conventionnelle des

10 Cour Suprême 24 mars 2000, RH (Rodo Hanrei, Revue des arrêts du droit du travail), 779. Dentsu est l'une des plus grandes entreprises de publicité mondialement connue. Voir L. Lerouge, *Risques psychosociaux et système japonais de prévention des risques professionnels*, Documents de travail, COMPTRASEC, 2013. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00818332/document>

heures supplémentaires mensuelles en vertu de la convention collective négociée par les partenaires sociaux de l'entreprise. Dans cette affaire, le supérieur hiérarchique de la salariée lui avait reproché 20 heures de travail jugées inutiles pour la société et l'avait réprimandé sur son apparence physique car elle ne devait pas se rendre au travail en ayant les yeux congestionnés. Le 5 octobre 2017, le Tribunal du district de Tokyo a condamné la société *Dentsu* au paiement d'une amende de 4 100 € (\500 000) pour infraction à la gestion de la durée du travail prévue dans la loi *Labor Standards Act*.

Ainsi, *Karôshi* et harcèlement se croisent. Le harcèlement précipite le *Karôshi* et, dans le même temps, les conditions menant au *Karôshi* deviennent une situation de harcèlement. L'employeur est responsable des conditions de travail. Plus particulièrement au Japon, il est responsable des effets du temps de travail sur la santé.

Dans une autre affaire, un jeune chauffeur s'est suicidé à la suite de longues heures de travail supplémentaires. Dans son entreprise de transport, l'accord collectif prévoyait un nombre maximal de 70 heures supplémentaires mensuelles qui pouvaient être étendues à 100 heures dans des cas exceptionnels. En pratique, le chauffeur avait effectué 63 heures et 45 minutes en heures supplémentaires en avril 2009, 110 heures et 15 minutes en mai, 99 heures et 50 minutes en juin, 129 heures et 50 minutes en juillet, 103 heures et 55 minutes en août et 102 heures 30 minutes en septembre. Il a travaillé de nuit à plusieurs reprises chaque mois (après 22 heures ; respectivement 2, 2, 1, 16, 9, 6 fois). Le supérieur hiérarchique lui avait reproché d'avoir commis quelques petites erreurs que les nouveaux salariés ont tendance à faire. À la suite de cela, il est tombé en dépression et s'est suicidé. Le Tribunal du district de Sendai condamna la société à payer une indemnité pour violation de l'obligation de protéger la santé et la sécurité de l'employé¹¹.

2 - Surcharge de travail et harcèlement

Une société de courtage vendait des obligations au porteur et répartissait les sommes à atteindre entre chaque salarié. Ces sommes leur semblaient très difficiles à atteindre. Lorsqu'un salarié était dans l'impossibilité de réaliser l'objectif fixé, son supérieur lui demandait de vendre son propre véhicule pour assurer des chiffres de ventes. La santé mentale de l'un des salariés en a été gravement impactée, le conduisant à commettre un suicide. Le Tribunal du district de Tokyo a considéré que les sommes à atteindre étaient trop importantes et que les paroles du supérieur à son encontre avaient été la cause du suicide. En conséquence, il avait ordonné à la société de verser des dommages et intérêts¹².

3 - Manque de soin ou de considération et effet sur la charge de travail d'un nouvel embauché

L'un des harcèlements les plus fréquents est celui que subit le jeune nouvellement embauché. Lorsqu'il intègre le personnel de l'entreprise, il n'a ni la connaissance ni l'expérience nécessaire à son poste de travail. Le supérieur lui demande un travail, mais le jeune employé ne saura pas l'effectuer en l'état de ses connaissances. Son travail devient alors lourd et synonyme d'un poids psychologique. Ce n'est pas rare que cette surcharge de travail accule le salarié à commettre un suicide. L'employeur et les supérieurs doivent

11 Trib. Sendai, 25 juin 2013, RH, 1079.

12 Trib. Tokyo, 13 décembre 2013 non publié.

prendre en considération la santé mentale du jeune salarié et lui attribuer des objectifs et une charge de travail, adaptés lorsqu'il débute son travail.

4 - Sanctions disciplinaires et harcèlement

Le chauffeur d'autobus d'une entreprise de transport routier avait endommagé la carrosserie de son bus à la suite d'un accrochage avec un autre véhicule. Son employeur lui a ordonné de cesser de conduire et l'a affecté au désherbage du site de dépôt d'autobus au motif qu'il fallait corriger ses erreurs de conduite. L'exécution de ce nouveau travail nécessitait une exposition durant de longues heures au soleil brûlant et au regard de ces collègues et des piétons. Le Tribunal du district de Yokohama a estimé que cette sanction disciplinaire ne pouvait pas avoir pour effet l'amélioration des techniques de conduire et a condamné la société au paiement de dommages-intérêts¹³.

Dans une autre entreprise, *Japan Railway (JR)*, un conducteur a reçu l'ordre de copier dans une pièce isolée les règlements intérieurs de l'entreprise, sans moyens de communication avec son service. Cette sanction disciplinaire fut jugée constitutive d'un harcèlement par le Tribunal du district d'Osaka¹⁴.

Outre le travail imposé à titre de sanction disciplinaire, on peut citer le travail inutile. Par exemple, un supérieur a ordonné à son subordonné de traduire un livre en anglais. Ce salarié n'était pas traducteur et n'avait donc aucune expérience en matière de traduction. Il finit ce travail en deux semaines, sans que cela ne soit d'une quelconque utilité pour l'entreprise. Le Tribunal du district de Tokyo a qualifié de harcèlement cette situation de travail imposée au salarié¹⁵.

5 - Harcèlement au travail en raison de la position hiérarchique dans l'enseignement ou *Aca Hara (Academic Harassment)*

Les victimes de cette catégorie harcèlement sont des étudiants, des assistants ou professeurs adjoints que le professeur titulaire soumet à des évaluations, à des examens, ou à des mesures discriminatoires concernant les subventions et les promotions. Il est difficile pour ces victimes de résister au professeur qui détient le pouvoir. Dans une affaire dans l'Université de médecine, un professeur avait injustement refusé de délivrer à son assistante un document nécessaire à sa fonction et avait bloqué son bureau en déposant un récipient d'eaux polluées devant la porte pour l'empêcher de faire des recherches. L'assistante, victime de ces traitements injustes, a obtenu réparation pour les actes de son professeur référent qui ont été reconnus comme constitutifs d'un harcèlement. Le tribunal lui a donné gain de cause et a reconnu la responsabilité de l'Université en raison de l'obligation d'assurer la sécurité et la santé des fonctionnaires dans l'exercice de leur métier¹⁶.

13 Trib. Yokohama, 21 septembre 1999, RH, 771.

14 Trib. Osaka, 19 septembre 2007, RH, 959.

15 Trib. Tokyo, 13 mars 2001, RH, 805.

16 Trib. 11 octobre 2000, RH, 799.

B – HARCÈLEMENT PAR LA DIRECTION DES RESSOURCES HUMAINES

Dans ce type de situation est visé la politique managériale et le comportement de la direction susceptibles de constituer des actes de harcèlement. Ainsi, dans une compagnie d'électricité, l'employeur tenta d'écarter quelques salariés qui l'avaient critiqué. La direction se mit à contrôler les communications entre les salariés, à écouter clandestinement des conversations téléphoniques et à inspecter secrètement les vestiaires. La direction fit pression pour dissoudre les amitiés nées entre les salariés. La Cour suprême condamna cette série de mesures en les jugeant attentatoires à la liberté d'instaurer librement des relations humaines¹⁷. La politique et l'action de la direction des ressources humaines doivent respecter cette liberté entre salariés. Dans le cas inverse, il s'agit d'un harcèlement des ressources humaines.

Un autre exemple de harcèlement managérial peut résulter du remaniement du personnel. Au Japon, en général, l'employeur a tendance à trop s'appuyer sur son pouvoir de modification du contrat de travail en passant outre le consentement des salariés. En effet, il n'est guère aisé pour salarié de s'opposer au changement de lieu de travail ou de fonction qui lui est proposé. L'employeur peut ainsi abuser de ce pouvoir, au point de peser lourdement sur la vie aussi bien professionnelle que personnelle du salarié. Dans une affaire, un salarié s'était opposé à la mutation dans un autre service et officieusement proposée par son employeur. Devant ce refus, il décida de supprimer artificiellement le département dont il dépendait, et l'a déplacé au nouveau poste. Le Tribunal du district de Tokyo estima que ce changement avait occasionné beaucoup d'inconvénients à l'égard du salarié, était injuste et abusif et a annulé cette mesure¹⁸.

C – HARCÈLEMENT PAR DES ATTITUDES OFFENSANTES

En général, ce type de harcèlement consiste en des attitudes offensantes sur un plan physique ou psychologique comme par exemple des violences, des menaces, des négligences. Il s'agit aussi d'obliger le travailleur à utiliser ses ressources propres pour l'exécution de la prestation de travail, de lui faire subir des plaisanteries, des calomnies et de la diffamation. Dans une telle situation, il est possible de reconnaître un cumul de responsabilités : pénale pour l'auteur des faits, et civile pour l'employeur qui devra assumer les conséquences d'un harcèlement dans son entreprise. Au Japon, en l'absence de disposition spécifique sur le harcèlement moral au travail, le droit pénal général s'applique.

Ainsi, à titre d'illustration, dans un institut de chimie, un salarié voulait se venger d'une femme employée dans le même établissement pour des motifs privés et d'ordre sentimentaux. Il enduisit l'intérieur de ses chaussures de poison. En se chaussant, elle subit de graves blessures aux pieds et aux jambes. Il fut poursuivi pour coups et blessures et fut condamné à une peine de prison de sept ans. Dans cette affaire¹⁹, ce fut la juridiction pénale qui fut compétente pour sanctionner ce comportement. Pour éviter toute mise en cause dans une situation de harcèlement, l'employeur doit prévenir ce genre de comportement en agissant en amont.

17 Cour Suprême, 5 septembre 1995, RH, 680.

18 Trib. Tokyo, 26 juin 2006, RH, 934.

19 Trib. Shizuoka, section de Numazu, 20 septembre 2013, LEX/DB 25501757.

Plus récemment, il est reconnu que l'utilisation d'Internet peut humilier un salarié au moyen de courriels, de blogs, de chat et autres instruments numériques qui peuvent être utilisés anonymement. Il n'existe pas encore au Japon de véritables développements visant à réfléchir à des méthodes efficaces pour prévenir ce type de harcèlement.

D - HARCÈLEMENT EN RAISON DE DISCRIMINATIONS

Le harcèlement discriminatoire est celui qui est constitué par des discriminations en raison du sexe, de l'âge, du handicap ou de la nationalité. Il sera ici question d'envisager des cas de discriminations en raison du sexe. Le cas typique de ce qui est appelé au Japon « harcèlement sexuel » porte sur la discrimination entre les femmes et les hommes dans l'avancement hiérarchique et les promotions professionnelles.

Ainsi, dans un établissement financier, les hommes bénéficiaient d'une nomination au poste de chef de service entre 13 et 15 ans après avoir été embauchés comme agents au guichet. Ils se voyaient par la suite promus six ans plus tard au poste de chef de bureau. En revanche, à âge égal, les femmes embauchées en même temps ne pouvaient que rarement profiter d'un avancement. Une salariée avait néanmoins été nommée chef de service après 36 ans d'ancienneté et aucune représentante du sexe féminin n'était devenue chef de bureau. Pour ces raisons, les salariées de cette entreprise réclamèrent un rappel de salaire en compensation de l'absence de promotion dont elles auraient dû bénéficier compte tenu de leur ancienneté. Elles sollicitèrent également leur nomination aux mêmes postes que ceux occupés par des hommes embauchés en même temps qu'elles.

En première instance, le Tribunal du district de Tokyo fit droit à la demande de rappel de salaire, mais refusa l'avancement hiérarchique au motif que seul l'employeur a le pouvoir de décider des promotions professionnelles de ses salariés²⁰. En appel, le Tribunal a accueilli les prétentions des requérantes pour l'intégralité de leurs demandes en considérant qu'il s'agissait du moyen le plus adéquat pour remédier à cette différence de traitement injustifiée²¹.

Plus récemment, des discriminations de genre ont été constatées à l'occasion du changement de nom après un mariage civil²². Ainsi, 96 % de ceux qui ont changé de nom après le mariage sont des femmes²³. Cela présente un lien avec la discrimination sexuelle et de harcèlement contre les femmes. En effet, si certains membres d'une assemblée délibérante ou artistes changent, en droit, leur nom après le mariage, ces personnes continuent dans la pratique à utiliser leur nom de jeune fille ou de jeune homme. En revanche, dans une entreprise, ceux qui changent leur nom après le mariage sont tenus de signifier ce changement à la direction et d'employer leur nouveau nom. Or, dans le domaine universitaire, cela désavantage considérablement les chercheurs ou les enseignants, puisque ces personnes doivent publier leurs articles en utilisant dorénavant le nom de leur conjoint. Le travail publié sous le nom de jeune fille n'est cependant pas affecté par ce changement.

20 Trib. Tokyo, 27 novembre 1996, RH, 740.

21 Tokyo, 22 décembre 2000, RH, 796.

22 'Un mari et une femme adoptent le nom de famille du mari ou de la femme conformément à ce qui est décidé au moment du mariage.'(Article 750).

23 Ministère du travail, 2016.

La Cour suprême a admis le 16 décembre 2015 la constitutionnalité de cette règle relative au changement du nom après le mariage²⁴. Toutefois une part croissante de la population féminine sollicite une modification de cette règle afin que chaque époux puisse conserver l'usage de son nom.

Parmi les mesures discriminatoires pouvant affecter les représentants d'un sexe, le harcèlement est très fréquent. Il existe une réglementation spéciale relative au harcèlement sexuel permettant aux victimes de demander réparation. Cela témoigne de l'importance que revêt la loi dans la lutte contre le harcèlement pour le prévenir et aider les victimes. On doit prendre en considération cette leçon.

L'un des problèmes essentiels en matière de harcèlement au travail est l'absence de définition juridique générale du harcèlement moral qu'il convient de résoudre le plus rapidement possible. Le droit du harcèlement au Japon est très lié au droit de la discrimination comme dans un certain nombre de pays de langue anglaise (États-Unis, Royaume-Uni, Australie, etc.). Il serait néanmoins opportun d'adopter des textes portant sur chaque type de harcèlements de manière à être plus en phase avec leur réalité et leurs caractéristiques. C'est notre mission la plus importante.

24 Cass., 16 décembre 2015, MinSyu (Revue des arrêts du droit civil), 69-8.

LE HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL DANS LA JURISPRUDENCE CHILIENNE

PABLO ARELLANO O¹

Spécialiste du Droit du travail, Unité de droit du travail et de la réforme,
Département de la Gouvernance et du Tripartisme de l'OIT, Genève;
Chercheur à la Faculté de droit, Université pontificale catholique de Valparaiso

JUAN PABLO SEVERIN C

Professeur de Droit du travail, Université catholique du nord, Coquimbo

Au Chili, deux périodes se sont succédées concernant la protection des salariés exposés à des situations de harcèlement au travail. Durant une première phase, ce phénomène n'était pas envisagé par le droit du travail et la protection en cas de harcèlement au travail trouve son origine dans une jurisprudence fondée sur l'obligation de l'employeur de prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger efficacement la vie et la santé des salariés et sur la considération que les comportements de harcèlement au travail impliquaient une violation des droits fondamentaux des salariés. La seconde étape débute par la reconnaissance légale expresse du harcèlement au travail dans le Code du travail chilien, grâce à la loi n° 20.607 du 8 août 2012².

1 Les opinions exprimées sont celles de l'auteur et ne représentent pas nécessairement celles de l'Organisation internationale du travail.

2 Pour en savoir plus sur cette loi, il est conseillé de consulter E. Caamaño Rojo, J.L. Ugarte Cataldo, « El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales », *Revista Ius et Praxis*, Université de Talca - Faculté des Sciences juridiques et sociales, n° 1 2014, p. 67-90 ; K. Lippel, y L. Casas Becerra, « Derecho y acoso desde la perspectiva comparada », *Estudios Laborales* n° 7, revue de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Legal Publishing, 2012, p. 5-24 ; L. Casas Becerra, « Un estudio sobre las quejas por acoso sexual ante la inspección del Trabajo: Desafíos y oportunidades de la ley n° 20.607 », *Estudios Laborales*, n° 7, Revue de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Legal Publishing, 2012, p. 25-50. E. Caamaño Rojo, « La tipificación y sanción del acoso laboral en Chile: Un ejemplo de cómo retroceder en el resguardo de los derechos fundamentales », *Estudios Laborales* n°7, revue de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Legal Publishing, 2012, p. 179-202 ; E. Caamaño Rojo, « Propuestas para la delimitación de la noción jurídico-laboral del acoso moral o mobbing », *Estudios Laborales*, n°6, revue de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Legal Publishing, 2012, p. 71-92 ; F. Walker Errazuriz, y P. Arellano Ortiz, *Derecho de las relaciones laborales, Tomo 1 Derecho individual del trabajo*, Librotecnia, Santiago, 2016.

Dans le domaine des relations individuelles de travail, le Code du travail est applicable à la majorité des salariés. Il ne s'applique pas aux travailleurs de la fonction publique étatique, qu'ils soient centralisés ou décentralisés, du Congrès national et du Pouvoir judiciaire, ni aux salariés des entreprises ou institutions de l'État ou de celles dans lesquelles l'État a des contributions, une participation ou une représentation, à condition que ces salariés soient soumis à une loi ou à un statut spécial. Toutefois, les salariés des entités susmentionnées sont soumis aux règles du Code du travail sur des aspects ou des questions qui ne sont pas régis par leurs statuts respectifs, à condition qu'elles ne soient pas contraires à ces derniers. Cette application supplétive de la législation générale du travail aux fonctionnaires s'est considérablement renforcée ces dernières années, et l'on observe une tendance à soumettre la fonction publique au Code du travail. Cette tendance n'est pas sans rapport avec la réglementation sur le harcèlement au travail inscrite dans le Code du travail, qui s'appliquera aux fonctionnaires des services publics et des municipalités.

Dans la première partie de cet article, nous traiterons de la réglementation du harcèlement au travail, en faisant état de la situation précédant l'adoption de la loi, puis nous détaillerons la loi qui le régit expressément (I). En outre, nous examinerons brièvement comment les normes de protection du harcèlement au travail ont été interprétées et appliquées par les tribunaux chiliens (II).

I - LA RÉGLEMENTATION DU HARCÈLEMENT AU TRAVAIL

Comme nous l'avons déjà mentionné, avant que le harcèlement au travail ne soit expressément régi par la loi n°20.607, la garantie de la dignité et de l'intégrité des salariés leur permettait d'être protégés contre un tel comportement. Pour sanctionner ces comportements de harcèlement, les tribunaux chiliens, à l'occasion de procédures judiciaires devant les tribunaux du travail appliquaient la règle énoncée dans la première partie de l'article 2, paragraphe 2, du Code du travail, qui dispose que « les relations de travail doivent toujours être fondées sur un traitement compatible avec la dignité de la personne », interprétée à la lumière de l'article 184, paragraphe 1, du Code du travail, qui dispose que l'employeur « est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger efficacement la vie et la santé des salariés... ».

Depuis l'introduction d'une nouvelle procédure de protection des droits fondamentaux des salariés, tout comportement de harcèlement au travail qui viole les droits à l'intégrité physique et psychologique, à l'honneur ou à la vie privée, doit faire l'objet d'un recours auprès du tribunal du travail, compétent pour statuer sur de telles demandes. Ainsi, avant même que le Code du travail ne réglemente le harcèlement au travail, les tribunaux ont assuré la protection de ceux qui étaient victimes d'un tel comportement³.

3 Pour de plus amples développements sur la jurisprudence relative à la protection en cas de harcèlement au travail, il convient de se rapporter à S. Gamonal Contreras, P. Prado López, *El mobbing o acoso moral laboral*, Legal Publishing, 3^e éd., 2009 ; L. Planet Sepúlveda, « Eficacia del procedimiento de tutela laboral como protección contra el mobbing en Chile », *Revista Chilena de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, Département du Droit du travail et de la Sécurité sociale, Faculté de Droit, Université du Chili, vol 1, n° 1, 2010, p. 93-122 ; M.C. Irigoyen Peduzzi, « El Acoso Moral », *Revista Laboral Chilena*, 2010, n° 11, p. 63. E. Caamaño Rojo, « La noción de acoso moral laboral o *mobbing* y su reconocimiento por la jurisprudencia en Chile », *Revista de Derecho de la Universidad pontificale catholique de Valparaíso*, 2011, n° 37, p. 215-240.

HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL

La loi n° 20.607 précise à l'article 2 du Code du travail que le harcèlement au travail « est contraire à la dignité de la personne » et le définit comme « tout comportement qui constitue une agression ou un harcèlement répété de la part de l'employeur ou d'un ou plusieurs salariés, contre un ou plusieurs autres salariés, par quelque moyen que ce soit, ayant pour conséquence de dévaloriser, maltraiter ou humilier la ou les victimes, ou qui menace ou nuit à leur carrière ou à leur avenir professionnel».

La Direction du travail a souligné, qu'à partir du texte sur le harcèlement au travail introduit au deuxième paragraphe de l'article 2 du Code du travail, il est possible de déduire « que l'intention du législateur était, d'une part, de sanctionner le harcèlement au travail, survenu dans les conditions prévues par la nouvelle législation, comme étant contraire à la dignité de la personne, puisqu'il s'agit d'un comportement illégal qui porte atteinte à diverses prérogatives juridiques découlant de ce droit, telles que l'intégrité physique et mentale et l'égalité des chances, ayant ainsi pour fondement le respect et la promotion des droits fondamentaux des individus dans le cadre de leur travail, protégés par la Constitution et les lois, dont les plus importantes sont directement applicables, notamment celle du Titre III du Livre I du Code du travail, du Règlement intérieur qui, dans son article 153, paragraphe 2, prescrit : « Il convient notamment de fixer les règles à respecter pour garantir un environnement de travail décent et propice au respect entre les salariés »⁴. La Direction du travail réaffirme également l'importance des règles existantes dans le Code du travail concernant l'obligation de l'employeur de protéger le salarié, en particulier l'article 184.

La réforme législative qui a introduit une définition du harcèlement au travail contient une terminologie qui pourrait donner lieu à des problèmes d'interprétation. La Direction du travail, le prévoyant, a précisé, dans son avis du 9 août 2012⁵, le sens de ses principales expressions, en déclarant ce qui suit :

- Agression : « acte d'attaquer quelqu'un pour le tuer, le blesser ou lui faire mal ». L'agression se définit également comme un « acte contraire au droit d'un tiers ».

- Intimidation : « action et effet d'intimider » et parmi les acceptions de son infinitif, figurent : « Vexer quelqu'un ou se moquer de lui avec insistance » et « Inciter quelqu'un avec insistance pour qu'il fasse quelque chose ».

- Dévalorisation : « effet de dévaloriser », l'infinitif « dévaloriser » a aussi plusieurs acceptions, notamment « Dénigrer ou porter atteinte à l'honneur ou la réputation ».

- Maltraitance : « action et effet de maltraiter », son infinitif « maltraiter » est défini comme « maltraiter quelqu'un par la parole ou par l'action » et aussi « dévaloriser, pervertir ».

- Humiliation : « action et effet d'humilier ou de s'humilier, et l'infinitif "humilier", quant à lui, est défini comme « atteindre quelqu'un dans son amour-propre, sa dignité » et « Pour une personne : vivre une situation dans laquelle sa dignité est rabaisée ».

Sur la base de ces définitions, la Direction du travail conclut que « le législateur a envisagé au sens large les comportements considérés comme du harcèlement au travail, de manière à permettre de considérer comme tel tout comportement qui implique une

4 Avis de la Direction du travail 3519/034 du 9 août 2012, qui établit le sens et la portée des modifications apportées par la loi n° 20.607 au texte du deuxième paragraphe de l'article 2, du premier paragraphe de l'article 160, et du deuxième et sixième paragraphe de l'article 171, tous issus du Code du travail.

5 *Ibid.*

agression physique contre le ou les salariés touchés, ainsi que les moqueries ou ennuis insistants à leur encontre, l'incitation à accomplir quelque chose, à condition que tout comportement de ce genre soit répété, et ce, quels que soient les moyens par lesquels les victimes sont soumises aux agressions ou aux harcèlements »⁶.

Concernant l'expression « ou qui menace ou nuit à leur carrière ou à leur avenir professionnel » qui figure dans la définition légale, cela doit être compris en ce sens que « le harcèlement au travail se produit non seulement lorsque l'action de l'employeur ou du/des salarié(s) cause un préjudice professionnel direct à leur situation au sein de l'entreprise, mais aussi lorsque la création d'un environnement de travail hostile et agressif met leur évolution professionnelle en danger »⁷.

En d'autres termes, le harcèlement en milieu de travail doit être entendu comme un comportement persistant et non comme des actes isolés. Un tel comportement doit être d'une ampleur telle qu'il a des effets sur la personne ou qu'il menace sa situation de travail ou son emploi.

Non seulement la loi n° 20.607 décrit le harcèlement au travail et le qualifie comme étant contraire à la dignité de la personne, mais elle contient également des dispositions relatives à la rupture du contrat de travail. D'une part, au regard de l'auteur des faits, le paragraphe 1 de l'article 160 du Code du travail, ajoute le comportement de harcèlement au travail comme nouveau motif de licenciement sans droit à une indemnisation. Ainsi, l'employeur peut décider de destituer de son emploi le salarié qui harcèle un autre salarié, dans les termes décrits à l'article 2 du Code du travail. D'autre part, si l'employeur a harcelé le salarié ou que ce dernier a été harcelé par d'autres salariés et que l'employeur n'a pas pris les mesures nécessaires pour protéger la victime, alors, cette dernière peut recourir à la notion de licenciement indirect ou d'autolicenciement. Parallèlement à la mise en jeu de l'autolicenciement, il est indiqué que le salarié peut réclamer les autres indemnités auxquelles il a droit.

La réglementation sur le harcèlement au travail n'est pas limitée aux salariés du secteur privé, comme cela a été mentionné plus haut, puisque la loi n° 20.607 stipule expressément que la loi n° 18.834 sur le statut administratif et la loi n° 18.883 sur le statut administratif des fonctionnaires municipaux sont modifiées pour que la réglementation sur le harcèlement au travail s'applique aux fonctionnaires dans les termes énoncés au deuxième paragraphe de l'article 2 du Code du travail.

Force est de constater que la loi n° 20.607, ainsi que l'incorporation dans la réglementation de certains des critères appliqués par la jurisprudence en l'absence de réglementation expresse⁸, a permis de renforcer la protection judiciaire en cas de harcèlement au travail.

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*

8 Par exemple, concernant l'exigence de répétition du comportement du comportement constitutif d'un harcèlement, on peut mentionner l'arrêt de la Cour d'appel de Santiago, Rol n° 1517/2011, du 14 décembre 2011, qui affirme que, bien que le juge ait été convaincu que les insultes, les grossièretés et les remarques péjoratives à l'encontre du salarié étaient prouvées, « puisqu'il s'agit d'un seul épisode, cela ne peut être qualifié de harcèlement, car pour qu'il soit reconnu comme tel, d'autres faits du même type doivent être prouvés, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce ».

II - MESURES ADOPTÉES PAR LES TRIBUNAUX DU TRAVAIL EN MATIÈRE DE HARCÈLEMENT AU TRAVAIL

Nous allons maintenant examiner quelques décisions des tribunaux chiliens qui, dans le cadre de notre législation sur le harcèlement au travail, ont résolu des questions intéressantes pour le développement et la consolidation de la protection des salariés victimes d'un tel comportement.

Concernant le harcèlement au travail d'une salariée qui continuait à fournir ses services à son employeur, la décision de la Cour suprême Rol n° 6870/2016 (Recours pour l'unification de la jurisprudence du travail) du 30 novembre 2016 visait à déterminer si le juge du travail, intervenant dans une procédure de protection des droits fondamentaux, était habilité à accorder une indemnisation pour le préjudice moral causé par un tel acte. La Cour s'appuyant sur l'article 495, paragraphe 4, du Code du travail⁹ considéra que « la directive du législateur vise à rétablir un équilibre rompu par la violation des droits fondamentaux, ce qui implique non seulement de mettre fin au comportement préjudiciable, mais donne également au juge de larges pouvoirs pour y parvenir, y compris la réparation des dommages et, en particulier, du préjudice moral ». La Cour ajoute que « même si rien ne peut ramener la victime à l'atmosphère de travail cordiale d'avant, [...] l'indemnisation accordée permet, par équivalence, de soulager l'inconfort, l'angoisse et la souffrance causés par le harcèlement et l'intimidation au travail auxquels elle a été soumise, en rétablissant l'équilibre perdu ». L'arrêt Rol n° 28922/2015 (Unification de la jurisprudence du travail) du 13 juillet 2016, avait statué dans le même sens.

Le jugement du tribunal du travail de Valparaiso, RIT T 245-2016, du 10 février 2017, traite de la situation de ceux qui, après avoir été harcelés par leur employeur, sont finalement licenciés, étant entendu que cette décision de licenciement est l'aboutissement d'un processus de harcèlement et de persécution au travail. Les faits établis par le tribunal du travail étaient les suivants « l'entreprise dénoncée, par l'intermédiaire d'un de ses représentants, a harcelé et a agressé la plaignante sur son lieu de travail, portant ainsi atteinte à son image personnelle et professionnelle au sein de l'organisation, conduisant à une dépression diagnostiquée par un psychiatre et à son licenciement, presque immédiatement après avoir dénoncé ladite situation à l'Inspection du travail, organisme qui aurait également constaté cette agression et fondant ce licenciement sur des paiements frauduleux ou malhonnêtes qui, en somme, n'ont pas été prouvés. La conduite de l'employeur était donc disproportionnée, non motivée, et son pouvoir de commandement a été transféré, ce qui, à son tour, constitue une violation des droits d'une grande signification et importance, assurés et protégés par notre Constitution et par l'ensemble de notre système juridique, comme le droit à l'intégrité psychologique, à l'honneur et à la garantie d'indemnisation... ». Il est intéressant de noter que même si le procès vise à dénoncer le licenciement comme une violation des droits fondamentaux, le tribunal prend en compte le harcèlement comme une situation qui durait depuis longtemps, et pas seulement la décision de rompre le contrat, pour conclure qu'il y a eu violation des droits à l'intégrité psychologique, à l'honneur et à la garantie d'indemnisation.

9 Cet article prévoit que « le juge doit veiller à ce que la situation soit ramenée à celle qu'elle était immédiatement avant la survenance de la violation faisant l'objet de la plainte et s'abstient d'autoriser tout type d'accord qui laisserait impuni un comportement qui porte atteinte aux droits fondamentaux ».

Nous avons déjà indiqué que dans le règlement statutaire de la fonction publique, il existe des règles de fond concernant le harcèlement au travail. Toutefois, lorsque le plaignant est un fonctionnaire régi par un statut spécial, il est pertinent de se référer à la décision de l'organe compétent pour examiner une plainte de harcèlement au travail. La Cour suprême, dans son arrêt Rol n° 2333/2014 du 20 mai 2015 (Unification de la jurisprudence du travail) énonce clairement que les salariés régis par le statut administratif des fonctionnaires municipaux, loi n° 18.883, et le statut de l'enseignement, loi n° 19.070, doivent s'en remettre aux tribunaux du travail pour toute plainte de harcèlement au travail. En effet, bien que la loi n° 18.883 fasse référence au harcèlement au travail, on peut affirmer qu'elle « ne prévoit pas de procédure spéciale pour la protection des droits fondamentaux, mais décrit simplement les interdictions auxquelles sont soumis les fonctionnaires municipaux ». Le tribunal rappelle néanmoins que la protection conférée par le Code du travail et sanctionnée par le juge du travail, couvre tout acte survenant dans la relation de travail qui, du fait de l'exercice des pouvoirs de l'employeur, implique une violation des droits fondamentaux du salarié, et qu'elle est applicable dans l'hypothèse du vide juridique d'un statut particulier. Dans le même ordre d'idées, on peut citer l'arrêt de la Cour d'appel de Santiago, Rol n° 1096/2015, du 16 septembre 2015¹⁰.

Comme précédemment indiqué, la victime de harcèlement au travail peut avoir recours à la théorie du licenciement indirect ou de l'autoliquidation pour mettre fin à la relation de travail au sein de laquelle elle a été victime de harcèlement. On en trouve un exemple clair dans le jugement du tribunal du travail de Valparaíso, RIT T-166-2013, du 24 janvier 2014, qui a accepté la demande d'autoliquidation d'une salariée pour des actes constitutifs de harcèlement au travail. Le juge considère que la persécution dont a été victime la salariée, sous forme de harcèlement permanent, humiliant et grave de la part de deux managers, constitue une violation du droit du travail par l'employeur, dans la mesure où ils représentaient l'employeur. La Cour d'appel de Valparaíso, saisie d'un recours en annulation¹¹, réaffirma, dans son arrêt du 24 avril 2014, que le juge de première instance avait établi l'existence évidente d'intimidations, ce qui constitue du harcèlement moral ou du harcèlement au travail, selon les termes de l'article 2 du Code du travail. En conséquence, l'employeur fut condamné à verser l'indemnité prévue par la loi à la salariée qui avait décidé de mettre fin à son contrat parce qu'elle était victime de harcèlement au travail.

10 L'arrêt indique que « dans le statut administratif, il n'existe pas de règles régissant une procédure juridictionnelle spéciale pour entendre et résoudre les plaintes pour violation des droits fondamentaux des fonctionnaires dans le domaine des relations de travail, la procédure de plainte étant celle de l'article 160 du Statut administratif, auquel le requérant se réfère, et qui n'est qu'un recours administratif devant le Bureau du Contrôleur général de la République. Il peut être saisi pour des vices de procédure, dus à des défauts d'un acte administratif, ce qui n'est pas comparable au recours juridictionnel de tout salarié, lorsque, en raison de l'exercice des pouvoirs de l'employeur ou, comme dans ce cas, du supérieur qui a les pouvoirs de direction et de décision, il subit une violation de ses droits fondamentaux ». L'arrêt ajoute que « les autres règles citées par le plaignant n'établissent pas une procédure de protection, mais, au contraire, reconnaissent précisément des garanties, réaffirmant le droit des fonctionnaires de voir leurs garanties fondamentales préservées, établissant à cette fin l'interdiction du harcèlement sexuel et au travail, aux termes de l'article 2, paragraphe 2, du Code du travail, de sorte que pour protéger et rendre effective la pleine protection de ces garanties, et d'autres garanties reconnues par la procédure de tutelle, la procédure prévue à l'article 485 du Code du travail soit applicable ».

11 Rol n° 74-2014.

Nous avons fait remarquer qu'avant que le harcèlement au travail ne soit reconnu par le législateur et après son incorporation dans le Code du travail, il a été considéré qu'un tel comportement implique une violation des droits fondamentaux des salariés, de sorte que la procédure de protection devant le juge du travail est un mécanisme de garantie idéal. Cependant, il convient de souligner, comme le fait l'arrêt de la Cour d'appel de Santiago¹², du 4 novembre 2015, que « l'article 184 du Code du travail, relatif au devoir de protection de l'employeur à l'égard du salarié, ne se limite pas à une obligation d'agir comme le prétend le plaignant, et n'est pas non plus exclu par l'existence de la loi sur la protection récemment créée, mais, comme le déclare la Cour, c'est l'un des mécanismes qui visent la protection générale du salarié ». Dans ce cas, le plaignant n'avait pas agi dans le cadre d'une procédure de protection des droits fondamentaux, mais avait réclamé des dommages-intérêts pour non-respect de l'obligation légale et contractuelle de sécurité prévue aux articles 2, 153 et 184 du Code du travail, dans une relation de travail en cours et à durée indéterminée. La Cour a jugé que « le défendeur a commis des actes assimilables à du harcèlement au travail au sens de l'article 2 du Code du travail, contrevenant ainsi à l'obligation générale de protection du salarié ». La Cour d'appel affirma qu'« en raison de la nature protectrice du droit du travail, les règles doivent être interprétées conformément au principe selon lequel le doute doit profiter au salarié, avec pour conséquence qu'elles doivent bénéficier et non nuire au salarié, comme il résulterait de l'interprétation demandée par le requérant concernant l'existence de deux lois exclusives en matière de protection au travail ». Ainsi, la Cour confirma le point de vue du tribunal de première instance selon lequel « le législateur a mis à la disposition des salariés une série de mécanismes qui visent à assurer leur protection générale, aussi bien physique que psychologique, ainsi que leurs droits fondamentaux, en se référant aux divers statuts de protection que l'on retrouve dans les différentes règles du Code du travail, qu'il cite, concluant ainsi que le statut protecteur est large et non exclusif, reconnaissant que la salariée disposait d'une série de mécanismes, tous aussi valables, pour agir à l'égard de son employeur ».

Pour conclure

L'entrée en vigueur de la protection spécifique au harcèlement au travail dans le système juridique chilien est le résultat d'un processus en évolution dans lequel la jurisprudence a joué un rôle central. En l'absence d'un texte juridique explicite, c'est la jurisprudence qui a ouvert la voie à la protection en cas de harcèlement au travail. D'autre part, lorsque la loi n° 20.607 est entrée en vigueur, la délimitation de la zone à protéger a pu être plus précise, et ce, grâce à une définition et un champ d'action qui sont maintenant mieux établis.

Comme nous l'avons vu, la jurisprudence continue de jouer un rôle très important, non pas pour décider si le harcèlement au travail fait l'objet d'une protection ou non, mais plutôt pour définir les mesures réparatrices ou palliatives adoptées. Parmi elles figurent un large éventail de possibilités, allant de la réparation du préjudice moral à la protection des fonctionnaires par le biais de la procédure prévue par le Code du travail.

12 Rol n° 948/2015.

On constate que la grande majorité des cas qui font l'objet de poursuites pour harcèlement impliquent une rupture de la relation de travail. Bien qu'il soit possible d'intenter une action en justice et d'obtenir une protection tout en maintenant la relation de travail, la pratique montre que cela est peu fréquent, voire évité.

Le juge du travail au Chili dispose d'un large champ d'action dans le domaine des mesures de réparation. En ce sens, le juge peut aussi bien imposer des formations pour améliorer l'environnement de travail ou simplement exiger des changements au sein de la structure interne de l'entreprise. Il est donc possible d'envisager que ce pouvoir permettra de réaliser de nouveaux progrès dans la protection en cas de harcèlement au travail, par le biais de la jurisprudence.

LA JURISPRUDENCE AUSTRALIENNE SUR LE HARCÈLEMENT PSYCHOLOGIQUE



PETER HAMPTON

Commissaire,

Chef de groupe, Lutte contre le harcèlement, Fair Work Commission, Australie¹

L'Australie a une longue tradition de protection contre le harcèlement psychologique, également appelé « harcèlement au travail ». Pendant de nombreuses années, les lois au niveau des États et, plus tard, au niveau fédéral, ont protégé les travailleurs contre les risques pour leur santé et leur sécurité découlant des risques professionnels². Cela s'étend au harcèlement sur le lieu de travail, qui, dans ce contexte, est le comportement d'un ou de plusieurs individus contre un ou plusieurs travailleurs qui crée un risque réel ou apparent pour la santé ou la sécurité psychologiques de cette personne. Cet article examinera brièvement l'application et les limites potentielles du droit en matière de santé et de sécurité au travail. L'Australie dispose également de systèmes relativement complets prévoyant une indemnisation des travailleurs, notamment en raison de dommages psychologiques. Ce droit, ainsi que les droits connexes de *Common law* en matière de dommages-intérêts pour le comportement négligent d'autrui, sont des éléments importants du système australien, cependant, la nécessité dicte que l'accent soit mis dans cette contribution sur le droit jurisprudentiel.

Un ajout important aux options en matière de prévention est apparu relativement récemment en raison d'une jurisprudence novatrice qui permet aux individus de faire sanctionner les problèmes de harcèlement en milieu de travail dans le but de contrer l'intimidation au travail qui constituerait un risque permanent pour la santé et la sécurité. En effet le 1^{er} janvier 2014, la Commission du travail équitable (« la Commission ci-après »), c'est-à-dire le tribunal national des relations de travail, a été dotée de pouvoirs spécifiques pour traiter les

1 Les opinions de l'auteur soutenues dans cette contribution ne sont pas celles de la *Fair Work Commission*.

2 Commencant par la législation sur les usines, traitant principalement des dangers physiques et des conditions de travail et s'étendant plus directement aux considérations de santé et de bien-être depuis le début des années 1970.

demandes en matière de harcèlement au travail. Cet article se penchera sur le contexte dans lequel cette nouvelle compétence a été instituée, sur les autres juridictions qui restent également accessibles aux parties, et sur l'application au cours des quatre dernières années des nouvelles dispositions.

Avant l'arrivée des Européens, les Australiens autochtones avaient un système sophistiqué de lois et de codes non écrits³. Le système juridique australien moderne a été largement inspiré de celui de la Grande-Bretagne, avec un système de gouvernement de type « Westminster », la création de tribunaux séparés et indépendants pour traiter de l'application, de l'interprétation et de l'exécution des lois adoptées par le Parlement, et le concept de la *Common law* (droit des juges ou loi jurisprudentielle⁴) établissant des principes juridiques et des droits qui fonctionnent sous réserve de l'application de la loi. Ce modèle a été adopté dans chacune des colonies d'Australie.

L'Etat fédéral du Commonwealth d'Australie a été formé en 1900 avec l'adoption par le gouvernement du Royaume-Uni du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* (« la Constitution »). Lors de la création de la Fédération, les colonies sont devenues des Etats, chacun d'entre eux conservant son propre Parlement, sa Constitution et la compétence de légiférer en général. La Constitution établit le cadre du système juridique australien et une liste de questions, ou « chefs de compétence », sur lesquels le gouvernement du Commonwealth peut légiférer⁵. Lorsqu'une loi d'un Etat est incompatible avec une loi du Commonwealth, c'est la loi du Commonwealth qui s'impose en général⁶.

Depuis la création de l'Etat fédéral, ces chefs de compétence ont fait l'objet d'interprétations, avec un élargissement progressif de leur champ d'application. Les sujets abordés dans cet article illustrent bien cette tendance ; traditionnellement les questions relatives à la santé et à la sécurité au travail, y compris le harcèlement psychologique, ont été du ressort des Etats. Plus récemment, cependant, la Constitution a été utilisée pour élargir la portée des lois du Commonwealth à un nombre croissant de questions liées au lieu de travail, dont le harcèlement, en s'appuyant sur la compétence fédérale pour régler les sociétés⁷.

I - L'INDEMNISATION DES CONSÉQUENCES DU HARCÈLEMENT AU TRAVAIL

A - LES ACTIONS EN COMMON LAW

Les principes de *Common law* en matière de rupture de contrat peuvent s'appliquer pour réparer le préjudice subi par une victime de harcèlement au travail. Le harcèlement, en tant que violation du contrat de travail, peut être retenu lorsque l'employeur n'a pas

3 C'est un sujet à part entière, notamment en ce qui concerne la poursuite des traditions et coutumes anciennes.

4 Voir la discussion dans *Lipohar v The Queen* (1999) 200 CLR 485.

5 *Commonwealth of Australia Constitution Act 1901* s 51.

6 *Commonwealth of Australia Constitution Act 1901* s 109.

7 Discuté dans *State of New South Wales v Commonwealth of Australia* (Work Choices Case) [2006] HCA 52.

respecté une stipulation expresse ou implicite du contrat de travail. Une stipulation expresse peut s'étendre à certaines politiques et procédures incorporées dans un contrat de travail⁸.

Il y a aussi certaines stipulations dans le contrat de travail qui sont implicites soit de fait, soit en droit, c'est-à-dire qu'elles ne résultent pas d'une clause, mais relèvent « en fait » de l'intention des parties d'être liées par ces conditions, ou « en droit » lorsqu'elles se sont développées en vertu de la *Common law*. L'une de ces conditions implicites en droit est le devoir de l'employeur de prendre des mesures raisonnables pour assurer la sécurité des salariés⁹. Une illustration de cette obligation implicite est donnée dans une affaire récente, *Keegan c. Sussan Corporation (Aust) Pty Ltd*, dans laquelle une travailleuse a obtenu des dommages-intérêts et une indemnisation après avoir subi un préjudice psychologique parce qu'elle était victime de harcèlement au travail après son retour à la fin de son congé de maternité. Cette décision fait suite à un certain nombre de décisions importantes, concluant « qu'il est bien établi que le devoir de diligence de l'employeur comprend l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour fournir un système de travail sécurisé et de prendre des précautions raisonnables pour éviter les blessures psychologiques¹⁰ ».

Les actions en relation avec la violation des termes exprès ou implicites du contrat de travail ne sont pas rares et peuvent entraîner le versement de dommages et intérêts considérables. Cependant, ce n'est pas une voie à laquelle la plupart des travailleurs peuvent accéder facilement en raison des restrictions légales, par exemple la compensation pour les préjudices subis au travail peut être limitée par le cadre légal d'indemnisation des travailleurs¹¹, et aussi des coûts d'une procédure de cette nature.

B – LES LOIS SUR L'INDEMNISATION DES TRAVAILLEURS

Le Commonwealth et chaque Etat et territoire d'Australie ont un système d'indemnisation des travailleurs « sans faute »¹². En règle générale, cela permet à un travailleur blessé d'avoir accès à des indemnités pour perte de salaire et frais médicaux pour des blessures ou des maladies découlant de son emploi. Ce système est subordonné à des limites chronologiques et de montant. L'indemnisation s'étend aux réclamations pour préjudice psychologique, mais dans la plupart des Etats, de telles réclamations sont limitées aux cas où la blessure ne résulte pas d'une « action administrative (ou dans certains cas de gestion) raisonnable »¹³.

8 *Goldman Sachs JB Were Services Pty Ltd v Nikolich* (2007)163 FCAFC 120.

9 *Keegan v Sussan Corporation (Aust.) Pty Ltd* [2014] QSC 64 at [20], following *Tame v New South Wales* (2002) 211 CLR 317, 365.

10 *Keegan v Sussan Corporation (Aust.) Pty Ltd* [2014] QSC 64 at [21], suivant *Tame v New South Wales* (2002) 211 CLR 317, 365, suivant *Koehler v Cerebos (Aust) Ltd* (2005) 222 CLR 44, 53.

11 Par exemple, l'article 44 de la Loi de 1988 sur la sécurité, la réadaptation et l'indemnisation prévoit que lorsqu'un salarié demande des dommages-intérêts pour perte non financière (douleur et souffrances), il ne peut prétendre à une indemnité pour accident et n'a droit qu'à un montant maximum de \$110 000. D'autres lois sur l'indemnisation des travailleurs limitent ou éliminent de manière significative les actions en *Common law*, sauf dans le cas des blessures les plus graves.

12 Le premier régime en Australie était le *Workers Compensation Act 1900* (Australie du Sud).

13 Par exemple, l'article 5A(1)(c) et (2) de la loi de 1988 sur la sécurité, la réadaptation et l'indemnisation exclut une maladie, une blessure ou une aggravation subie à la suite de mesures administratives raisonnables prises de manière raisonnable concernant l'emploi du salarié en question.

C - LES AUTRES CHEFS DE COMPÉTENCES

1. Harcèlement et discrimination

Il n'est pas possible dans le cadre de cette contribution de présenter dans le détail le harcèlement en milieu de travail lorsqu'il repose sur des motifs discriminatoires tels que le sexe, la race, le handicap, etc. Cependant, il est important de noter que lorsque le harcèlement dans le travail repose sur des attributs protégés par la législation anti discrimination, cela permet d'agir sur ce fondement que ce soit au niveau fédéral ou à celui des Etats et Territoires¹⁴. Ces dispositions impliquent l'application potentielle de sanctions contre les responsables et l'indemnisation des dommages.

De même, il existe également des dispositions spécifiques aux « actions préjudiciables » prises sur le lieu de travail qui couvrent un éventail de scénarios, en vertu de la *Fair Work Act de 2009 du Commonwealth*¹⁵. Ces actions constituent une violation des « protections générales » d'un salarié et comprennent la protection d'un droit défini ou de l'exercice de ce droit sur le lieu de travail, par exemple en se renseignant sur ses droits ou en adressant une demande à la Commission. Elles comprennent également les motifs discriminatoires généralement compris tels qu'énoncés ci-dessus. Les « actions préjudiciables » peuvent inclure la cessation d'emploi ou les « blessures dans le travail », les deux pouvant être considérés comme du harcèlement au travail. Des pénalités et une indemnisation du requérant peuvent également être attribuées par la Cour.

2. Réglementation de la santé et de la sécurité au travail

Jusqu'à tout récemment, la réglementation de l'intimidation sur le lieu de travail relevait généralement de la seule responsabilité des organismes de réglementation de la santé et de la sécurité au travail au niveau de l'Etat et du gouvernement fédéral. Les gouvernements à chacun de ces niveaux ont légiféré pour la réglementation de la santé et de la sécurité au travail, les « régulateurs » étant les organes chargés d'appliquer cette législation, ce qu'ils font dans le cadre de leurs propres politiques et directives.

La réglementation de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail en Australie a débuté avec l'adoption de la loi *Factories and Shops Act de 1885* (loi sur les fabriques et les magasins) dans l'Etat de Victoria, une législation similaire étant adoptée par la suite dans d'autres Etats. Cette législation visait en grande partie à réglementer des conditions de travail spécifiques, notamment pour les femmes et les enfants dans les usines et les commerces de détail. La Constitution australienne ne prévoit pas directement que le gouvernement du Commonwealth légifère en matière de santé et de sécurité au travail et, jusqu'à récemment, cette compétence relevait des Etats et Territoires. En 1991, le Commonwealth a légiféré en ce qui concerne la santé et la sécurité de ses propres salariés et cela a ensuite été étendu à d'autres éléments du secteur privé en Australie en utilisant d'autres chefs de compétence.

14 Voir, par exemple, *Age Discrimination Act 2004* (Commonwealth), *Australian Human Rights Commission Act 1986* (Commonwealth), et *Anti-Discrimination Act 1977* (NSW), *Equal Opportunity Act 2010* (Vic).

15 Article 345 *Fair Work Act 2009* (Commonwealth).

HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL

Si les lois sur la santé et la sécurité au travail dans chacun des six Etats et des deux territoires et au niveau du Commonwealth sont légèrement différentes, elles adoptent toutes le modèle de réglementation « Robens »¹⁶ et s'appuient fondamentalement sur l'obligation de diligence de l'employeur et des autres parties sur le lieu de travail. Le devoir imposé en vertu de ces lois est que le principal responsable (ce qui a un sens différent selon la juridiction) a le devoir d'assurer la santé et la sécurité du travailleur sur le lieu de travail. Pour ce faire, le responsable en question (y compris l'employeur ou l'entreprise qui exploite un lieu de travail) doit éliminer ou minimiser les risques pour la santé et la sécurité, dans la mesure du possible¹⁷.

Les lois actuelles sur la santé et la sécurité au travail dans chaque province et territoire ne mentionnent pas spécifiquement le harcèlement professionnel. Cependant, il ressort clairement de l'exposé des motifs de la loi du Commonwealth sur la santé et la sécurité au travail de 2011 que la définition de la santé est destinée à être utilisée « dans son sens le plus large et couvre à la fois la santé physique et psychologique. Cela signifie que la législation couvre les risques psychosociaux pour la santé tels que le stress, la fatigue et le harcèlement¹⁸ ». C'est donc l'un des risques professionnels que les personnes responsables sont tenues de résoudre et de contrôler « dans la mesure du possible ». Contrevenir à l'un de ces devoirs constitue une infraction pénale. Dans tous les Etats, seuls les inspecteurs des organismes de réglementation de la santé et de la sécurité au travail peuvent enquêter et poursuivre les infractions présumées à la législation pertinente en matière de santé et de sécurité au travail¹⁹.

En raison de préoccupations au sujet de la capacité des lois sur la santé et la sécurité au travail à traiter les infractions les plus graves²⁰, certains Etats ont modifié les lois pénales pour créer une infraction spécifique pouvant aller jusqu'à un comportement d'intimidation très grave²¹.

Les limites du cadre législatif de la santé et de la sécurité au travail ont également été décrites dans le rapport parlementaire *Workplace Bullying - We just want it to stop*, ce qui a donné naissance à une nouvelle réglementation pour traiter les problèmes de harcèlement dans le travail.

II - LE RAPPORT *WORKPLACE BULLYING - WE JUST WANT IT TO STOP* (LE HARCÈLEMENT PROFESSIONNEL : NOUS VOULONS JUSTE QUE ÇA S'ARRÊTE)

En mai 2012, le gouvernement australien a annoncé que le Comité permanent de l'éducation et de l'emploi de la Chambre des représentants mènerait une enquête sur le harcèlement au travail. Le mandat de l'enquête était le suivant : Déterminer s'il existe des lacunes réglementaires, administratives ou inter-juridictionnelles et internationales sur le

16 Nommé d'après le rapport de 1972 du Comité d'enquête britannique présidé par Lord Robens.

17 Article 17 *Work Health and Safety Act 2011* (Commonwealth).

18 *Explanatory Memorandum to the Work Health and Safety Act 2011* p. 8.

19 A l'exception de la Nouvelle Galles du Sud, où un dirigeant syndical a des pouvoirs similaires.

20 Voir *WorkSafe Victoria, Prosecution Results Summaries: Incident Summary: MAP Foundation Pty Ltd 08/02/2010*, Victorian WorkCover Authority
<http://www1.worksafe.vic.gov.au/vwa/vwa097-002.nsf/content/LSID164635-1>.

21 Par exemple le *Crimes Act 1958* (Vic).

plan juridique et politique qui devraient être corrigées afin d'améliorer la protection contre le harcèlement au travail et d'y réagir rapidement, notamment par des mécanismes de plaintes appropriés²².

Lors de la publication du rapport en octobre 2012, le Comité a noté que bien que de nombreux cas d'intimidation psychologique lui aient été rapportés, « il n'y a aucun exemple australien de ces affaires ayant fait l'objet de poursuites devant les tribunaux. Dans les affaires portées devant les tribunaux les atteintes sont physiques et non psychologiques²³ ». Le titre du rapport est tiré des résultats obtenus par le Comité qui a constaté que 90 % des victimes de harcèlement dans le travail disaient : « Je veux juste que ça s'arrête. Je ne veux pas nécessairement suivre un chemin formel. Je ne veux pas nécessairement de conséquences. Je veux juste que ce comportement prenne fin²⁴ ».

Le rapport indiquait que le cadre de travail sur la santé et la sécurité était le seul régime légal qui pouvait être appliqué en cas de harcèlement au travail. Comme nous l'avons déjà mentionné, ce cadre ne permet aux autorités d'appliquer la loi que dans le cadre d'une poursuite pénale pour manquement à une obligation de diligence. Il s'ensuit que ces cas exigent un haut niveau de preuve et, comme il a été noté précédemment, il y a eu peu de poursuites pour des motifs de harcèlement au travail, particulièrement lorsque le préjudice subi n'a été que psychologique et non physique. De plus, il n'existait aucun mécanisme permettant à un travailleur individuel de demander réparation des conditions subies au travail, au lieu de dépendre du bon vouloir de l'organisme de réglementation qui décidait de l'opportunité des poursuites dans le cadre de ses propres politiques.

La recommandation la plus importante faite dans le rapport, au moins pour les besoins du présent document, était la recommandation 23 : Le Comité recommande que le gouvernement du Commonwealth mette en place des mécanismes permettant aux personnes victimes de harcèlement au travail de bénéficier d'un droit de recours individuel afin d'obtenir réparation dans le cadre d'un processus décisionnel²⁵.

En réponse à la recommandation 23, le gouvernement a présenté le projet de loi sur l'équité dans le travail au Parlement, qui a été adopté et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014. Cette loi a donné lieu à la création d'un nouvel article 6-4B intitulé « Travailleurs victimes de harcèlement au travail » dans le cadre du *Fair Work Act de 2009* (Commonwealth) (Loi FW).

III - LES DISPOSITIONS SUR LE HARCÈLEMENT AU TRAVAIL ISSUES DU FAIR WORK ACT DE 2009

La nouvelle compétence a été confiée à la *Fair Work Commission* (Commission du travail équitable). La Commission est l'héritière d'une institution créée en 1901 sous le nom de Cour de conciliation et d'arbitrage du Commonwealth. Cette juridiction traitait principalement des conflits collectifs entre syndicats et employeurs. La Commission

22 *Workplace Bullying: We just want it to stop* House of Representatives Standing Committee on Education and Employment, Octobre 2012, p xiii.

23 *Workplace Bullying: We just want it to stop* House of Representatives Standing Committee on Education and Employment, Octobre 2012, p 5.

24 *Workplace Bullying: We just want it to stop* House of Representatives Standing Committee on Education and Employment, Octobre 2012 p 95.

25 *Workplace Bullying: We just want it to stop* House of Representatives Standing Committee on Education and Employment, Octobre 2012 p xiii.

actuelle est un tribunal indépendant qui traite d'un large éventail de questions relatives aux relations de travail, notamment la mise en place d'un filet de sécurité en matière de salaire minimum et de conditions d'emploi, le contrôle des négociations collectives, la résolution des litiges professionnels collectifs et individuels, la rupture du contrat de travail et d'autres différends fondés sur les droits des salariés.

La Commission est un organe juridictionnel établi en vertu du *Fair Work Act* et composé de magistrats nommés par le gouvernement et assistés par un personnel administratif. La Commission est chargée des fonctions de règlement extrajudiciaire des différends, comme la médiation et la conciliation, ainsi que des fonctions d'arbitrage qui l'obligent à tirer des conclusions de fait et de droit et à trancher des questions relevant de sa compétence. Les décisions prises par les membres de la Commission engagent les parties en présence, sous réserve des recours en appel devant une assemblée plénière de la Commission et, dans certaines circonstances, d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale d'Australie.

La Commission dispose de pouvoirs très étendus. Elle est guidée, mais non liée, par les règles de preuve et de procédure²⁶. Cependant, dans les affaires où elle peut être appelée à exercer son pouvoir décisionnel, la Commission doit appliquer les principes d'équité procédurale et de justice naturelle²⁷. Cela signifie que la Commission ne mènera pas d'enquêtes privées et ne s'appuiera que sur des éléments de preuve communiqués à toutes les parties concernées²⁸.

En ce qui concerne les pouvoirs spécifiques de la Commission en matière de harcèlement au travail, ils découlent des dispositions suivantes :

L'article 789FC prévoit :

Demande auprès de la FWC d'une ordonnance d'arrêt du harcèlement

(1) Un travailleur qui croit raisonnablement qu'il a été victime d'intimidation au travail peut demander à la FWC une ordonnance en vertu de l'article 789FF.

(2) Aux fins du présent article, le terme de travailleur a le même sens que dans le *Work Health and Safety Act de 2011*.

L'article 789FD prévoit en outre qu'un travailleur est victime d'un harcèlement professionnel si :

(a) pendant qu'il travaille dans une entreprise visée par la Constitution : (i) un individu ou (ii) un groupe de personnes se livrent de façon répétée à un comportement déraisonnable envers le travailleur ou un groupe dont le travailleur fait partie et (b) ce comportement présente un risque pour la santé et la sécurité.

(2) Pour éviter tout doute, le paragraphe (1) ne s'applique pas aux mesures de gestion raisonnables prises de façon raisonnable.

L'article 789FF prévoit également les éléments à prendre en compte pour que la Commission rende une ordonnance visant à mettre fin à un harcèlement :

La FWC peut rendre des ordonnances pour mettre fin au harcèlement

(1) Si (a) un travailleur a présenté une demande en vertu de l'article 789FC, et (b) la FWC est convaincue que (i) le travailleur a été victime d'un harcèlement au travail perpétré par un individu ou un groupe de personnes, et (ii) il y a un risque que le travailleur continue d'être harcelé au travail par cet individu ou ce groupe,

26 *Fair Work Act 2009* s 591.

27 *Fair Work Act 2009* s 577.

28 Voir le modèle de gestion des cas d'intimidation disponible sur www.fwc.gov.au

Alors, la FWC peut rendre toute ordonnance qu'elle juge appropriée (autre qu'une ordonnance exigeant le paiement d'un montant pécuniaire) pour empêcher que le travailleur ne soit victime d'un harcèlement au travail de la part de cet individu ou de ce groupe.

A - LE DROIT DU « TRAVAILLEUR » DE FAIRE UNE DEMANDE

En vertu des dispositions anti-harcèlement de la Commission, un « travailleur » peut demander à la Commission de rendre une ordonnance visant à mettre un terme au harcèlement s'il croit raisonnablement en avoir été victime²⁹. Le terme « travailleur » est défini par référence au *Work Health and Safety Act de 2011* (Commonwealth) (ou WHS Act) qui dispose qu'un travailleur est une personne qui exécute un travail à quelque titre que ce soit pour le compte d'une personne ayant une activité ou une entreprise, y compris dans les exemples suivants, un salarié, d'un entrepreneur ou un sous-traitant ; un salarié d'un entrepreneur ou d'un sous-traitant ; un salarié d'une entreprise de location de main-d'œuvre qui a été affecté à un travail dans son entreprise; un travailleur extérieur à l'entreprise ; un apprenti ou un stagiaire ; un étudiant en formation en stage professionnel ; un bénévole - sauf le cas d'une personne qui fait du bénévolat avec une « association de bénévoles » sans salariés.

Sont également définis comme des travailleurs, les membres de la police fédérale australienne (dont le commissaire et le commissaire adjoint) et les titulaires de charges publiques du Commonwealth. Mais la définition ne s'applique pas aux membres des forces de défense australiennes. Diverses décisions de la Commission ont exploré le champ d'application du terme « travailleur ». Ceci a conduit à prendre en compte un soignant s'occupant d'une personne handicapée et qui reçoit le paiement d'une prestation de soignant en vertu de la loi sur la sécurité sociale de 1991 (Commonwealth)³⁰, les présidents d'organisations statutaires³¹ et les bénévoles³².

B - LA CONDITION D' « ÊTRE AU TRAVAIL »

Pour que la demande d'un travailleur soit recevable, il doit se trouver « au travail » lorsque le comportement déraisonnable se produit. Le concept selon lequel quelqu'un se trouve « au travail » devient de plus en plus flou, en particulier lorsque les moyens de communication électroniques, y compris le courrier électronique et les réseaux sociaux peuvent être des méthodes utilisées pour se livrer à un comportement déraisonnable. L'expression « au travail » n'est pas définie dans la législation. La même expression est utilisée en relation avec l'obligation de diligence de l'article 19 de la WHS Act et est développée dans son exposé des motifs, selon lequel « le devoir de diligence est lié aux activités professionnelles et ne se limite pas à un lieu de travail physique »³³.

29 *Fair Work Act 2009* s 789FC.

30 *Arnold Balthazaar v Department of Human Services (Commonwealth)* [2014] FWC 2076, Watson VP, 2 avril 2014.

31 *Trevor Yawiriki Adamson* [2017] FWC 1976 (Hampton C, 19 mai 2017).

32 *Ibid and Gaylene May McDonald* [2016] FWC 300 (Hampton C, 15 janvier 2016).

33 *Explanatory Memorandum, Work Health and Safety Bill 2011* (Commonwealth) [22].

Cette approche générale a été adoptée par la Commission et d'autres juridictions³⁴. Il est toutefois nécessaire qu'il y ait un lien temporel entre le comportement incriminé et la présence du salarié sur le lieu de travail et cela a été spécifiquement considéré dans le contexte du harcèlement au moyen des réseaux sociaux³⁵.

C - LES ENTREPRISES VISÉES PAR LA CONSTITUTION

Une autre exigence est que le comportement de harcèlement ait lieu pendant que le travailleur est au travail dans une « entreprise visée par la Constitution ». Ceci est motivé par la portée de la Constitution australienne et des pouvoirs conférés au gouvernement du Commonwealth pour l'adoption de certaines lois. Les entreprises concernées comprennent celles qui relèvent des pouvoirs du Commonwealth lui-même, les autorités du Commonwealth, les personnes morales opérant sur un territoire ou dont les affaires ou l'activité sont menées principalement sur un territoire ou sur un lieu du Commonwealth. En ce qui concerne le secteur privé (non gouvernemental), la notion d'« entreprise visée par la Constitution » s'étend à une « société constitutionnelle », ce qui recouvre les « sociétés étrangères et les sociétés commerciales ou financières constituées dans les limites du Commonwealth³⁶ ». Dans la pratique, cela signifie que les dispositions anti-harcèlement s'appliquent au secteur privé en Australie et, en termes généraux, n'excluent que les organismes et agences du gouvernement des Etats et certaines administrations locales. Cependant, certaines organisations communautaires non gouvernementales n'ont pas suffisamment d'activités commerciales pour être considérées comme des sociétés commerciales (constitutionnelles)³⁷.

D - L'EXISTENCE D'UN À UN COMPORTEMENT RÉPÉTÉ ET DÉRAISONNABLE À L'ENCONTRE DU TRAVAILLEUR

Le comportement de harcèlement doit être le fait d'un « individu ou d'un groupe de personnes ». Individu signifie une personne physique³⁸. Un employeur ou une entreprise ne peut pas, de son propre chef, adopter un comportement d'intimidation au sens du FW Act. De plus, étant donné que le pouvoir de rendre une ordonnance en vertu de l'article 789FF est subordonné à la conclusion qu'il existe un risque que le demandeur continue d'être harcelé au travail par « la » personne ou le groupe de personnes, il sera en général nécessaire que la Commission identifie la personne ou les personnes responsables dans le cadre du processus d'établissement des faits. Toutefois, dans l'affaire *Bowker*, la Commission a trouvé difficile, compte tenu des éléments dont elle disposait, d'identifier avec précision les personnes qui avaient intimidé les demandeurs. En fin de compte, le groupe de travailleurs a été identifié comme une catégorie de travailleurs déterminée³⁹.

34 *Clarke v WL Meinhardt and Partners Pty Ltd* (non publié, NSW Industrial Court, Fisher CJ, 30 juin 1992), suivant *Workcover Authority of NSW (Inspector Farrell) v Ross Colin Morrison* [2001] NSWIRC 325 at [50].

35 *Bowker and Ors v DP World Melbourne Limited T/A DP Work and Ors* [2014] FWCFB (Ross J, Hatch VP, Gostencnik DP, Hampton C, Johns C, 19 décembre 2014, at [55].

36 *Commonwealth of Australia Constitution Act 1901* (UK), alinéa 51(xx).

37 *Re Ms Marie Pasalskyj* [2015] FWC 7309 (Hampton C, 13 novembre 2015), *Re Ms McInnes* [2014] FWC 1395 (Hampton C, 24 mars 2014).

38 *Acts Interpretation Act 1901 (Commonwealth)* s 2B.

39 [2015] FWC 7312 at [14] (Gostencnik DP).

La référence aux personnes sur le lieu de travail s'entend du harcèlement non seulement de la part d'autres salariés mais également de personnes qui peuvent être amenées à intervenir sur le lieu de travail telles que les clients ou les visiteurs. Par exemple, une situation, qui est loin d'être rare, c'est la demande faite par un entrepreneur qui fournit des services à des personnes morales dans les complexes résidentiels, comme cela a été le cas dans l'affaire *Manderson*⁴⁰. Alors que la décision dans cette affaire examinait la question liminaire de savoir si M. Manderson pouvait poursuivre sa demande par l'intermédiaire de la Commission, ce qui est également important à ce sujet c'est que les individus impliqués dans le comportement allégué étaient les propriétaires et occupants de certaines propriétés et non des travailleurs traditionnels sur un lieu de travail.

Afin de répondre à la définition légale de harcèlement, le comportement subi doit être répété, déraisonnable et créer un risque pour la santé et la sécurité. La Commission a conclu que le FW Act devrait être appliqué de la manière suivante :

- Le concept de « comportements répétés » de la part des individus implique l'existence de comportements persistants et déraisonnables, mais pourrait se référer à une série de comportements au fil du temps.
- Un « comportement déraisonnable » doit être considéré comme un comportement qu'une personne raisonnable, compte tenu des circonstances et en y réfléchissant objectivement, peut considérer comme déraisonnable.
- Il doit y avoir un lien de causalité entre le comportement et le risque pour la santé et la sécurité. Le comportement n'a pas besoin d'être l'unique cause, dès lors qu'il s'agit d'une cause substantielle d'un point de vue pratique et selon le bon sens. Le sens ordinaire du terme « risque » est l'exposition au risque de blessure ou de préjudice et doit également être réel et pas simplement éventuel⁴¹.

Quelques exemples de comportements d'intimidation : remarques grossières et insultes inappropriées, insultes racistes, augmentation de la charge de travail, refus de répondre à une demande d'assistance, rejet d'une demande d'équipement de sécurité, approche inadéquate de la résolution des problèmes de performance et de santé et la conformité à la sécurité⁴², une conduite visant à rabaisser une personne, le fait de jurer, de crier et d'utiliser un langage inapproprié, l'intimidation physique et les menaces de violence⁴³.

E – DES MESURES DE GESTION RAISONNABLES

La définition du harcèlement indique qu'elle ne s'étend pas aux « mesures de gestion raisonnables prises de manière raisonnable ». Cela a été inclus pour tenir compte du « besoin pour les gestionnaires de pouvoir gérer leur personnel »⁴⁴. Il s'agit d'un terme

40 *Re Manderson* [2015] FWC 8231 (Hampton C, 7 décembre 2015).

41 *Application by SB* [2014] FWC 2104 (Hampton C, 12 May 2014) et *Application by Singh* [2015] FWC 5850 (Hampton C, 28 August 2015). Voir également la description générale de la compétence dans *Amie Mac v Bank of Queensland Limited and Others* [2015] FWC 774 (Hatcher VP, 13 février 2015).

42 *Bowker and Others v DP World Melbourne Limited T/A DP World and Others* [2015] FWC 7312 (Gostencnik DP, 16 novembre 2015).

43 *CF and NW* [2015] FWC 5272 (Hampton C, 5 août 2015).

44 *Fair Work Amendment Bill Explanatory Memorandum* p 29.

commun considéré comme faisant partie des lois sur l'indemnisation des travailleurs, signalées précédemment, qui exemptent de l'obligation d'indemnisation dans les cas où un salarié a subi des blessures psychologiques à la suite de « mesures administratives raisonnables (ou de gestion) menées de façon raisonnable ». Les mesures de gestion qui ne sont pas raisonnables ou qui ne sont pas appliquées de façon raisonnable pourraient tout de même être considérées comme du harcèlement. Comme c'est le cas pour le harcèlement, d'une manière plus générale, ce concept est considéré par la Commission sur une base objective dans le contexte des parties concernées⁴⁵.

Dans l'affaire *Burbeck v Alice Springs Town Council* la Commission a examiné de près chaque décision managériale que la requérante a déclaré ne pas être une mesure de gestion raisonnable menée de manière raisonnable⁴⁶. Ce faisant, la Commission a estimé que certaines mesures raisonnables de la part de la direction n'étaient pas raisonnables, y compris le fait que l'employeur n'ait pas tenu compte des griefs déposés par la requérante en réponse à certaines des mesures prises contre elle. Pour déterminer s'il y avait lieu d'émettre des ordonnances, la Commission a estimé qu'il était probable que le comportement déraisonnable persisterait et qu'il y avait un risque que cela puisse créer un danger pour la santé et la sécurité. Le caractère continu du comportement a été en partie attribué à la requérante, considérant que « la présence de ce comportement contributif et de la conduite tempère inévitablement la considération de ce qui peut être fait par rapport à ce comportement ». Les ordonnances rendues par le commissaire prévoyaient la mise en place d'une formation en matière de lutte contre le harcèlement et de communication positive qui devait être suivie par toutes les personnes concernées par la demande, y compris la requérante.

F - L'EXISTENCE D'UN RISQUE POUR LA SANTÉ ET LA SÉCURITÉ D'UN RISQUE CONTINU DE HARCÈLEMENT AU TRAVAIL

Pour permettre à la Commission d'ordonner l'arrêt du harcèlement, il faut s'assurer que le travailleur a été intimidé au travail par un individu ou un groupe de personnes et qu'il y a un risque que le travailleur continue d'être victime d'un harcèlement au travail de la part des individus concernés⁴⁷. Par conséquent, la Commission ne peut émettre une ordonnance que si le travailleur continue d'être victime d'intimidation au travail et ne peut pas émettre une ordonnance si le risque n'existe plus, comme cela peut être le cas si le travailleur n'est plus au travail parce qu'il a démissionné ou a été licencié. Cette situation se présente parfois et constitue une limite au fonctionnement pratique de la juridiction. De plus, si l'employeur prend des mesures appropriées pour éliminer le risque que le harcèlement ne se poursuive⁴⁸, ou si les personnes concernées ont quitté le lieu de travail, la Commission n'a aucune raison d'ordonner la cessation du harcèlement.

45 *Re Ms SB* [2014] FWC 2104 (Hampton C, 12 mai 2014) para. 48.

46 *Burbeck v Alice Springs Town Council, Georgina Davison, Skye Price, Clare Fisher* [2017] FWC 4988 (Wilson C, 6 octobre 2017).

47 *Fair Work Act 2009 (Commonwealth) s 789FF*. Voir également *Atkinson v Killarney Properties Pty Ltd T/A Perm-A-Pleat Schoolwear and Michael Palm* [2015] FWC 6503 (Acton SDP, Gooley DP, Roe C, 14 octobre 2015) para. 35.

48 *Re Ms LP* [2015] FWC 6602 (Hampton C, 4 November 2015).

G - LES ORDONNANCES DE LA COMMISSION

Si la Commission est convaincue qu'un travailleur a été victime d'un harcèlement et qu'il existe un risque futur, elle peut alors rendre toute ordonnance préventive jugée appropriée. La Commission dispose de larges pouvoirs pour prendre les mesures préventives qu'elle juge appropriées. Ces pouvoirs doivent être éclairés par la conduite déraisonnable antérieure, telle qu'elle a été établie, sans toutefois s'y limiter. Cependant, toute ordonnance doit viser à empêcher le travailleur d'être harcelé à l'avenir par l'individu ou le groupe concerné, être fondée sur des constatations appropriées et tenir compte des considérations établies par l'article 789FF (2) du FW Act⁴⁹. La loi interdit toutefois à la Commission de rendre une ordonnance d'indemnisation ou de condamner l'employeur à verser une somme d'argent. La Commission peut également rendre des ordonnances provisoires, dans des circonstances exceptionnelles, notamment pour assurer la sécurité des parties ou pour permettre à la demande d'être entendue sur le fond⁵⁰.

La plupart des questions soumises à la Commission sont résolues suite à l'intervention de la Commission et sans qu'aucune ordonnance ne soit rendue. Depuis l'attribution de cette compétence, le nombre de demandes présentées est demeuré relativement stable, soit 722 en 2016-2017, 734 en 2015-2016 et 694 en 2014-2015⁵¹. Le nombre de demandes entraînant une décision, c'est-à-dire celles qui sont effectivement déterminées par la Commission, représente un pourcentage relativement faible de la totalité de ces demandes. Par exemple, en 2016-2017, seulement 60 demandes, soit 9 % de toutes les questions réglées, ont été finalisées par une décision. Sur ce total, seule une petite proportion des affaires concernait des ordonnances passées par la Commission. Ceci est le résultat des diverses conditions juridictionnelles préalables, de l'obligation pour le travailleur demandeur d'être encore présent sur le lieu de travail dans le cadre de toute ordonnance d'interdiction de harcèlement et des taux de résolution élevés⁵².

Pour conclure, la jurisprudence australienne relative au harcèlement au travail s'est considérablement développée ces derniers temps avec l'adoption du *Fair Work Amendment Act* de 2013. Auparavant, le cadre législatif était relativement stable, mais peu de décisions de justice aidaient efficacement à son interprétation. Ce qui a été démontré, c'est que la jurisprudence australienne relative au harcèlement au travail s'est développée de telle sorte que, jusqu'à récemment, la réparation ne pouvait être recherchée ou poursuivie que lorsqu'un cas de harcèlement très grave s'était produit, souvent avec des conséquences très sérieuses. La nouvelle compétence de la Commission vise à essayer d'arrêter ce harcèlement avant qu'il n'entraîne de telles conséquences. Bien que cette compétence ne soit pas nécessairement appropriée ou disponible pour tous les cas de harcèlement, il s'agit d'une compétence supplémentaire qui sensibilise le public à la question et permet de répondre rapidement aux préoccupations immédiates de nombreux travailleurs qui croient être victimes de harcèlement au travail⁵³.

49 *Churches et al* [2016] FWCFB 2367 (O'Callaghan SDP, Clancy DP, Hampton C, 14 avril 2016) para 32.

50 *Re Bayly* [2017] FWC 1886, (Hampton C, 5 avril 2017).

51 *Fair Work Commission*, rapport annuel 2016-17, p 96.

52 Par exemple, en 2016-17 188 demandes ont été directement résolues au cours de la procédure, *Fair Work Commission*, rapport annuel 2016-17, p 96.

53 Voir *Department of Employment - Post Implementation Review* - février 2017, <http://ris.pmc.gov.au/2017/02/09/changes-fair-work-act-2009>

LA LUTTE JUDICIAIRE CONTRE LE HARCÈLEMENT AU TRAVAIL EN ESPAGNE : ENTRE AVANCÉES ET RÉSISTANCES

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Professeur de Droit du travail et de la sécurité sociale
à l'Université de Jaén (Espagne)

Directeur de l'Observatoire des risques psychosociaux au travail d'Andalousie.
Institut andalou de prévention des risques au travail - IAPRL. Séville (Espagne)

Si l'Espagne semble se situer en-dessous de la moyenne européenne des plaintes déposées pour harcèlement au travail (8 % contre près de 15 % en Europe¹), les jugements rendus, depuis 2001, en matière de harcèlement au travail (psychique, sexuel, discriminatoire, etc.), en particulier en matière de harcèlement moral (« mobbing »), se comptent par milliers. En conséquence, le système juridique espagnol, qui ne dispose pas d'une législation spécifique contre le harcèlement moral au travail, sauf dans le cadre pénal (article 173 CP), bénéficie d'une expérience importante par rapport à de tels comportements. Ce droit espagnol anti-harcèlement au travail d'origine prétorienne a rarement fait défaut, d'où l'absence persistante de législation sociale spécifique à cet égard.

Cependant, si l'abondance des décisions judiciaires relatives au harcèlement moral au travail est une donnée que l'on peut vérifier statistiquement, elle ne garantit pas une protection judiciaire réelle et efficace. La grande majorité des jugements rendus rejettent la demande des travailleurs, au motif qu'ils considèrent qu'il ne s'agit pas réellement de harcèlement au travail, mais plutôt de conflits typiques du travail, ou même d'une situation de forte tension. Etant donné que ce comportement peut être considéré comme portant atteinte aux droits fondamentaux (art. 15 de la Constitution espagnole - CE - : droit à l'intégrité personnelle) ou peut même devenir un délit, en Espagne, la position de la majorité des juges est de s'autolimiter, afin d'éviter que les conflits, ou les situations de simple exercice légitime du pouvoir de l'employeur, ne soient

1 Vid. EUROFOUND. « *La violencia y el acoso laboral en Europa: alcance, repercusiones y políticas* », 2015.
<https://www.eurofound.europa.eu/es/observatories/eurwork/comparative-information/violence-and-harassment-in-european-workplaces-extent-impacts-and-policies>

confondus avec du harcèlement. Ce qui explique qu'en général, il y ait davantage de résistances judiciaires que d'avancées dans ce domaine.

Cette étude a pour objectif de présenter un panorama complet, bien que synthétique, de l'état de la jurisprudence de la Cour suprême (TS ci-après) et celles des juridictions inférieures (Cours de justice supérieures autonomes - TTSSJ -) en Espagne concernant la protection contre le harcèlement au travail². Dans ce cadre, trois aspects seront traités. Tout d'abord, nous délimiterons le concept judiciaire de harcèlement applicable dans un contexte juridico-social, en l'absence d'un concept légal spécifique, en sélectionnant les éléments constitutifs identifiés par le juge (I). Ensuite, nous développerons le fondement juridique privilégié par les tribunaux espagnols pour apporter une protection, à savoir le droit fondamental à l'intégrité (art. 15 CE) et les conséquences qui en découlent en pratique (II). Enfin, nous dresserons un inventaire des différentes qualifications juridiques que peut recevoir le harcèlement moral au travail afin de garantir une protection complète face à ce dernier : prévention, réparation et sanction (III).

I - LE CONCEPT JURISPRUDENTIEL DE HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL : LA PRÉDOMINANCE DANS LA PRATIQUE JUDICIAIRE ESPAGNOLE DE LA NOTION EXTRA-JURIDIQUE OU CLINIQUE

Faute d'un concept légal de harcèlement moral au travail (la législation espagnole définit uniquement de façon expresse le harcèlement discriminatoire, en s'alignant sur le Droit de l'Union), la doctrine judiciaire espagnole a adopté la notion fréquemment utilisée dans le domaine de la psychologie clinique qui met en avant l'asservissement de l'individu notion du psychologue suédois *H. Leymann*). La STSJ Catalogne 5207/2017, du 12 septembre le résume ainsi : « ...le harcèlement moral ou *mobbing* peut être défini comme toute ... violence psychologique à laquelle une personne est systématiquement soumise dans le cadre professionnel, qui se manifeste en particulier par des comportements répétés, des mots ou des attitudes qui portent préjudice à la dignité ou à l'intégrité psychique du travailleur et qui ... dégradent ses conditions de travail ».

Ce concept jurisprudentiel s'écarte aussi bien de la définition du harcèlement discriminatoire (tout comportement ayant pour objet ou conséquence de créer un environnement intimidant, offensant ou dégradant pour une ou plusieurs personnes au travail, susceptible de porter préjudice à sa/leur dignité), que de l'aspect technico-scientifique aux fins de prévention des risques, selon l'affirmation de la Note technique préventive 854/2009 de l'organe technico-scientifique national principal en matière de santé et sécurité au travail (Institut national de sécurité, santé et bien-être au travail, INSSBT). Ce concept restrictif est également celui qui est retenu, pour le harcèlement moral à l'encontre des fonctionnaires, par la jurisprudence administrativo-contentieuse (STS, Chambre du contentieux, 16 février 2011, entre autres ; également STSJ Castille-et-León, Chambre du contentieux, 356/2017, 24 février, etc.).

Ainsi, la jurisprudence espagnole reste éloignée du rôle qu'elle devrait jouer pour faire progresser les choses : elle n'est convenablement adaptée ni à l'évolution de la pensée scientifico-préventive, ni au traitement normatif du harcèlement discriminatoire. Cette

2 Une étude plus détaillée dans C. Molina Navarrette, *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2018.

dissociation conceptuelle n'est pas justifiée. En pratique, le recoupement des deux notions est donc fréquent : harcèlement moral et harcèlement discriminatoire. Par exemple, une situation de harcèlement moral est souvent associée à une autre de harcèlement sexuel (STC 250/2007, du 17 décembre), ou de discrimination fondée sur le sexe (STSJ Pays Basque 1608/2017, 18 juillet). Il existe également des cas dans lesquels le harcèlement moral a pour cause une discrimination fondée sur la nationalité (ex. : STSJ Madrid, 1263/2017, du 20 décembre). Par conséquent, cette dissociation radicale manque de cohérence théorique et pratique.

En 17 ans, la jurisprudence espagnole n'a pas modifié les 4 éléments essentiels caractéristiques du harcèlement moral au travail :

- a) Une composante chronologique : le caractère continu du comportement nuisible.
- b) Une composante bilatérale : la dimension complexe du comportement, de sorte que l'environnement hostile porte préjudice aussi bien à la « facette professionnelle » du travailleur qu'à celle « relationnelle » de l'organisation.
- c) Une composante subjective : l'intention de nuire.
- d) Une composante de résultat : l'atteinte à la santé psychique du travailleur.

A notre sens, le grand problème de cette doctrine judiciaire majoritaire et erronée est de confondre les composantes structurelles du harcèlement - la création d'un cadre offensant ou intimidant et ses effets répétés dans le temps -, avec les composantes circonstancielles -l'intention de nuire et le préjudice qui en découle -. Sans les premières, la notion juridique de harcèlement moral n'existerait pas, alors que ces dernières ne servent qu'à aggraver les conséquences juridiques (cf. STSJ Castille-et-León/Burgos, 218/2014, du 8 avril, courant minoritaire). Cette notion plus objective de harcèlement moral, qui relève à un deuxième plan l'intention de harceler, est celle adoptée par l'arrêt de la Cour constitutionnelle - STC - TC 250/2007, du 17 décembre, ainsi que par des décisions judiciaires qui font primer la composante de l'habitude et l'intensité du comportement. On constate ainsi le harcèlement au travail : « (...) Quand cette faculté d'organiser le travail de ses salariés ... est exercée d'une façon susceptible de provoquer une maladie ...de l'anxiété [préjudice physique et moral] chez...une de ses salariées... » (TS, Chambre sociale, du 11 octobre 2017, RCU 3627/14).

II - LE PRINCIPAL MOTIF JURIDIQUE DE PROTECTION JUDICIAIRE : LA PROTECTION POUR VIOLATION DU DROIT FONDAMENTAL À L'INTÉGRITÉ PERSONNELLE

Bien que la pratique judiciaire espagnole continue à se montrer réticente à qualifier juridiquement des situations de harcèlement au travail, en les considérant comme des comportements exceptionnellement anormaux ou d'une conflictualité très singulière, quand elle constate des cas authentiques de harcèlement au travail elle leur apporte une protection supplémentaire. Le motif de cette protection renforcée réside dans l'identification d'une atteinte aux droits fondamentaux, plus particulièrement le droit à l'intégrité psychophysique et morale (art. 15 CE ; STSJ Galice, 20 juillet 2017, Rec. 542/17)). Plus encore, la jurisprudence et la doctrine judiciaires espagnoles reconnaissent que le harcèlement moral est une forme de comportement constituant une atteinte à plusieurs droits fondamentaux constitutionnellement reconnus : intégrité personnelle (art. 15 CE), liberté de communication (art. 20 CE), discrimination (art. 14 CE), honneur (art. 18 CE) et même la protection judiciaire (art. 24 CE), en raison de la fréquence des harcèlements au

travail exercés en représailles par l'entreprise (ex. STSJ Andalousie/Séville, 3581/2016, 20 décembre).

Dans tous les cas, la doctrine constitutionnelle (STC 160/2007, du 2 juillet) fonde la protection face au harcèlement moral sur le droit à l'intégrité (art. 15 CE) (pour le cas particulier du harcèlement discriminatoire, le fondement de la protection supplémentaire réside dans l'art. 14 CE).

La jurisprudence espagnole **se fonde sur l'inconstitutionnalité** non seulement pour accorder une protection spéciale **en cas de** harcèlement, mais également pour établir la différence même entre le harcèlement et un autre type de pratiques ou de comportements qui soit n'ont pas besoin de protection (conflits du travail impliquant une forte tension) soit ne doivent recevoir qu'une protection juridique de droit ordinaire. En résumé, les comportements conflictuels au travail, qualifiables de harcèlement moral, se différencient d'autres pratiques conflictuelles créatrices de risques pour la santé au travail, du fait que ces comportements portent atteinte aux droits fondamentaux. Les attitudes qui ne reçoivent pas la qualification de harcèlement ne permettront que la mise en jeu du « droit ordinaire du travail » (SSTSSJ Galice 11 octobre 2017 ; Catalogne 5207/2017, du 12 septembre ; etc.). En d'autres termes, dans l'apport jurisprudentiel espagnol, il faut différencier le harcèlement moral d'un vaste ensemble de conflits normaux ou anormaux qui seront résolus sur le fondement du droit commun (la STSJ Andalousie/Séville, 1623/2017, 31 mai, les qualifie tous de « dégradations normalisées de gestion du personnel »). A savoir :

1. Les conflits liés aux conditions de travail (lieu, temps, modalités de la prestation, etc.), qui constituent une « dégradation normalisée de la relation de travail » (SSTSSJ Madrid 485/2017, 24 juillet, Andalousie, 3581/2016, 20 décembre). Le conflit peut être un indice du harcèlement, jamais déterminant (STSJ Catalogne 2540/17, 19 avril).

2. Les situations de pression professionnelle prolongées génératrices de stress (SSTSSJ Galice 1027/2010, du 10 mars, entre autres).

3. Les modes d'exercice illégaux - abusif ou arbitraire - du pouvoir de l'employeur. Il s'agit de toutes les formes d'exercice inadéquat, déplacé ou anormal des facultés de l'entreprise orientées par « l'intérêt économique de l'entreprise », mais sans la volonté ou l'intention de perturber la stabilité émotionnelle du travailleur ni de créer un environnement global dégradant (STSJ Galice, 11 octobre 2017).

4. Les formes d'exercice tyrannique et humiliant du pouvoir de direction de l'employeur (ou d'un autre pouvoir dans l'entreprise), causant des préjudices psychiques aux travailleurs pris isolément, bien qu'exercé contre la collectivité des travailleurs sous son autorité (SSTSSJ Madrid 485/2017, 24 juillet, *op. cit.* et 716/2017, 5 juillet). Cependant, si dans un contexte conflictuel général, le juge identifie des « faits humiliants singuliers », il est possible de les qualifier « d'abus d'autorité constitutifs de harcèlement » (STSJ PV 1660/2017, 5 septembre).

Malgré la surprenante constance de cette jurisprudence, le droit prétorien espagnol le plus récent laisse augurer de quelques évolutions. Nous en présenterons trois :

1. Le plus important pour que la qualification juridique d'atteinte aux droits fondamentaux soit retenue n'est pas le nom donné au comportement mais sa nature. L'employeur est responsable juridiquement « que le comportement soit qualifié de harcèlement moral « stricto sensu » ou non, l'obligation ... de réparer le préjudice causé ... s'impose ... » (STSJ PV 1608/2017, 18 juillet ; STSJ Madrid 581/2014, *op. cit.*)

2. Toute situation de conflit du travail prolongé susceptible de causer un préjudice psychosocial, sans l'intervention préventive due par l'employeur, constitue un manquement

contractuel non seulement au droit commun - devoir de protection efficace du droit à la santé -, mais également au droit constitutionnel - devoir de protection de l'intégrité personnelle - (STSJ PV 1660/2017, 5 septembre). Ce courant, aujourd'hui minoritaire, serait équivalent à la doctrine jurisprudentielle française résultant de l'arrêt de la *Chambre sociale de la Cour de cassation du 6 décembre 2017 n° 16-10891*.

3. On note la prise en considération judiciaire d'une nouvelle forme de harcèlement numérique au travail - liée à la discrimination sexuelle - (SSTSSJ Castille-La Manche, 443/2016, du 8 avril et Pays Basque 1646/2017, 18 juillet (un salarié harcèle une collègue en utilisant le numéro de téléphone de l'entreprise et *WhatsApp*)).

III - LA TRIPLE VOIE DE LA PROTECTION JUDICIAIRE CONTRE LE HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL DANS LA PRATIQUE ESPAGNOLE : PRÉVENTION, RÉPARATION ET SANCTION

Idéalement, tout système juridique comprend trois types de protections efficaces contre le harcèlement moral au travail. A savoir :

1. *Les techniques de protection préventive*. En effet le harcèlement au travail est un *risque professionnel* de type psychosocial, que l'employeur doit prévenir efficacement sur la base du système de gestion de la prévention des risques professionnels (art. 14 de la Loi de prévention des risques professionnels - LPRL -)

2. *Les techniques de protection réparatrice* face aux *préjudices causés* par les comportements de harcèlement au travail qui n'ont pas fait l'objet de prévention. La protection face aux dommages causés au travailleur qui découlent du harcèlement se présente, elle aussi, à deux niveaux : la qualification comme maladie du travail, avec la prestation de Sécurité Sociale qui en découle afin d'indemniser les arrêts de travail occasionnés, d'une part, et la responsabilité civile ou professionnelle de l'employeur pour lesdits préjudices découlant d'un manquement grave et coupable aux obligations en matière de comportement et de protection relevant de la responsabilité de l'employeur, d'autre part.

3. *Les voies de protection punitive*. Lorsque le harcèlement au travail constitue une *infraction punissable*, qu'elle soit administrative - le harcèlement en tant qu'infraction grave de l'employeur -, disciplinaire - le harcèlement d'un collègue de travail -, ou pénale - le harcèlement moral en tant que délit de traitement humiliant ex art. 173 CP-.

Dans la pratique judiciaire espagnole, tous ces moyens de protection sont appliqués, avec différents niveaux d'intensité et de succès pour les travailleurs victimes. Le tableau récapitulatif de cette riche expérience judiciaire de protection, bien que présentant des résultats très variables, serait le suivant :

A - LE HARCÈLEMENT COMME RISQUE PROFESSIONNEL SPÉCIFIQUE DANS LE DROIT JUDICIAIRE ESPAGNOL

Dans un système juridique tel que le système espagnol, qui ne dispose pas de réglementation spécifique concernant les risques psychosociaux, il y a d'abord eu des doutes judiciaires sur sa qualification comme risque professionnel (STS, Chambre du social, 15 décembre 2018). Cependant, bien que la législation continue de l'ignorer, la jurisprudence reconnaît désormais que le harcèlement est un risque psychosocial que l'entreprise doit gérer (ex. : STSJ Catalogne 7055/2017, 20 novembre), et qui doit par

conséquent être inclus dans l'évaluation des risques (STS, Chambre du social, 101/2016, du 16 février). Mieux encore, si le risque de harcèlement moral n'est pas inclus dans la politique de prévention de l'entreprise, même en l'absence de préjudice, l'employeur commet une infraction administrative grave, punie par des amendes, et en cas de préjudice causé à la victime, l'entreprise devra payer, en plus de l'indemnisation des préjudices, le « supplément de prestations de la Sécurité Sociale » (art. 164 de la Loi générale de la Sécurité Sociale - LGSS -), qui agira à titre de « dommages punitifs » et dissuasifs (l'employeur doit payer, directement à sa charge, entre 30 et 50 % de la prestation correspondante aux arrêts maladie découlant du harcèlement : STS, Chambre du social, 4 mars 2014, RCU 788/2013).

En Espagne, il n'existe pas de réglementation juridique imposant à l'employeur de mettre en place une politique d'intervention préventive contre le harcèlement moral au travail - s'il est lié au harcèlement sexuel ou sexiste -. Toutefois, lorsqu'elle existe, la doctrine judiciaire tend à la considérer comme une exonération de responsabilité en cas de harcèlement, ou du moins comme une mesure qui réduirait sa responsabilité (STSJ Madrid 877/2017, 16 octobre ; STSJ Murcie 446/2017, du 26 avril), dans la mesure où elle a été exercée de façon correcte (STSJ Galice 9 novembre 2017).

B – LES PRÉJUDICES CAUSÉS PAR LE HARCÈLEMENT AU TRAVAIL COMME MALADIE DU TRAVAIL (ART. 156.2 E) LGSS), ET NON COMME MALADIE PROFESSIONNELLE (ART. 157 LGSS)

Le Droit espagnol, qui est basé sur un système de listes, ne reconnaît pas non plus la qualification de maladie professionnelle aux préjudices ou pathologies de harcèlement moral au travail, car ils ne sont pas inclus dans la liste spécifique à cette fin (art. 157 LGSS), raison pour laquelle le bénéfice de la présomption légale n'est pas reconnu. Cependant, la jurisprudence leur a reconnu la nature de « maladie du travail » - à condition que le travailleur victime prouve lors d'un procès le lien de cause à effet avec le harcèlement - en leur apportant une protection renforcée comme s'il s'agissait d'un accident du travail (art. 156 LGSS). Ici la jurisprudence a également accompli, depuis 2011 jusqu'à ce jour, un travail évolutif qui compense les carences légales pour s'adapter à la réalité (ex. : STSJ Castille-et-León, 15 septembre 2017, Rec. 703/2017, pour les travailleurs du secteur privé ; STS, Chambre du contentieux, 15 mars 2011, pour les fonctionnaires).

C – LE HARCÈLEMENT COMME MANQUEMENT CONTRACTUEL GRAVE ET L'OBLIGATION À CHARGE DE L'EMPLOYEUR DE DÉDOMMAGER LES PRÉJUDICES DE FAÇON INTÉGRALE ET DISSUASIVE (ART. 183 LRJS)

En plus de ce système de responsabilité objective pour les préjudices découlant du harcèlement moral au travail (ou de tout type de harcèlement et/ou violence au travail, également de la part de tiers), qui nécessite la seule constatation du préjudice, indépendamment du fait qu'il y ait culpabilité de l'employeur ou pas, le droit jurisprudentiel espagnol applique un système de responsabilité (civile) pour faute parce que l'employeur est l'auteur du harcèlement ou parce qu'il n'a pas éradiqué le harcèlement perpétré par des collègues ou des tiers envers le travailleur sous sa direction, et par conséquent sous sa protection. L'art. 183 de la Loi réglementant la juridiction sociale - LRJS - prévoit désormais, que tout comportement violant les droits fondamentaux (non seulement le harcèlement mais également tout préjudice, patrimonial ou moral) entraînera l'obligation d'indemniser de façon intégrale le préjudice-. En outre, l'indemnisation remplit un rôle dissuasif, à

savoir qu'elle contribue à ce que de tels cas ne se reproduisent plus à l'avenir, ni dans l'entreprise condamnée, ni dans aucun autre. La jurisprudence (SSTS, Chambre du social, 20 septembre 2011, 8 mars 2017, etc.) et les doctrines judiciaires autonomes (ex. : STSJ Andalousie/Séville, 1662/2017, 1^{er} juin, STSJ Catalogne 2686/2017, 24 avril, etc.) n'hésitent pas à en faire application.

Cependant, en pratique, les tribunaux espagnols fixent des indemnisations réduites (autour de 12 000 euros en moyenne, bien que les montants soient très variables – allant de 6 000 jusqu'à 50 000 euros), et l'effet dissuasif-préventif, à ne pas confondre avec les « punitive damages »³, est à peine pris en compte. Par conséquent, à cet égard, la jurisprudence ne remplit pas un rôle adéquat de garantie ni d'efficacité de la protection.

D – LE HARCÈLEMENT MORAL COMME INFRACTION ADMINISTRATIVE GRAVE ET/OU DÉLIT DE TRAITEMENT HUMILIANT

La critique que de nombreux travailleurs expriment précisément à l'égard de la pratique judiciaire sociale – et contentieuse, pour les fonctionnaires – contre le harcèlement au travail, en raison de son inefficacité, a conduit plusieurs d'entre eux à porter plainte par voie administrative (infractions et sanctions publiques sur proposition de l'inspection du travail – ITSS – et application par les autorités du travail), et à utiliser aussi la voie pénale. Le Droit administratif social répressif n'envisage pas non plus de façon spécifique le harcèlement moral, à part le harcèlement discriminatoire ; mais il inclut des infractions génériques (d'une grande gravité) qui peuvent trouver application : l'atteinte à la dignité des travailleurs (art. 8 du texte refondu de la Loi sur les infractions et sanctions d'ordre social – TR LISOS -). A cet égard, il est fréquent que l'ITSS sanctionne un bon nombre de pratiques entrepreneuriales qualifiées de harcèlement (*Critère technique 69/2009*), mais qui sont régulièrement validées par les Tribunaux.

Pour le harcèlement moral au travail de plus forte intensité, le Code pénal espagnol (CP), envisage depuis 2010 un délit spécifique, art. 173.1 CP (pour le harcèlement sexuel, il prévoit un autre art. 184 CP), et, depuis 2015, un délit de harcèlement par internet ou « *stalking* » (art. 172, ter 2 CP ; STS, Chambre du pénal, 324/2017, du 12 juillet). La jurisprudence pénale a procédé à des condamnations pour harcèlement au travail, sur le fondement du délit de traitement humiliant (art. 173 CP), aussi bien avant l'existence d'une catégorie pénale spécifique (ex. : STS, Chambre du pénal, 945/2010, du 28 octobre) qu'après (ex. : STS, Chambre du pénal, 325/2017, 19 septembre). Il apparaît donc que les possibilités de protection contre le harcèlement moral ne varient pas beaucoup, du moins en Espagne, peu important qu'il existe ou non une législation spécifique.

Dans tous les cas, force est de constater le nombre extrêmement faible de condamnations pénales pour harcèlement au travail, la grande majorité des plaintes étant classées sans suite. Pour un exemple récent de condamnation, il faut se référer au Jugement de l'audience provinciale de Cáceres – Estrémadure –, 18/2018, du 9 janvier, qui a condamné un maire pour le double délit d'humiliations et d'atteinte à l'intégrité psychique pour harcèlement (il avait dénigré et isolé une fonctionnaire et ne lui avait fourni aucun équipement de travail pour effectuer ses missions). Il fut condamné à une peine de prison d'un an et demi – la peine maximale prévue est de deux ans – et une indemnisation de 4 000 euros. Mais, nous insistons, la plupart du temps, cette voie s'achève par une déception du salarié.

3 Selon la STJUE du 17 décembre 2015, affaire Arjona Camacho, C-407/14.

Conclusion : un tableau de lumières (rares) et d'ombres (multiples)

Ce passage en revue de la pratique espagnole en matière de harcèlement au travail nous a permis de constater à quel point le corpus de la doctrine jurisprudentielle existant est riche. Malgré l'absence persistante d'une législation spécifique, sauf dans le domaine pénal - et une certaine référence confuse dans les lois sur l'emploi public, depuis 2007, à peine prises en compte par les juges et les tribunaux -, le droit prétorien anti-harcèlement offre un très vaste catalogue de formes de protections aux travailleurs victimes de harcèlement moral sur les lieux de travail. Le résultat de cet activisme judiciaire espagnol est la conformation d'un statut de protection renforcée, aussi pertinent et protecteur que celui que pourraient offrir les systèmes règlementaires européens qui, eux, comportent des législations spécifiques.

Le problème est qu'en pratique, ce statut théorique de protection renforcée, conçu à partir de l'adaptation jurisprudentielle des techniques communes de protection des droits fondamentaux, ne s'applique pas, car il implique des conditions trop rigoureuses pour qualifier le comportement de harcèlement. Pour la jurisprudence, il ne peut y avoir harcèlement que dans des situations de conflit intense et dans un cadre gravement dégradé, avec l'intention spécifique de porter préjudice au travailleur. En conséquence, face à une telle exigence, qui ne serait pas justifiée sur le plan règlementaire ni conceptuel, la grande majorité des demandes est rejetée. Par conséquent, si la délimitation jurisprudentielle espagnole est très différente des autres délimitations européennes (comme, par exemple, la jurisprudence italienne, qui exige un dol ou une intention spécifique de porter préjudice à la personne : Cour de cassation italienne, du 10 novembre 2017, n° 26685) il est nécessaire d'exiger une modification de cette conception jurisprudentielle trop rigide, afin de mettre en œuvre efficacement l'obligation de protection contre le risque de harcèlement moral, comme l'exige le droit fondamental à l'intégrité personnelle concernant la santé des personnes (ex art. 15 CE relatif à l'art. 43 CE)

LA JURISPRUDENCE RUSSE SUR LE HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL



ELENA SYCHENKO

PhD, professeur agrégé, Université d'Etat de Saint Pétersbourg

Le risque de harcèlement moral (intimidation) est considéré comme l'un des principaux défis par les spécialistes de la santé et de la sécurité au travail et les décideurs en Europe où un certain nombre de mesures ont été mises en œuvre. Ces mesures incluent des directives européennes établissant la possibilité de traiter le harcèlement comme une discrimination, des instruments juridiques non contraignants sur le harcèlement, des législations nationales et de la jurisprudence. En Russie, cependant, la notion de harcèlement moral au travail n'est pas reconnue par le droit du travail et les spécialistes soulignent la nécessité d'adopter des dispositions spéciales sur ces questions¹. Pourtant, l'absence de telles dispositions ne signifie pas l'inexistence de tels phénomènes ou de demandes des salariés de protéger leur dignité et leur intégrité morale à l'aide de normes légales, y compris par des normes non conçues à cet effet. Dans cette contribution, nous examinerons la jurisprudence portant sur le harcèlement moral au travail. Une première partie sera consacrée aux actes qui pourraient être qualifiés de harcèlement moral (I). En l'absence de toute définition juridique en Russie, il nous faut mettre en évidence une référence pour expliquer le choix des décisions de justice retenues pour cet article. Dans une deuxième partie, plusieurs jugements concernant le harcèlement moral seront examinés (II). Les hypothèses d'une éventuelle application de la Convention européenne des droits de l'homme pour la protection contre le harcèlement sur le lieu de travail seront présentées dans une troisième partie (III).

1 A. Lushnikov, « Pravo rabotnika na ohranu truda: novye podhody (Le droit du travailleur à la santé et à la sécurité au travail: nouvelles approches) », *Sotsial'noye i pensionnoye parvo*, 2009, n° 52, p. 1.

I - DÉFINITION ET BREF EXAMEN DE LA LÉGISLATION RUSSE

En Russie, la nécessité de protéger la dignité des travailleurs a été reconnue comme l'un des principes fondamentaux du droit du travail dans le Code du travail adopté en 2001, même s'il est difficile de dire que ce principe ait été appliqué dans la pratique. Ces dernières années, de nombreux articles de recherche sur ce problème ont été publiés, en adoptant un point de vue psychologique ou juridique². Il a été noté qu'entre 5 % et 20 % des salariés russes ont été victimes de harcèlement moral³.

L'article 2 du Code du travail russe prévoit le droit des salariés à la protection de leur dignité. Il convient de noter que dans tous les cas examinés ci-après, la Cour ou le requérant se sont référés à ce principe. Une autre norme importante figure à l'article 237 du Code du travail russe. Elle prévoit l'obligation de l'employeur d'indemniser le préjudice moral en cas d'action illégale ou en l'absence de mesures appropriées prises à l'égard du salarié. Il sert de cadre pour l'indemnisation des dommages et a également été mentionné dans toutes les affaires ici relevées.

L'invocation de l'interdiction des discriminations, fixée dans l'article 3 du Code du travail, est une nouvelle tendance dans les affaires de harcèlement moral. Les requérants considèrent que la persécution de la part de l'employeur constitue une discrimination, mais ne parviennent pas à le prouver, compte tenu des normes très restrictives de la procédure civile.

Pour choisir les affaires à relater dans cette contribution, nous avons tenu compte de la définition du harcèlement moral formulée par le législateur français et considéré comme tels les actes répétés visant ou conduisant à une détérioration des conditions de travail qui porteraient atteinte au droit à la dignité et l'intégrité physique ou mentale des victimes ou compromettraient l'avenir professionnel du salarié.

II - LA JURISPRUDENCE SUR LE HARCÈLEMENT MORAL EN RUSSIE

Il convient de noter d'emblée qu'il n'existe pas de statistiques judiciaires officielles sur les affaires impliquant le droit du salarié à la protection de sa dignité, les jugements auxquels nous ferons référence n'ayant jamais fait l'objet d'une analyse juridique ce qui démontre que l'intérêt suscité par ce sujet est plutôt limité.

La recherche des jugements a été effectuée à l'aide d'une recherche par mot clé dans les bases de données des décisions rendues par les tribunaux russes. Les mots clés étaient les suivants : « harcèlement » (*travlya*), « insulte » (*oskorblenie*), « persécution » (*presledovanie*), « intimidation ». Il est intéressant de noter que nous avons trouvé deux cas dans lesquels le demandeur a fait référence à la notion de harcèlement et d'intimidation, ce qui démontre que le niveau de connaissance des salariés dans ce domaine augmente lentement⁴. Dans l'une des affaires, un tribunal russe a invoqué le principe de la protection de la dignité du

2 Voir, par exemple, N. « Plastinina, Kak zashchishchat'sya ot mobbing (Comment assurer la protection contre le harcèlement ?) », *Trudovoye pravo*, 2012, p. 2.

3 G. Bryntseva, « Mobbing Dik », *Rossiyskaya gazeta*, 24 mars 2010.
<http://www.rg.ru/2010/03/24/mobbing.html>

4 Décision n° 2-112/2017, 23 janvier 2017, Tribunal du district de Leninsky de Nijni Taguil (Région de Sverdlovsk).

salarié et l'a interprété comme mettant à la charge de l'employeur l'obligation d'indemniser le préjudice moral dans le cas où le salarié subit un traitement dégradant⁵.

Les chercheurs qui ont étudié ce sujet en 2014 ont mis en lumière le fait que les affaires traitant de la question du harcèlement moral se rapportent à la discrimination, au licenciement abusif, ou aux deux, mais ne visent pas à lutter contre le harcèlement ou le harcèlement moral proprement dit⁶. Cette observation est toujours pertinente, mais devrait être complétée par les cas de sanction disciplinaire illégale. En premier lieu, nous examinerons les cas où le requérant a fait état de persécutions de la part de l'employeur qui ont pris la forme d'une discrimination concernant les conditions de travail et le paiement des salaires (A). Ensuite, nous envisagerons les cas de licenciement abusif (B) et les sanctions disciplinaires injustes (C). Enfin, seront examinés quelques cas de sanctions disciplinaires infligées pour avoir commis des actes de harcèlement (C).

A - CONDITIONS DE TRAVAIL INJUSTES CONSTITUANT UNE FORME DE PERSÉCUTION

Un certain nombre d'affaires concernaient une forme de persécution telle que le non-paiement de primes que le salarié avait l'habitude de recevoir. Généralement, il n'y a pas d'obligation contractuelle d'effectuer de tels paiements et cela reste entièrement à la discrétion de l'employeur. Dans un des cas, la requérante a réussi à prouver que le non-paiement des primes et la pression psychologique exercée sur elle après avoir porté plainte devant l'inspection du travail constituaient une discrimination⁷. Elle a reçu des dommages-intérêts pour préjudice moral d'un montant d'environ 40 euros (3 000 roubles).

Dans deux autres affaires, les tribunaux n'ont pas pris en compte les arguments des requérants sur le conflit avec l'employeur et les pressions exercées sur eux pour qu'ils quittent leur emploi et ont examiné l'affaire uniquement à la lumière du droit de l'employeur de diriger ses salariés. Ainsi, les deux demandes ont été rejetées⁸.

Dans l'une des affaires⁹, l'employeur a refusé de fournir un contrat écrit à la salariée, une gardienne dans une colonie de vacances, et a commencé à la persécuter après qu'elle lui ait demandé de formaliser la relation de travail en cours. Cette persécution a pris la forme de réductions de salaire et il lui a été interdit d'utiliser la loge des gardiens quand elle travaillait. Elle a demandé au tribunal de reconnaître l'existence de la relation de travail et d'ordonner le paiement du préjudice moral. Le tribunal a constaté la violation du droit du travail, cependant, les circonstances du harcèlement n'ont pas été prises en compte dans les conclusions du tribunal, qui n'a accordé son attention qu'à la partie formelle de l'affaire,

5 Décision en appel du tribunal régional de Tomsk n° 33-4101/2011, du 30 décembre 2011.

6 D. Chernyaeva, « The Regulation of Mobbing and Harassment in Russia: Current Challenges and Future Prospect, 14-31 », *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 2014, n° 3, p. 2.

7 Décision n° 2-307/2012, March 28, 2012, tribunal du district Oktyabrsky de Saransk (République de Mordovie).

8 Décision n° 2-16242/2016, 10 février 2017, tribunal de Surgut ; Décision n° 2-138/2016, 15 mars 2016 dans l'affaire n° 2-138/2016, tribunal municipal de Kimovsky (région de Toula).

9 Décision n° 2-1331/2011, 21 Décembre 2011, tribunal de district d'Irkoutsk, des circonstances similaires existaient dans l'affaire n° 2-174/2013, 22 Mars 2013, tribunal de district Zael'tsovsky de Novossibirsk.

à savoir l'absence de contrat écrit.

B – ACTES DE HARCÈLEMENT DANS LES AFFAIRES DE LICENCIEMENT ABUSIF

Selon la législation du travail russe, l'employeur peut licencier le salarié pour les motifs énumérés dans la loi. Dans un certain nombre de cas, le salarié a subi un harcèlement ayant pour but de lui faire quitter volontairement son emploi. La Cour suprême a souligné que dans les cas où le salarié allègue qu'il a été forcé de démissionner, les tribunaux inférieurs doivent examiner si la démission était volontaire¹⁰, le fardeau de la preuve incombant au salarié.

Les décisions en faveur du requérant reconnaissant que le salarié a été forcé de démissionner en raison d'un harcèlement moral sur le lieu de travail sont presque inexistantes. Toutefois, dans une affaire, le tribunal a décidé que le salarié avait été forcé de démissionner à la suite de la création d'un environnement hostile par l'employeur, et que la démission du demandeur était le résultat de facteurs émotionnels négatifs¹¹. Dans la plupart des cas, les requérants souffrant d'un environnement de travail hostile n'ont pas réussi à obtenir gain de cause car ils n'ont pas réussi à prouver la coercition¹². Dans de nombreux cas, les requérants alléguaient que le licenciement disciplinaire ou le licenciement dans le cadre d'un plan social étaient la dernière étape de leur harcèlement et constituaient la dernière partie de la guerre menée contre les salariés. La Cour a abordé toutes ces affaires de manière très similaire. Elle a limité l'analyse à l'examen de la procédure de licenciement sans examiner les allégations de harcèlement (sanctions disciplinaires antérieures multiples, réductions de salaire, pressions psychologiques).

Dans une affaire de licenciement abusif pour multiple violations des devoirs de la salariée¹³, la requérante a allégué que la direction avait décidé « d'organiser un harcèlement à son encontre », en contrôlant chaque étape de son travail et en faisant évaluer son travail par une commission dépourvue de spécialistes de son domaine d'activité. Elle estimait qu'une telle commission avait été créée pour exercer une pression psychologique sur elle, elle s'était vu confier des tâches qui n'étaient pas vraiment réalisables et qui ne faisaient pas partie des tâches correspondant à son poste. Le tribunal a jugé que l'employeur a le droit de contrôler la qualité du travail, y compris au moyen de l'établissement de commissions. C'est pourquoi, pour citer les termes du jugement, « le tribunal considère que les arguments de la requérante sur la pression psychologique sont sans fondement ». Cette citation est digne d'attention car elle témoigne de l'approche générale des tribunaux vis-à-vis de ce type de cas, c'est-à-dire qu'elle est très formelle et superficielle. Elle examine uniquement la conformité de la procédure de licenciement avec les normes pertinentes sans se demander si cette procédure a été effectuée d'une manière équivalant à un traitement dégradant ou était le résultat d'un tel traitement.

10 Décision en session plénière de la Cour suprême sur l'application du Code du travail de la Fédération de Russie par les tribunaux de la Fédération de Russie (adoptée le 17 mars 2004).

11 · Décision de la Cour de district du district central de Tchita n° 2 -1055-07, 3 mai 2007.

12 · Jugement en cassation n° 33-4995 du tribunal régional de Perm, adopté le 23 mai 2011.

13 Décision n° 2-112/2017, 23 janvier 2017, Tribunal de district Leninsky de Nizhny Tagil (région de Sverdlovsk).

Dans une autre affaire, un salarié a été licencié pour plusieurs manquements à ses fonctions après avoir signalé la qualité insuffisante du travail de son service. L'employeur a commencé à le persécuter, en modifiant son temps de travail et en ne fournissant pas de conditions de travail appropriées ainsi qu'au moyen de sanctions disciplinaires illégales. La Cour a conclu que la procédure de licenciement violait le Code du travail et a ordonné la réintégration, le préjudice moral étant estimé à un montant de 15 euros (1 000 roubles)¹⁴.

Il y a eu plusieurs affaires relatives à un harcèlement présédant des procédures de licenciement. Dans l'une d'elles¹⁵, la requérante qui était employée municipale a allégué que l'employeur avait « organisé une persécution intentionnelle afin de la « forcer » à quitter son emploi », qu'elle était victime de discrimination et était traitée d'une manière dédaigneuse dans son environnement de travail. La Cour n'a pas examiné son allégation de traitement dégradant. Elle a examiné les procédures de licenciement et a conclu que l'employeur n'avait pas respecté les règles, et a réintégré la requérante en ordonnant le paiement de 40 euros à titre de réparation du préjudice moral.

Une autre affaire¹⁶ de licenciement a été considérée de la même manière formelle. Bien que la requérante ait fait valoir que le fait de la choisir au moment de la licencier était le résultat de la persécution de l'employeur à son égard, la Cour a déclaré que « les motifs qui guident l'employeur lorsqu'il s'agit de réduire le personnel n'ont pas d'importance juridique et ne peuvent être examinés par la justice ».

Dans une autre affaire¹⁷, la requérante a déclaré qu'elle était considérée comme licenciée, l'employeur lui ayant « déclaré la guerre » après qu'elle ait refusé de travailler sans rémunération. Après cela, elle a été persécutée par l'employeur qui lui a retiré une partie de ses fonctions, et a augmenté la quantité de travail, a pris le contrôle de l'ordinateur sur lequel travaillait la demanderesse et sur lequel elle ne pouvait plus ouvrir de documents ou sauvegarder des dossiers. La connexion Internet a été désactivée. Le tribunal a rejeté sa demande car elle n'a pas réussi à prouver ces actes. La législation russe ne prévoit pas d'inversion de la charge de la preuve dans les cas de discrimination et il est évident que dans les cas où le salarié doit prouver certains actes qui n'ont pas été documentés, il est très probable qu'il n'y arrive pas.

Pour résumer les jugements ci-avant étudiés, il convient de noter que les termes du tribunal selon lesquels « les motifs qui guident l'employeur lorsqu'il décide de réduire le personnel n'ont pas d'importance juridique et ne peuvent être soumis à un contrôle judiciaire » sont la clé pour comprendre les problèmes posés par la protection contre le harcèlement. Les actes de harcèlement en tant que tels ne sont perçus comme une violation des droits que s'ils atteignent un niveau de gravité très élevé, comme dans le cas où ils mènent au suicide. Il y a eu un certain nombre d'affaires criminelles contre le

14 Décision n° 2-414 / 2012 le 20 février 20, 2012, tribunal du district central de Sotchi (territoire de Krasnodar).

15 Décision n° 2-614 / 2016 4 juillet 2016, Tribunal de district de Tsimlyansky (région de Rostov).

16 Décision n° 2-638 / 2016 du 8 décembre, 2016, tribunal du district Kirov de Yaroslavl (région de Yaroslavl).

Décision du 25 mai, 2011 Tribunal de district Kirovsky de Rostov-sur-le-Don (région de Rostov).
Affaire Krupenko v. Russie. Admiral-leasing LTD.

17 Décision du 25 mai, 2011 Tribunal de district Kirovsky de Rostov-sur-le-Don (région de Rostov).
Affaire Krupenko v. Russie. Admiral-leasing LTD.

personnel militaire ayant harcelé des soldats qui ont commis des suicides ou des tentatives de suicide¹⁸. Il n'y a pas eu de tels exemples en droit du travail. Une autre conclusion, c'est la réticence du juge à considérer le harcèlement comme une discrimination, car les dispositions légales y relatives sont également insuffisantes et plutôt vagues.

C – SANCTIONS DISCIPLINAIRES POUR LES ACTES ASSIMILABLES À DU HARCÈLEMENT

L'application de sanctions disciplinaires pour les actes de harcèlement au travail pourrait être l'un des piliers de la protection. Cependant, dans trois cas concernant, par exemple, les situations où des salariés ont été sanctionnés pour comportement contraire à l'éthique et pour avoir harcelé leurs collègues, les tribunaux n'ont pas invoqué le principe de protection de la dignité des salariés et hésitent à déclarer que des salariés coupables de harcèlement à l'encontre de leurs collègues avaient commis une infraction disciplinaire si les descriptifs des fonctions de ces salariés ne prévoyaient pas un comportement éthique¹⁹. Toutefois, si leurs fonctions comprenaient des exigences relatives à la qualité de l'interaction entre collègues, des actes de harcèlement (menaces, insultes, coups) pourraient être jugés contraires au contrat de travail²⁰.

II – LA PERTINENCE DE LA CEDH POUR LA PROTECTION DU SALARIÉ CONTRE LE HARCÈLEMENT

La Convention européenne des droits de l'homme établit les normes qui pourraient être utilisées pour le développement de la protection contre le harcèlement en Russie car, selon la Constitution russe, le droit international est directement applicable par les tribunaux nationaux.

Bien qu'à ce jour, la Cour européenne des droits de l'homme ne se soit jamais prononcée sur la protection des salariés contre le harcèlement²¹, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'article 3 de la CEDH contient des prémisses importantes pour une telle protection. Ce texte interdit les traitements ou peines dégradants et pourrait être utilisé comme un fondement de la protection des salariés contre le harcèlement au travail.

Cette disposition a été initialement conçue pour offrir une protection contre les traitements dégradants de la part de l'Etat. Mais comme la CEDH est utilisée comme un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles, la Cour européenne des droits de l'homme s'est réservé une flexibilité suffisante pour traiter de

18 Décision n° 2-826 / 20165, March 30, 2016, Tribunal de district de Khabarovsk.

19 Décision en appel du tribunal de St-Petersbourg n° 33-5330, adoptée le 8 avril 2013 ; Décision du tribunal de Cherkessk n° -634/2011, adoptée le 22 mars 2011 ; Décision en appel du tribunal de St-Petersbourg n° 33-6119/2012, adoptée le 17 mai 2012.

20 Décision n° 2-484 / 2017, 16 octobre 2017, Tribunal de district industriel (région de Kemerovo).

21 Sauf dans cette affaire où la cour a refusé de conclure à une violation de la CEDH : Dolopoulos v. Grèce (36656/14) 10/12/2015.

l'application de cet article dans d'autres contextes qui pourraient se présenter²². La flexibilité de la Cour européenne des droits de l'homme s'est traduite par le fait qu'elle ait accordé une protection contre les traitements dégradants causés par des personnes privées, par exemple, dans les cas de violence contre les enfants ou de violence domestique²³.

La notion de traitement inhumain ou dégradant est comprise comme un traitement qui provoque délibérément une souffrance grave, qu'elle soit mentale ou physique²⁴. Dans de récentes affaires, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les souffrances émotionnelles causées par l'humiliation pouvaient constituer une violation de l'article 3 de la CEDH²⁵. Dans l'affaire *Đurđević v. Croatie*, elle a reconnu la violation de cette disposition en décidant que le harcèlement continu d'une personne handicapée qui a provoqué chez le requérant de la peur et de l'impuissance équivalait à un traitement dégradant²⁶. Dans l'affaire *Vincent v. France*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le traitement dégradant non intentionnel peut également constituer une violation de la CEDH²⁷. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les mauvais traitements doivent atteindre un minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3 de la CEDH. L'évaluation de ce minimum est relative : elle dépend de toutes les conditions présentes dans l'affaire, telles que la nature et le contexte du traitement, sa durée et ses effets physiques et mentaux et, dans certains cas, le sexe, l'âge et l'état de la santé de la victime²⁸.

Il y a des cas de traitement dégradant qui semblent avoir des points communs avec des situations de harcèlement au travail. Ce dernier provoque de graves souffrances quand la victime est obligée de rester dans un environnement hostile. Dans les cas de harcèlement vertical, la victime est obligée de se plier aux ordres de son bourreau et dépend fortement de lui. Ces caractéristiques du harcèlement présentent des similitudes avec les cas de violence domestique où les victimes sont souvent considérées comme vulnérables, compte tenu de leur dépendance vis-à-vis des auteurs²⁹. Ces traits sont également présents dans les situations où les demandeurs se trouvaient dans une position vulnérable du fait qu'ils étaient sous le contrôle d'une autorité, par exemple des militaires enrôlés dans l'armée³⁰, qui pouvaient être comparés dans une certaine mesure aux militaires contractuels. Dans ces cas, compte tenu de la vulnérabilité des victimes, la Cour européenne des droits de l'homme réduit la marge d'appréciation laissée à l'Etat et impose une obligation plus stricte de protéger efficacement les droits garantis par l'article 3 de la CEDH.

22 O. De Schutter, « The Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights », in P. Van der Auweraert, T. De Pelsmaeker, J. Sarkin, J. Vande Lanotte, (éd.). *Social, Economic and cultural rights. An appraisal of current European and international developments*, Anvers, Maklu, 2002, p. 217.

23 ECtHR, *A. v. Royaume-Uni* (25599/94) 23/09/1998 ; *O'Keeffe v. Irlande* (35810/09) 28/01/2014 ; *Opuz v. Turquie* (33401/02) 09/06/2009.

24 ECtHR, *Treholt v. Norvège* (14610/89) 09/07/1991 ; *Toth v. Croatie* (64674/01) 09/07/2002.

25 ECtHR, *R.R. v. Pologne* (27617/04) 26/05/2011.

26 ECtHR, *Dorđević v. Croatie* (41526/10) 24/07/2012.

27 ECtHR, *Vincent c. France* (6253/03) 24/10/2006.

28 ECtHR, *T.M. and C.M. v. République de Moldavie* (26608/11) 28/01/2014. Para. 35.

29 ECtHR, *Opuz v. Turkey* ; *Hajduova v. Slovaquie* (2660/03) 30/11/2010 ; *Bevacqua et S. v. Bulgarie* (71127/01) 12/06/2008.

30 ECtHR, *Placi v. Italie* (48754/11) 21/01/2014, *Chember v. Russie* (7188/03) 03/07/2008.

Ainsi, la vulnérabilité du requérant pourrait renforcer la revendication de protection contre le traitement dégradant (harcèlement) devant la Cour européenne des droits de l'homme. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les Etats ont l'obligation d'assurer une protection efficace contre les traitements dégradants et inhumains, y compris contre la violence d'autres personnes. Par conséquent, l'incapacité des Etats à assurer une protection adéquate contre les traitements inhumains ou dégradants pourrait également constituer une base permettant à la Cour européenne des droits de l'homme de se prononcer dans des affaires de harcèlement moral.

Conclusion

Cette étude montre que le problème de la protection contre le harcèlement est très aigu en Russie. En l'absence de normes spécifiques, les tribunaux sont réticents à examiner les allégations de harcèlement moral à la lumière du droit du salarié à la dignité. Ils procèdent à l'analyse formelle de la conformité des actes de l'employeur (non-paiement des primes, salaires et modification des conditions de travail, licenciements) avec les règles de procédure établies par le Code du travail russe. Sur une vingtaine environ de cas analysés, il n'y a eu aucun cas de harcèlement moral allégué dans lequel seuls des collègues étaient coupables. L'employeur était toujours l'un des auteurs du harcèlement. En l'absence de législation nationale en la matière, l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme face aux actes de traitement dégradant, interdits par l'article 3 de la CEDH, pourrait constituer un argument supplémentaire pour les avocats et renforcer la position des salariés.

LE STATUT JURIDIQUE DU HARCÈLEMENT PSYCHOLOGIQUE AUX ÉTATS-UNIS



L. CAMILLE HÉBERT

Titulaire de la Chaire Carter C. Kissell, Professeur de droit, Michael E. Moritz College of Law de l'Université de l'Etat de l'Ohio

Dans de nombreux pays, il existe des interdictions légales spécifiques contre le harcèlement psychologique ou l'intimidation sur le lieu de travail, certaines de ces interdictions imposant spécifiquement aux employeurs de prendre des mesures pour empêcher que de tels comportements ne se produisent¹. Aux Etats-Unis, la loi est à la fois moins spécifique et plus aléatoire en ce qui concerne l'existence d'un devoir imposé aux employeurs face à ce type de comportement. La raison de cette différence réside dans le fait que la loi aux Etats-Unis n'interdit pas spécifiquement le harcèlement psychologique au travail. Les employeurs sont simplement tenus d'agir ; ils ne peuvent être tenus responsables que dans les cas où ils omettent d'agir et dans la mesure où le harcèlement psychologique viole une autre interdiction légale. Nonobstant des efforts déployés pour adopter une loi visant spécifiquement à interdire le harcèlement psychologique en milieu de travail, il n'existe toujours pas de législation spécifique à ce jour².

1 En France, par exemple, le Code pénal et le Code du travail interdisent le harcèlement moral et les employeurs ont un devoir spécifique de prévention. Art. L1152-1 du Code du travail ; Art. 222-33-2 du Code pénal.

2 Le professeur David Yamada a été un ardent défenseur de la reconnaissance juridique du harcèlement psychologique en milieu de travail et a rédigé une loi type, le *Healthy Workplace Bill*, qui a servi de base aux projets de loi présentés dans plusieurs Etats. Voir D. C. Yamada, *Crafting a Legislative Response to Workplace Bullying*, *Employee Rights and Employment Policy Journal*, 2000, n° 8, p. 475.

I - LA PROTECTION CONTRE LE HARCÈLEMENT PSYCHOLOGIQUE PAR LES LOIS FÉDÉRALES SUR LES DISCRIMINATIONS

La source de protection la plus probable des salariés contre le harcèlement psychologique au travail réside dans l'interdiction au niveau fédéral de la discrimination au travail fondée sur des caractéristiques limitativement énumérés. Le titre VII du *Civil Rights Act* de 1964³ interdit les discriminations fondée sur la race, le sexe, la religion et l'origine nationale ; la Cour suprême des Etats-Unis a décidé que le harcèlement pour l'un de ces motifs peut constituer une discrimination dans les conditions de travail si certains de ces critères sont remplis⁴. La loi *Age Discrimination in Employment Act* de 1967⁵ et le titre I de *l'Americans with Disabilities Act* de 1990⁶ contiennent des interdictions de discrimination similaires, et donc de harcèlement, fondées sur l'âge - à partir de 40 ans - et sur le handicap. Le harcèlement ou l'intimidation qui ne repose pas sur l'un des motifs figurant dans la loi anti-discrimination n'est généralement pas illégal, du moins en vertu d'une loi fédérale⁷. Autrement dit, les salariés victimes de harcèlement psychologique disposent d'une base légale pour contester le harcèlement dont ils sont victimes, tandis que les salariés harcelés pour une autre raison ne peuvent pas bénéficier de la protection juridique apportée par les lois contre la discrimination.

Même les salariés qui peuvent démontrer qu'ils ont été victimes de harcèlement en raison des motifs visés par les lois antidiscriminatoires doivent toujours satisfaire à d'autres exigences pour que ce harcèlement soit considéré comme une violation de la loi fédérale. En particulier, les salariés doivent être en mesure de démontrer qu'ils perçoivent subjectivement le harcèlement ou l'intimidation comme offensant ou abusif, et que la conduite est objectivement hostile ou systématique de sorte qu'une personne raisonnable dans leur situation trouverait la conduite hostile ou abusive, et que les termes et conditions de leur emploi ont été modifiés de manière discriminatoire⁸. En conséquence, même l'intimidation motivée par des critères protégés par les lois antidiscriminatoires ne sera illégale que si ce comportement est très grave ou s'il se poursuit sur une certaine durée.

3 42 U.S.C. secs. 2000e to 2000e-17.

4 *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986) (« Sans aucun doute, quand un superviseur harcèle sexuellement un subalterne en raison de son sexe, ce superviseur "exerce une discrimination" en raison du sexe »).

5 29 U.S.C. secs. 631 to 633a.

6 42 U.S.C. secs. 12101 à 12103, 12111 à 12117.

7 *Voir Johnson v. City University of New York*, 48 F. Supp. 3d 572, 574 (S.D.N.Y. 2014) (« L'intimidation et le harcèlement n'ont pas leur place sur le lieu de travail, à moins qu'ils ne soient motivés par l'appartenance de la victime à une classe protégée, ils ne constituent pas la base d'une action en vertu du titre VII. ») ; *Watkins v. First Student, Inc.*, 2018 WL 1135480, * 15 (S.D.N.Y. 2018) (« Quand [les tribunaux] disent que le titre VII, et les lois locales et nationales correspondantes, ne sont pas un code de civilité, ils disent que même si la méchanceté et l'intimidation rendent un environnement de travail abusif, il n'y a pas violation de la loi à moins que cette méchanceté et ce harcèlement ne soient enracinés dans... la discrimination [fondée sur une caractéristique protégée] »).

8 *Voir Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17, 21-23 (1993). *Voir également Davis-Garett v. Urban Outfitters, Inc.*, 2017 Fair. Empl. Prac. Cases (BNA) 342,705, * 4 (S.D.N.Y. 2017) (« Le simple harcèlement n'est pas suffisant pour affirmer qu'un environnement de travail est hostile »).

HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL

Un certain nombre de tribunaux ont décidé que des salariés ont allégué ou prouvé l'existence d'un harcèlement suffisamment grave ou envahissant pour être considéré comme créant un milieu de travail hostile et, par conséquent, illégal en vertu des lois antidiscriminatoires⁹.

La loi *Occupational Safety and Health Act* (sur la sécurité et la santé au travail) constitue une autre source potentielle de protection au niveau fédéral contre le harcèlement psychologique, car elle comporte une disposition générale sur les devoirs selon laquelle «[chaque employeur (...) doit fournir à chacun de ses salariés un emploi et un lieu de travail qui ne comportent aucun danger reconnu, causant ou pouvant causer la mort ou des dommages physiques sérieux à ses salariés¹⁰. » Bien que le harcèlement au travail soit reconnu comme une forme de violence au travail qui peut avoir des effets aussi bien physiques que psychologiques¹¹, l'*Occupational Safety and Health Administration* (l'Administration en charge de la sécurité et de la santé) ne semble pas considérer le harcèlement psychologique au travail comme un problème relevant de sa compétence générale. Au lieu de cela, l'Agence estime que « les brimades, l'intimidation et le harcèlement ne satisfont généralement pas [aux] critères » considérés comme une cause avérée ou possible de dommages physiques¹².

L'Administration en charge de la sécurité et de la santé au travail n'a pas imposé d'obligation aux employeurs quant à la prévention du harcèlement psychologique au travail¹³. Dans ses procédures d'application de la loi sur l'exposition professionnelle à la violence au travail, l'Agence indique que « l'OSHA ne devrait généralement **pas** initier une inspection en cas de menaces personnelles ou émanant de collègues », mais devrait plutôt considérer l'opportunité d'une inspection au cas par cas, en fonction de la prévisibilité

9 Voir, par exemple, *Equal Employment Opportunity Commission v. National Education Association*, Alaska, 422 F.3d 840 (9th Cir. 2005) (le harcèlement de trois femmes sur leur lieu de travail, y compris en leur faisant des remarques grossières et des menaces physiques, pourrait motiver une plainte en vertu du titre VII) ; *Nesbitt v. University of Maryland Medical Center*, 2013 WL 6490275 (D. Md. 2013) (un comportement de harcèlement et d'humiliation pendant deux ans sous forme d'attaques hebdomadaires, y compris en criant sur la plaignante devant les autres salariés et en la traitant de manière méprisante, a été suffisant pour déclarer le harcèlement fondé sur le sexe et l'âge de la victime).

10 29 U.S.C. sec. 654(a)(1).

11 L'Administration en charge de la sécurité et de la santé au travail définit la « violence au travail » comme « tout acte ou menace de violence physique, de harcèlement, d'intimidation ou tout autre comportement perturbateur menaçant sur le lieu de travail, y compris les menaces et la violence verbale. » United States Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration, Safety and Health Topics, <https://www.osha.gov/SLTC/workplaceviolence>
Voir également *Garity v. APWU-AFL-CIO*, 2017 L.R.R.M. (BNA) 286,035, * 3 (D. Nev. 2017) (excluant le témoignage d'un expert en harcèlement au travail, qui aurait témoigné que l'intimidation au travail peut causer une détresse mentale et physique, car le témoignage ne serait pas utile au jury « parce qu'il ne concerne pas des choses dépassant les connaissances communes du profane »).

12 United States Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration, Directive n° CPL 02-01-058, Enforcement Procedures and Scheduling for Occupational Exposure to Workplace Violence 10 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017).

13 Voir Memorandum for Regional Administrators de Richard E. Fairfax, Directeur, Directorate of Enforcement Programs (June 4, 2004) (faisant référence aux lignes directrices fournies aux employeurs sur la violence au travail et notant que l'omission de mettre en œuvre les directives « n'est pas une violation, ou une preuve d'un manquement à l'obligation de veiller à la santé du salarié »).

et de la gravité des cas, et du fait que l'employeur a pris ou non des mesures pour faire face à cette menace. Ces procédures indiquent que si les directeurs régionaux prennent connaissance de « cas pouvant être qualifiés de harcèlement ou d'intimidation, ils devraient envisager de renvoyer le plaignant devant l'autorité gouvernementale compétente », soit l'*Equal Employment Opportunity Commission* (Commission pour l'égalité des chances) soit le *National Labor Relations Board* (Conseil national des relations du travail)¹⁴. Ces procédures montrent que l'Administration en charge de la sécurité et de la santé au travail considère généralement que le harcèlement au travail n'est pas un problème allant à l'encontre de la Loi sur la sécurité et la santé au travail, mais un problème pouvant relever d'autres régimes juridiques. D'autre part, les lignes directrices semblent reconnaître que les incidents de harcèlement psychologique au travail suffisamment graves et prévisibles de la part de l'employeur pourraient constituer un manquement à ses devoirs, surtout si l'employeur n'a pas pris de mesures pour y remédier.

II - LES LOIS DES ETATS EN MATIÈRE DE HARCÈLEMENT PSYCHOLOGIQUE AU TRAVAIL

Bien que la loi fédérale ne traite pas spécifiquement du harcèlement psychologique au travail, il existe dans certains Etats des lois propres à cette question. La Californie, le Tennessee et l'Utah, en particulier, ont promulgué des lois pour lutter contre le harcèlement psychologique au travail¹⁵, mais aucune de ces lois n'interdit expressément le harcèlement psychologique au travail ou n'offre une base pour une action en justice de salariés victimes de harcèlement au travail.

La loi californienne prévoit que dans cet Etat, les employeurs déjà tenus de dispenser une formation sur le harcèlement sexuel aux salariés chargés de la supervision sont également obligés d'inclure, dans le cadre de cette formation, la prévention des comportements abusifs. La loi définit un « comportement abusif » comme le « comportement au travail d'un employeur ou d'un salarié faisant preuve de malveillance qu'une personne raisonnable trouverait hostile, injurieux et sans rapport avec les intérêts professionnels légitimes d'un employeur »¹⁶. La loi prévoit qu'une omission relative à cette obligation de formation ne suffit pas « en soi » pour rendre l'employeur responsable en cas de plainte pour harcèlement sexuel d'un salarié, d'un ancien salarié ou d'un candidat à un poste, de la même manière que le respect de la loi par l'employeur ne le dégage pas de toute responsabilité en cas

14 United States Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration, Directive n° CPL 02-01-058, Enforcement Procedures and Scheduling for Occupational Exposure to Workplace Violence 7 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017).

15 Un autre Etat, Puerto Rico, a adopté en 2014 une loi déclarant le 9 octobre « Journée de l'unité » afin de sensibiliser le public à l'intimidation dans « les écoles, les lieux de travail et les communautés ». 2014 P.R. Laws n° 7 (approuvé le 25 juin 2014) ; I.L.P.R.A. sec. 5271.

16 La disposition californienne relative au « comportement abusif » a été promulguée en 2014. 2014 Cal. Legis. Serv. ch. 306 (déposée le 9 septembre 2014). Cal. Gov't Code sec. 12950.1(b), (h)(2). La loi définit en outre la conduite abusive de la façon suivante : « Une conduite abusive peut inclure des injures répétées, telles que des remarques désobligeantes, des insultes et des épithètes, une conduite verbale ou physique qu'une personne raisonnable trouverait menaçante, intimidante, ou humiliante, le sabotage gratuit ou la mise à mal de l'exécution du travail d'une personne. Un seul acte ne constitue pas un comportement abusif, à moins d'être particulièrement grave et flagrant ».

HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL

de plainte pour harcèlement sexuel¹⁷. Ainsi, bien que la loi californienne œuvre pour que les employeurs et l'encadrement des entreprises soient plus conscients de la nécessité de prévenir le harcèlement psychologique dans le travail, elle n'impose pas pour autant à l'employeur une responsabilité en cas d'harcèlement psychologique.

La loi de l'Utah traitant du harcèlement psychologique au travail met aussi l'accent sur la formation plutôt que sur l'interdiction de cette conduite. Cette loi a modifié la législation sur la gestion du personnel de l'Etat de l'Utah afin d'obliger le Département de la gestion des ressources humaines en Utah à dispenser une formation aux managers et aux salariés des agences sur la prévention des comportements abusifs sur le lieu de travail. Cette loi autorise également ce service à élaborer des politiques contre la conduite abusive dans le travail. La loi définit un « comportement abusif » comme « le comportement verbal, non verbal ou physique d'un salarié envers un autre salarié qui, selon sa gravité, sa nature et sa fréquence, serait considéré par une personne raisonnable... comme destiné à provoquer un harcèlement psychologique, une humiliation ou une détresse injustifiée [ou]... à l'origine de dommages physiques ou psychologiques graves¹⁸ ». La loi de l'Utah dispose qu'elle ne crée pas un droit d'action en justice, pas plus qu'elle n'élargit ou ne diminue les droits auparavant disponibles, ou qu'elle n'élargit ou ne diminue les motifs de sanction, mais qu'elle « n'exempte pas ou ne dégage pas non plus une personne d'une responsabilité, d'une obligation ou d'une sanction éventuelle, en vertu d'une autre loi de l'Etat¹⁹ ». A l'instar de la loi californienne, la loi de l'Utah n'impose pas à l'employeur une responsabilité en cas de harcèlement psychologique au travail ou n'influe en rien sur la responsabilité de l'employeur vis-à-vis de ce comportement.

La loi du Tennessee sur le harcèlement psychologique dans le travail, connue sous le nom de *Healthy Workplace Act* (loi pour un environnement de travail sain), prévoit que la Tennessee Advisory Commission on Intergovernmental Relations (la Commission consultative du Tennessee sur les relations intergouvernementales) établit une politique type pour les employeurs visant à prévenir les comportements abusifs sur le lieu de travail. Cette loi dispose que l'employeur qui adopte cette politique type doit « ne faire l'objet d'aucune poursuite pour comportement abusif d'un salarié ayant entraîné une souffrance mentale par négligence ou intentionnellement », étant entendu qu'une telle politique ne limite pas la responsabilité personnelle d'un salarié en cas de comportement abusif²⁰. La loi définit un « comportement abusif » comme l'ensemble des « actions ou omissions qu'une personne raisonnable, selon la gravité, la nature et la fréquence de ce comportement, estime qu'un salarié a été soumis à un milieu de travail abusif, se traduisant par : la violence verbale répétée sur le lieu de travail, y compris les remarques désobligeantes, les insultes

17 Cal. Gov't Code sec. 12950.1(e).

18 Cette loi a été promulguée en 2015. 2015 Utah Laws ch. 211 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2015). Utah Code Ann. sec. 67-19-44. La loi prévoit également que « [un] acte unique ne constitue pas un comportement abusif, à moins qu'il ne soit particulièrement grave et flagrant ». Le Code administratif de l'Utah dispose que « [L]a politique de l'Etat de l'Utah consiste à fournir un environnement de travail dépourvu de tout comportement abusif » et contient des informations sur les procédures de plainte et d'enquête en cas de conduite abusive sur le lieu de travail. U.A.C. R477-16.

19 Utah Code Ann. sec. 67-19-44(7).

20 La loi du Tennessee a été adoptée en 2014. 2014 Tenn. Laws ch. 997 (approuvé le 22 mai 2014). Tenn. Stat. sec. 50-1-501 to 50-1-505.

et les épithètes, une conduite verbale, non verbale ou physique de nature menaçante, intimidante ou humiliante sur le lieu de travail, ou le sabotage ou la détérioration du travail d'un salarié sur le lieu de travail²¹ ».

La loi du Tennessee ne s'applique qu'aux agences gouvernementales locales et étatiques. Les employeurs du secteur privé ne sont pas visés par la loi. Bien que le personnel de la Commission ait élaboré une politique type, les instances dirigeantes de cet organisme refusèrent de l'adopter. Toutefois, le Département des Ressources humaines du Tennessee a adopté une politique sur la conduite abusive en milieu de travail. Cette politique préconise que « la politique de l'Etat du Tennessee soit de fournir un environnement de travail exempt de tout comportement abusif » et que cet Etat « ne tolère sur le lieu de travail aucun comportement abusif ou qui perturbe le milieu de travail ». Toutefois, cette politique précise également qu'elle « n'a pas pour objet de définir les conditions contractuelles de travail entre l'Etat et ses salariés, les demandeurs d'emploi ou les parties en relation d'affaire avec l'Etat », que « cette déclaration constitue uniquement la politique de l'Etat de Tennessee » et que la violation de cette politique « ne signifie pas que la conduite viole les lois fédérales et/ou d'Etat²² ». En conséquence, la loi du Tennessee n'impose aucune obligation légale aux employeurs publics en matière de harcèlement psychologique et peut en fait, dans certaines circonstances, les dégager de toute responsabilité dans les affaires de harcèlement psychologique au travail.

Certains salariés ont demandé aux tribunaux de reconnaître la validité d'une allégation de harcèlement psychologique au travail en *Common law* en l'absence d'une loi. Ces demandes ont échoué, les tribunaux ne voulant pas reconnaître la validité d'une telle allégation en l'absence de mesures législatives. Par conséquent, les juges ont généralement refusé de reconnaître les demandes en responsabilité délictuelle fondées sur le harcèlement psychologique au de travail ou une action pour licenciement injustifié fondée sur une politique publique contre le harcèlement psychologique au travail²³.

Il existe d'autres bases légales, issues de la *Common law* de plusieurs Etats, qui ont été invoquées afin d'imputer aux employeurs une responsabilité dans les affaires de harcèlement psychologique au travail. Bien que certains salariés aient fait valoir avec succès des allégations concernant des voies de fait et des violences physiques réelles ou des menaces²⁴, la demande la plus susceptible d'être invoquée pour les préjudices psychologiques de harcèlement au travail est une allégation de souffrance émotionnelle

21 Tenn. Stat. sec. 50-1-502(1).

22 Tennessee Department of Human Resources Policy n° 17-001 (entrée en vigueur le 15 mars 2017).

23 Voir, par exemple, *Connearney v. Main Line Hospitals, Inc.*, 2015 WL 9302912, * 6 (E.D. Pa. 2015) (le tribunal a refusé de « recevoir une action en *Common law* en Pennsylvanie pour harcèlement »); *Ramseur v. Perez*, 962 F. Supp. 2d 21, 30 (D.D.C. 2013) (rejetant la demande en responsabilité délictuelle du plaignant pour « intimidation dans le travail » au motif qu'il n'y a pas de « fondement de droit commun indépendant pouvant être reconnu comme une « intimidation dans le travail »); *Jaber v. FirstMerit Corp.*, 2017 -Ohio- 277, 81 N.E.3d 879, 891-892 (Ohio App. 2017) (le tribunal a refusé d'élargir le champ d'application de la loi pour reconnaître une plainte pour violation de la politique publique sur la base du harcèlement).

24 Voir *Raess v. Doescher*, 883 N.E. 2d 790, 793-794 (Ind. 2008) (un membre du personnel hospitalier a déclaré avoir été victime d'une agression de la part d'un médecin en raison de l'action agressive et rapide du médecin qui s'est avancé vers le plaignant, les poings serrés, le regard menaçant, le visage congestionné, les veines saillantes, en hurlant et en jurant, puis en déclarant « vous êtes fini, vous êtes viré »).

infligée intentionnellement²⁵. Afin de justifier sa plainte pour avoir subi une souffrance émotionnelle intentionnelle, le salarié doit établir l'existence d'une conduite extrême et outrageante susceptible de provoquer une détresse émotionnelle grave. Le degré à atteindre pour qu'un comportement soit jugé extrême et outrageant et justifie une allégation selon laquelle la détresse émotionnelle a été infligée intentionnellement a été décrit comme étant « si atroce qu'il dépasse les limites de la décence et qu'il est totalement intolérable pour la communauté civilisée » et conduirait « un membre ordinaire de cette communauté à s'exclamer « c'est scandaleux »²⁶ ! Par conséquent, seules les formes les plus extrêmes de harcèlement psychologique sont susceptibles de faire l'objet d'une action dans le cadre d'une plainte en responsabilité civile.

Les tribunaux qui ont examiné des demandes en réparation sur le fondement de la souffrance émotionnelle infligée intentionnellement ont exprimé leur désaccord sur le fait de savoir si de telles allégations peuvent être généralement reconnues dans le contexte du travail. Certains tribunaux ont laissé entendre que le harcèlement psychologique dans le travail est un phénomène assez répandu si bien qu'il ne serait pas nécessaire que le comportement soit « extrême » pour prouver que la détresse émotionnelle est infligée intentionnellement. Certains tribunaux ont même laissé entendre que « dans le travail, les gens devraient raisonnablement s'attendre à éprouver un certain niveau de détresse émotionnelle, voire une détresse émotionnelle importante, en raison de certains comportements²⁷ ». D'un autre côté, certains tribunaux ont suggéré que l'existence d'un déséquilibre inhérent à la relation de travail peut accroître la probabilité d'une allégation de souffrance émotionnelle intentionnelle fondée sur « un schéma de harcèlement délibéré et répété sur une certaine durée²⁸ ».

Il n'y a pas de cohérence entre les jugements rendus par les tribunaux sur la question de savoir si le harcèlement au travail doit être suffisamment grave pour justifier une demande en réparation pour souffrance émotionnelle intentionnelle. Par exemple, certains tribunaux ont jugé que « le harcèlement psychologique et l'ostracisme » par des collègues, consistant à « avoir un comportement de nature à isoler quelqu'un, des commentaires indélicats et des conversations hostiles et désagréables », ne suffisent pas à remplir les critères définissant un comportement extrême et outrageant²⁹. Mais certains tribunaux ont permis que les plaintes des salariés pour détresse émotionnelle infligée intentionnellement

25 *Voir Raess v. Doescher*, 883 N.E.2d 790, 799 (Ind. 2008) (En discutant de l'instruction proposée sur « l'intimidation en milieu de travail », le tribunal a noté que « l'intimidation en milieu de travail pouvait être considérée comme une forme d'infliction intentionnelle de détresse émotionnelle »).

26 *Kearney v. Orthopaedic and Fracture Clinic, P.A.*, 2015 WL 5194832, * 6 (Minn. App. 2015). *Voir également* Restatement (Second) of Torts sec. 46 cmt. d (1965) ; Restatement (Third) of Torts sec. 46 cmt.d (2012).

27 *Espinoza v. The Computer Co.*, 2015 WL 1014865 (Conn. Super. Ct. 2015). *Voir également* *Woodward v. Elizabethtown Community and Technical College*, 2015 WL 4464100, * 6 (W.D. Ky. 2015) (« Le lieu de travail est trop souvent le cadre d'insultes et d'indignités, mais la loi ne remédie pas à toutes les actions grossières et décourageantes commises par les employeurs »).

28 *Northern v. State of Louisiana*, 2015 WL 6839998, * 6 (La. App. 2015).

29 *Kearney v. Orthopaedic and Fracture Clinic, P.A.*, 2015 WL 5194832, * 7 (Minn. App. 2015). *Voir également* *Britton v. Athenahealth, Inc.*, 31 Mass. L. Rptr. 182, 2013 WL 2181654, * 5 (Mass. Super. Ct. 2013) (l'intimidation, y compris l'envoi de courriels hostiles et le sabotage des performances au travail du salarié, ne répondait pas aux critères définissant un comportement extrême et outrageant).

soient entendues et soumises à la décision d'un jury, autorisant ainsi les jurés à conclure que le harcèlement psychologique était suffisamment extrême et scandaleux pour être illégal en vertu de cette action en responsabilité délictuelle³⁰.

Conclusion

Aux Etats-Unis, la loi n'a pas suivi le même rythme que dans d'autres pays en ce qui concerne la reconnaissance des demandes fondées sur le harcèlement psychologique au travail. Il semble que cet échec soit imputable à deux préoccupations différentes exprimées par les législateurs et les tribunaux. La première est que la reconnaissance d'une allégation de harcèlement au travail imposerait des « codes de civilité » sur les lieux de travail et limiterait ainsi l'action des employeurs et des managers dans leurs relations avec les salariés³¹. La seconde est que le fait de tenir les employeurs responsables de préjudices psychologiques les obligerait à payer le coût de ce qui peut être considéré comme un préjudice invérifiable. Peut-être la reconnaissance du coût personnel et organisationnel du harcèlement psychologique en milieu de travail pourrait-elle conduire les employeurs, les tribunaux et les législateurs à ressentir le besoin de s'attaquer à ce problème envahissant dans le milieu du travail.

30 *Voir, par exemple* Willis v. Career Education Corp., 31 A.D. Cases (BNA) 1293, 2015 WL 3859191, * 13 (N.D. Ill. 2015) (l'intimidation au travail pourrait franchir le seuil d'une conduite extrême et outrageant) ; Espinoza v. The Computer Co., 2015 WL 1014865, * 1-2 (Conn. Super. Ct. 2015) (le tribunal a jugé que des esprits raisonnables pouvaient ne pas être d'accord sur le fait que l'intimidation à laquelle le salarié était soumis par son superviseur ait été extrême et outrageant).

31 *Voir* Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc., 523 U.S. 75, 81 (1998) (s'intéressant à l'idée de transformer le Titre VII en un « code de civilité générale »).

JURISPRUDENCE SOCIALE INTERNATIONALE



« ET SOUDAIN, CE SILENCE ENTRE NOUS » HISTOIRES DE DIALOGUES INTERROMPUS ENTRE LES COURS NATIONALES ET SUPRANATIONALES

RÉSUMÉ

La protection internationale des droits sociaux a fait l'objet d'un regain d'intérêt au cours des années de crise financière. Cela est dû à de multiples facteurs, notamment la réticence de la Cour européenne de justice à contrôler les restrictions aux droits sociaux fondamentaux découlant des mesures d'austérité. Cependant, l'impact réel et le suivi des décisions rendues par les organes de suivi au niveau international restent largement inexplorés. L'article se concentre sur deux exemples spécifiques, tirés des expériences italienne et belge, pour évaluer dans quelle mesure la protection internationale des droits sociaux a un impact au niveau national. Dans le contexte italien, l'affaire FIAT montre que l'intervention du Comité de l'OIT sur la liberté syndicale n'a apporté aucune amélioration effective des droits syndicaux, en raison de problèmes de procédure et de la valeur incertaine de la convention de l'OIT dans l'ordre juridique national. Du côté belge, les auteurs examinent l'application faite par les juges nationaux d'une décision du Comité européen des droits sociaux, critiquant l'habitude de concéder des injonctions provisoires interdisant les activités de piquetage à l'occasion d'une grève. En l'absence d'une intervention de la Cour suprême, les auteurs soutiennent que l'impact de la décision du CEDS reste confiné au rôle de loi non contraignante. Les auteurs concluent que la protection à plusieurs niveaux des droits fondamentaux doit être considérée comme un mécanisme puissant et pourtant fragile, où tous les rouages doivent tourner dans la bonne direction pour que l'ensemble puisse fonctionner : lorsque l'un de ces rouages s'arrête, l'ensemble du mécanisme s'arrête brusquement.

MOTS-CLÉS : *Droits fondamentaux, protection à plusieurs niveaux, droit international du travail.*

ABSTRACT

The international protection of social rights has been the subject of a renewed interest during the years of the financial crisis. This is due to multiple factors, notably, the reticence of the European Court of Justice to scrutinise the restrictions to fundamental social rights brought about by austerity measures. However, the actual impact and follow up of decisions delivered by monitoring bodies at international level remains largely unexplored. The essay focuses on two specific examples, drawn from the Italian and Belgian experiences, to assess to what extent the international protection of social rights has an impact at national level. In the Italian context, the FIAT case shows that the intervention of the ILO Committee on freedom of association has not brought any effective improvement of trade union rights, due to procedural problems and the uncertain value of ILO convention in the national legal order. On the Belgian side, the authors consider the application made by national judges of a decision of the European Committee of Social Rights criticising the habit of conceding interim injunctions forbidding picketing activities in the occasion of a strike. Lacking an intervention of the Supreme Court, the authors argue that the impact of the decision by the ECSR remains confined to the role of soft law. The authors conclude that the « multi-level » protection of fundamental right should be considered as a powerful and yet fragile mechanism, where all the cogwheels have to turn in the right direction for it to function: when one of these cogwheels stops, the entire mechanism grinds to a halt.

KEYWORDS: *Fundamental Rights ; Multilevel Protection ; International Labour Law.*

La protection multi-niveaux des droits sociaux a fait un retour en force dans les débats juridiques, tout au long des années de crise¹. Parallèlement, le sens même du concept de multi-niveaux s'est amplifié. Auparavant, si l'attention portait essentiellement sur le recours au juge communautaire, la réticence (pour recourir à un euphémisme) de ce dernier à sanctionner les restrictions apportées aux droits fondamentaux résultant de la gestion de la crise par les institutions européennes l'a souvent rendu superflu.

Les acteurs juridiques et sociaux se sont ainsi retrouvés privés des protections proposées par le droit communautaire et ont dû, en conséquence, élargir leurs horizons respectifs pour chercher un point d'appui permettant de préserver les droits sociaux des attaques du rouleau compresseur de l'austérité. Ceci a conduit à raviver de nouveau l'attention sur le rôle des organes de contrôle des conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT), de la Charte sociale européenne (CSE) et de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH).

Le faible impact des décisions des organes supranationaux que l'on constate après avoir analysé la dite « jurisprudence de la crise » nous a convaincus de l'importance du fait de ne pas se limiter à l'analyse des décisions supranationales en tant que telles, même si ces dernières sont favorables et rassurantes mais, au contraire, d'en étudier la réémergence au niveau national et d'en vérifier l'impact réel sur la jurisprudence nationale.

Examiner le suivi des décisions des Cours supranationales signifie non seulement surveiller l'impact d'une décision particulière sur un cas concret mais, plus généralement, contrôler également l'impact d'une décision de la Cour supranationale sur le système juridique national. Etant donné que les Cours supranationales interprètent et appliquent des sources supranationales, il s'agit, en dernier lieu, de vérifier l'effet de ces sources sur le droit interne². Sont-elles connues et utilisées par les Cours nationales ? À quelles fins ? Pour justifier *ad adjuvandum* une décision de la Cour nationale ? Pour interpréter le droit interne conformément à la source supranationale ? Pour ne pas appliquer une disposition de droit interne qui ne serait pas conforme à la source supranationale ? Pour régler un cas qui n'est pas régi par le droit interne ? En tant que critère d'appréciation dans le contrôle de la légitimité constitutionnelle des lois nationales ?

-
- 1 A. Supiot, « Qui garde les gardiens ? La guerre du dernier mot en droit social européen », *Semaine sociale Lamy*, 2016, supplément n° 1746, p. 1 ; F. Valdés Dal-Ré, « El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras », 2016, <http://comunicacion.uva.es/export/sites/comunicacion/documentos/Leccion-Fernando-Valdes.pdf>
 - C. Kilpatrick, B. De Witte, « A comparative framing of fundamental rights challenges to social crisis measures in the Eurozone », *European Journal of Social Law*, 2014, p. 1.
 - 2 Voir pour la législation de l'OIT X. Beaudonnet (dir.) *Droit international du travail et droit interne. Manuel de formation pour les juges, juristes et professeurs de droit*, Turin, Centre international de formation de l'OIT, 2009, p. 17 et s. ; pour la CSE, C. Benelhocine C., *La Charte sociale européenne*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2011, p. 94 et s.

L'examen du suivi des décisions des Cours supranationales apparaît encore plus important à l'heure où ces Cours débattent entre elles. Comme cela a été expressément affirmé par le Comité européen des droits sociaux (C.E.D.S ci-après -décision portant sur la réclamation collective n° 85/2012, §74), les principes et les normes constituant le système juridique de l'Union ne coïncident pas nécessairement avec le système de valeurs, de principes et de droits garantis par la Charte sociale européenne (CSE ci-après) et par les conventions de l'OIT.

La tension entre les Cours supranationales se répercute sur les juges nationaux qui, lorsqu'ils doivent trancher un cas concret, sont forcés de résoudre les contradictions existant entre les sources supranationales. La solution retenue face à ces contradictions diffère d'un État à l'autre : celle-ci dépend en effet de l'effet juridique reconnu à chacune des sources supranationales dans l'ordre interne et des règles de droit interne régissant les contradictions entre les normes. Donc, les Cours nationales sont tenues de trouver, dans leur propre système de référence, une solution aux conflits qui surviennent dans les États simultanément membres de plusieurs organisations internationales³.

Toutes les questions précitées mériteraient un examen bien plus approfondi que celui que l'on peut effectuer ici. Nous nous bornerons donc à présenter deux affaires explicitant quelques-uns des points faibles du dialogue multi-niveaux entre les Cours. Ces affaires concerneront deux pays très différents : d'une part, l'Italie, à savoir un État où une réflexion sérieuse sur l'effet juridique des conventions de l'OIT et de la CSE fait défaut - tant et si bien que ces sources sont quasiment ignorées par les tribunaux nationaux ou, pire encore, citées de manière erronée ou de façon à en limiter l'effet juridique ; d'autre part, la Belgique, pays où la CSE est connue des Cours mais où il n'existe aucun organe garantissant une interprétation et une application sans ambiguïté de cette dernière.

I - LE CAS FIAT : LE CONTEXTE

Les évènements syndicaux qui, depuis 2010, ont affecté le plus grand constructeur automobile italien ont été largement étudiés par la doctrine italienne⁴. En bref, Fiat a mis en œuvre une stratégie directe visant à expulser de ses usines la FIOM (Fédération des employés et ouvriers de la métallurgie de la Confédération général italienne du travail, CGIL), c'est-à-dire le syndicat qui compte (et qui comptait) le plus grand nombre d'adhérents au sein de l'entreprise. À cette fin, Fiat a mis fin aux accords syndicaux en vigueur et en juin 2011, elle a fait savoir qu'elle quittait Federmeccanica (Fédération des entreprises de la métallurgie) à compter du 1^{er} janvier 2012. Dès lors, l'unique convention collective en vigueur au sein des usines du groupe Fiat était la convention de groupe, signée par plusieurs syndicats mais pas par la FIOM. Étant donné que jusqu'à l'arrêt n° 231/2013 de la Cour constitutionnelle⁵, l'article 19 du Statut des travailleurs permettait uniquement aux syndicats signataires de la convention collective applicable dans l'entreprise d'avoir

3 C. Panzera, « Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della carta sociale europea », *Rivista AIC* n° 1/2017, p. 18.

4 Pour une reconstitution détaillée de l'affaire, voir A. Lassandari, « L'azione giudiziale come forma di autotutela collettiva », *Lavoro e Diritto*, 2014, p. 309 et F. Focareta, « Il modello FCA-CNH, le parole e le cose », *DLRI*, 2017, p. 365.

5 Dans l'arrêt n° 231/2013, la Cour constitutionnelle italienne a déclaré que les syndicats qui ont participé à la négociation collective peuvent créer leur RSE, alors même qu'ils n'ont pas signé la convention collective.

des représentants syndicaux d'entreprise (RSE ci-après), la FIOM - le syndicat qui avait (et a encore) le plus grand nombre d'adhérents - ne pouvait donc constituer sa propre RSE et bénéficier des droits garantis, selon le système juridique italien, aux représentants syndicaux présents sur les lieux de travail

En outre, Fiat a transféré son usine de Pomigliano d'Arco à la société Fabbrica Italia Pomigliano s.p.a., entreprise contrôlée à 100 % par Fiat s.p.a. ; lorsque les anciens salariés de Fiat ont été réembauchés, aucun adhérent de la FIOM n'a été retenu, ce qui a entraîné une diminution draconienne du nombre d'adhérents à ce syndicat. Par ailleurs, Fiat a refusé de procéder à la retenue de la cotisation syndicale sur le salaire des adhérents de la FIOM, ce qui a ainsi compliqué le règlement des adhésions pour le syndicat.

À l'usine de Melfi, Fiat a licencié trois délégués syndicaux, accusés d'avoir empêché, dans le cadre d'une grève, la poursuite de l'activité de production.

À l'occasion de la rencontre avec la délégation spéciale de négociation en vue de la constitution du comité d'entreprise européen (CEE), Fiat Industrial s.p.a. a réclamé, pour finir, le remplacement du membre désigné par la FIOM, au motif que ce syndicat n'avait pas signé la CCSL.

Les décisions sommairement décrites plus haut ont été systématiquement contestées par la FIOM devant les juges du travail.

C'est dans le cadre de cette stratégie judiciaire qu'une plainte a été présentée, le 31 Mai 2012, auprès du Comité de la liberté syndicale de l'OIT, alors même que les questions de légitimité constitutionnelle n'avaient pas encore été soulevées devant la Cour constitutionnelle (celles-ci ont été soulevées le 04 Juin 2012 par le Tribunal de Modène, le 25 septembre 2012 par le Tribunal de Verceil, le 28 Novembre 2012 par le Tribunal de Melfi et le 12 Décembre 2012 par le Tribunal de Turin).

II - LA PLAINTÉ PRÉSENTÉE AU COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, LES CONCLUSIONS DU COMITÉ ET LEUR SUIVI

Dans sa plainte présentée au Comité de la liberté syndicale, la CGIL (Confédération générale italienne du travail) reprochait au gouvernement italien d'être « demeuré totalement passif face aux comportements discriminatoires et préjudiciables à la liberté syndicale de la FIOM-CGIL », violant ainsi l'article 1^{er} de la convention n° 98 de l'OIT qui attend des gouvernements qu'ils exercent une surveillance stricte et entreprennent des actions efficaces contre toute forme de discrimination syndicale.

La CGIL reprochait également au gouvernement la violation de l'article 1^{er} de la convention n° 135 de l'OIT, étant donné que celui-ci ne prenait pas toutes les mesures requises pour garantir aux représentants syndicaux une protection effective contre toute action visant à porter atteinte à leurs fonctions. La violation de l'article 2 de la convention était également invoquée, car les représentants de la FIOM ne pouvaient jouir des droits prévus pour les représentants syndicaux dans le Statut des travailleurs.

Enfin, il était reproché au gouvernement italien de violer l'article 2 de la convention n° 87, car il permettait à Fiat de traiter différemment les organisations syndicales sur la base de leur seule décision de signer ou non la convention collective (c'est-à-dire que seules celles qui signaient la convention collective pouvaient constituer une RSE au sein des usines Fiat).

Dans les conclusions adoptées lors de sa 320^{ème} session (13-27 mars 2014)⁶, le Comité de la liberté syndicale commence par affirmer que l'arrêt n° 231/2013 de la Cour constitutionnelle, intervenu entre-temps, promeut « le respect des conventions et principes de l'OIT en matière de liberté syndicale et de négociation collective, dans la mesure où subordonner la possibilité de disposer d'une représentation syndicale d'entreprise à l'obtention d'un accord avec l'employeur sur le contenu d'une convention collective pourrait être susceptible de restreindre la liberté d'action des organisations syndicales ainsi que la liberté de négociation collective » (§ 619). Il convient d'observer que ce n'est qu'à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle que Fiat s'est souciée de faire parvenir au Comité ses propres observations, en signalant que le groupe avait enfin accordé à la FIOM le droit de constituer une RSE dans chaque usine Fiat.

Néanmoins, le Comité rappelle que l'arrêt de la Cour constitutionnelle n'aborde pas le problème plus général du défaut d'une loi sur la représentativité syndicale et ne détermine pas de critère sélectif de la représentativité syndicale permettant la reconnaissance des droits syndicaux renforcés prévus par le Statut des travailleurs en cas d'absence de convention collective applicable au sein de l'entreprise ou de l'impossibilité d'aboutir à un accord collectif d'entreprise (Cour const., arrêt n° 231/2013, § 9). C'est pourquoi, le Comité demande au gouvernement d'agir au plus vite sur cette question et de le tenir informé des initiatives qui seront prises (§ 620).

Le Comité demande ensuite au gouvernement de garantir que tous les salariés du groupe affiliés à la FIOM-CGIL puissent continuer à voir leurs cotisations déduites de leurs salaires et versées à ladite organisation syndicale (§ 621).

Le Comité demande aussi d'indiquer si, en exécution de l'arrêt n° 18368/2013 de la Cour de cassation, les trois délégués syndicaux ont été effectivement réintégrés à l'usine de Melfi (§ 624).

Soulignant que « la discrimination antisyndicale constitue l'une des violations les plus graves de la liberté syndicale », le Comité demande enfin à être informé des décisions judiciaires encore en attente concernant la constitution du Comité d'entreprise européen et les discriminations visant les adhérents à la FIOM de l'usine de Pomigliano, en invitant le gouvernement à prendre les initiatives nécessaires pour empêcher que de nouveaux conflits de nature similaire ne surviennent au sein du groupe Fiat (§ 625).

Signalons que c'est la première fois que le Comité de la liberté syndicale adopte des recommandations aussi sévères à l'encontre de l'Italie⁷.

Suite à cette décision du Comité, un bref dialogue s'est engagé avec le gouvernement italien qui, le 24 Juillet 2014 et le 17 Septembre 2014, a présenté des informations sur le suivi du cas. La communication du gouvernement contient aussi les observations de Fiat (datant du 7 Juillet 2014 et du 8 Août 2014) ainsi que celles de la CISL (Confédération italienne des syndicats de travailleurs) et de l'UIL (Union italienne du travail) (datant du 15 Juillet 2014). Les documents du gouvernement n'ont pas été transmis à la CGIL qui avait déjà présenté, le 16 Juillet 2014, ses propres observations concernant l'affaire (observations annexées par ailleurs à la première communication du gouvernement). La plaignante n'a donc pas pu répondre sur ce point. D'autre part, dans leur communication, la CISL et l'UIL

6 371^{ème} Rapport du Comité de la liberté syndicale, cas n° 2953.

7 V. Bavaro, « L'Oil e il reclamo della Cgil (a proposito del caso Fiat) », Il diario del lavoro, 14 Avril 2014.

regrettent de ne pas avoir eu la possibilité de présenter leurs considérations au cours de la phase qui a précédé les conclusions du Comité de liberté syndicale.

Il convient de noter que le Comité de la liberté syndicale institué par l'OIT *peut* informer les plaignants du contenu des observations du gouvernement, en les invitant à présenter à leur tour leurs propres observations sur la question. De même, la Direction générale, à la lumière des observations du gouvernement, *peut* estimer nécessaire d'obtenir des informations supplémentaires de la part des plaignants, en leur demandant de communiquer leurs réponses quant à la position du gouvernement. Il n'est donc pas garanti aux parties concernées qu'elles puissent accéder librement aux documents déposés par le gouvernement et les parties adverses.

Au sujet de la représentativité syndicale, le gouvernement se limite à mentionner l'accord interconfédéral sur les représentants syndicaux signé le 10 Janvier 2014 par la CGIL, la CISL, l'UIL et la Confindustria (Confédération italienne des entreprises), sans expliquer pour autant que cet accord ne s'applique pas au cas Fiat, du moment que Fiat ne fait pas partie de Confindustria. Le choix du gouvernement est sans aucun doute conditionné par la position de la CISL et de l'UIL, qui indiquent que les situations conflictuelles ayant donné naissance au cas Fiat «ont bénéficié d'une conciliation et d'un règlement plus que suffisants à travers les mécanismes de protection ordinaires largement proposés par le droit interne, sans qu'il y ait besoin, à cette fin, de demander au gouvernement des interventions qui ne pourraient que revêtir le caractère d'une ingérence abusive dans les principes de liberté et d'autonomie associative que le Comité a officiellement pour but de défendre ».

Pour ce qui a trait à la déduction des cotisations syndicales, le gouvernement rappelle la position de Fiat : l'obligation de retenue sur les salaires des travailleurs prévue dans la convention collective du groupe Fiat ne s'applique qu'aux seuls syndicats signataires de cette convention ; tous les autres syndicats peuvent percevoir les cotisations de leurs affiliés directement sur le lieu de travail ou leur demander d'effectuer un versement sur un compte courant bancaire. Le gouvernement ajoute aussi qu'afin de ne pas alimenter le contentieux, les groupes Fiat et Fiat Industrial ont accepté, dès le mois de septembre 2012, d'effectuer les retenues pour le compte de la FIOM.

Quant au licenciement des trois délégués syndicaux à l'usine de Melfi, le gouvernement signale le caractère « litigieux » de l'affaire judiciaire sans même mentionner que les travailleurs ont été effectivement réintégrés (à l'exception de l'un d'entre eux, qui bénéficiait d'un congé pour exercer une fonction politique).

Relativement aux discriminations syndicales à l'encontre des affiliés à la FIOM au sein de l'usine de Pomigliano, le gouvernement joint le procès-verbal de conciliation en date du 30 Mai 2014, dans lequel Fiat s'engage à réembaucher les travailleurs victimes des discriminations et où la FIOM (en son nom propre et pour le compte des travailleurs) déclare qu'elle n'a plus rien d'autre à exiger et s'engage, en ce qui concerne ces faits et ce contentieux, à n'intenter aucune autre action à l'encontre de Fiat.

Le gouvernement italien n'évoque pas la constitution du CEE, au sujet de laquelle le Groupe Fiat Industrial signale, dans une lettre, que la décision de la Cour d'appel de Turin du 07 Mai 2014 est de nature « purement déclaratoire et, en tant que telle, sans effets substantiels et dépourvue de dispositions concrètes à l'encontre de l'entreprise ». En réalité, la Cour d'appel de Turin a réformé le jugement du Tribunal de Turin en date du 20 Février 2013, en affirmant le caractère antisyndical du comportement de Fiat Industrial s.p.a lorsque celle-ci s'est immiscée dans la désignation de la délégation spéciale de négociation et a

exigé le remplacement du membre affilié à la FIOM. Le *diktat* de l'entreprise - affirment les juges turinois - constitue « une restriction directe et immédiate de la liberté et de l'activité syndicale et crée une discrimination évidente au détriment du syndicat demandeur ».

Étant donné les informations reçues du gouvernement, le Comité de la liberté syndicale a décidé, en juin 2017, de ne pas poursuivre l'examen de ce cas. Dans son suivi, le Comité mentionne notamment la position de la CISL et de l'UIL et note « avec intérêt » que la question de la représentativité syndicale est résolue par l'accord interconfédéral sur les représentants syndicaux⁸.

Le rideau tombe... mais les problèmes restent à résoudre

L'épilogue du cas Fiat laisse indubitablement perplexe. L'affaire a été classée sans suite alors que le gouvernement n'a rien fait pour garantir « le libre exercice du droit syndical » (art. 11 de la convention n° 87 de l'OIT). Plus particulièrement, la question de la représentativité syndicale demeure non résolue, du moins pour les entreprises non adhérentes à la Confindustria, auxquelles l'accord interconfédéral sur les représentants syndicaux ne s'applique pas. Par ailleurs, dans les conclusions et le suivi du Comité de la liberté syndicale, l'art. 8 de la loi n° 148/2011 n'est jamais cité, alors que la conformité de cette disposition aux conventions de l'OIT a été mise en doute par la CGIL dans sa plainte⁹.

Les événements qui se sont récemment déroulées dans les usines italiennes de Fiat démontrent que les questions soulevées devant le Comité de l'OIT ne sont pas totalement résolues. Sans prétendre à l'exhaustivité, il suffit de rappeler que Fiat se refuse à convoquer une table de négociation comprenant les représentants de tous les syndicats car la FIOM n'a jamais signé la convention de groupe. Le groupe Fiat n'applique pas la convention collective nationale du travail de la branche métallurgie signée par tous les syndicats fin 2016, même si cette dernière contient des dispositions constituant une amélioration pour les travailleurs. Ainsi, les dispositions de la convention de groupe (par exemple, en ce qui concerne l'organisation du travail) s'appliquent à tous les travailleurs¹⁰. De plus, la convention de groupe est la seule convention collective à laquelle Fiat se réfère lorsque la loi fait renvoi aux conventions collectives.

En mars 2016, Fiat et les syndicats signataires de la convention de groupe sont parvenus à un accord sur l'utilisation du contrat de solidarité conformément à l'art. 21 alinéa 5 du décret législatif n° 148/2015¹¹. Même cet accord a été signé en excluant les RSE de FIOM et la FIOM elle-même. Et les contrats de solidarité sont applicables à tous les travailleurs (même ceux affiliés à la FIOM).

Le 11 Juillet 2016, l'accord visant à la reconstitution du CEE de Fiat a été signé par Fiat Chrysler Automobiles, IndustriAll European Trade Union et les syndicats italiens de la métallurgie (inclus la FIOM), il ne semble pas que la réglementation interne sur les CEE

8 *Effect given to the recommendations of the committee and the Governing Body, Report n° 382, June 2017, case no. 2953 (Italy)*, §104 et 105.

9 L'art. 8 de la loi n° 148/2011 permet aux conventions collectives d'entreprise de déroger à la loi ou aux conventions collectives nationales, sans spécifier les critères de représentativité que les syndicats doivent respecter pour signer tels accords.

10 Sur ce point, voir dernièrement, Cass., arrêt n° 27115/2017.

11 Le contrat de solidarité permet à l'employeur de réduire l'horaire de travail des travailleurs en cas de crise de l'entreprise.

respecte la directive n° 2009/38 ainsi que les conventions de l'OIT n° 87 et n° 135. Dans plusieurs dispositions, la loi n° 113/2012 se réfère en effet aux « organisations syndicales qui ont signé la convention collective nationale s'appliquant à l'entreprise ou au groupe d'entreprises concernées » (art. 5 al. 1 ; 6 al. 2 et 3 ; 7 al. 2 ; 9 al. 6 et 7 ; 15 al. 1-a) ; 16 al. 3 et 6). Comme le démontre le cas Fiat, il est fort possible que l'entreprise (ou le groupe) n'applique aucune convention collective nationale. Et il est aussi possible que la convention collective nationale appliquée par l'entreprise (ou le groupe) n'ait pas été signée par un syndicat qui, bien que représentatif, serait ainsi privé de la possibilité de participer à la constitution du CEE.

Ajoutons à ceci qu'aucun des jugements rendus par les Cours nationales après les conclusions du Comité de la liberté syndicale ne cite les recommandations de ce dernier. La réglementation de l'OIT et la jurisprudence du Comité n'ont même pas été envisagées comme des arguments *ad adjuvandum* par les juges qui ont décidé sur l'obligation de l'employeur de verser les contributions syndicales des travailleurs adhérents de la FIOM, bien que le Comité ait expressément rappelé que « la suppression de la possibilité de retenir les cotisations à la source, qui pourrait déboucher sur des difficultés financières pour les organisations syndicales, n'est pas propice à l'instauration de relations professionnelles harmonieuses et devrait donc être évitée » (§ 621)¹². Les recommandations du Comité de la liberté syndicale ne sont pas davantage mentionnées dans l'arrêt du 07 Mai 2014 de la Cour d'appel de Turin à propos du CEE de Fiat, laquelle s'est exprimée quelques mois après ce dernier.

Dans le cas Fiat, le dialogue multi-niveaux n'a donc pas garanti une protection effective et complète des droits syndicaux. D'un côté, la faute en incombe aux problèmes de procédure déjà signalés : les règles procédurales de l'OIT ne garantissent pas le respect du contradictoire ; cela non seulement constitue une entrave aux droits de la défense des parties, mais empêche aussi le Comité d'avoir une vision complète de l'affaire, en disposant de toutes les informations nécessaires pour s'exprimer sur le litige. Dans le cas Fiat, les mésententes entre les confédérations syndicales n'ont pas été propices à la garantie des droits syndicaux. Mais c'est justement la rupture de l'unité syndicale qui rend encore plus urgente l'intervention du gouvernement pour empêcher que de nouveaux conflits surviennent (comme cela est demandé par le Comité de la liberté syndicale au § 625 de ses conclusions).

Le silence des Cours nationales sur les recommandations du Comité de la liberté syndicale et, en général, sur la réglementation de l'OIT est aussi un sujet de préoccupation. Les conventions de l'OIT sont rarement mentionnées par les Cours italiennes et les décisions des comités de contrôle de l'OIT ne sont jamais citées. Dans la majorité des arrêts, les conventions de l'OIT sont mentionnées afin d'argumenter *ad adjuvandum* une décision déjà prise sur la base du droit interne¹³. Cependant, l'efficacité des conventions de l'OIT, au-delà de leur valeur interprétative, demeure encore obscure.

12 Voir dernièrement, Cass., arrêt n° 5321/2017.

13 Récemment, la Cour constitutionnelle a mentionné les conventions de l'OIT et de la CSE pour justifier l'interprétation évolutive du texte constitutionnel (Cour constitutionnelle, arrêt n° 178/2015, cité par la Cour de Cass., arrêt n° 21232/2015).

II - GRÈVE ET PROCÉDURES D'URGENCE : LE C.E.D.S. ET LE JUGE BELGE

Le droit de grève s'est développé en Belgique dans le silence de la loi. Sa reconnaissance pleine et entière découle d'un arrêt historique de la Cour de cassation datant de 1981¹⁴, sur la base d'un raisonnement *a contrario* tenu à la lumière de la loi relative aux prestations d'intérêt public en temps de paix¹⁵.

La Constitution belge ne mentionne pas la grève, même après la réforme de 1993 qui a inséré une série de droits sociaux, économiques et culturels dans l'article 23 de la Constitution. La consécration législative (indirecte) n'arrivera qu'en 1990 avec la loi de ratification de la CSE. C'est pour cette raison que ce document remplit, pour le droit de grève en Belgique, une fonction quasi-constitutionnelle puisqu'il est souvent mentionné par les décisions jurisprudentielles en matière de grève et d'actions liées à la grève¹⁶. L'article 6(4) de la Charte est considéré en effet par la doctrine et la jurisprudence comme ayant un effet direct¹⁷.

Vers la fin des années 80, les employeurs ont commencé à présenter des recours par la voie de procédures d'urgence (ce que l'on appelle des actions en *référé*) pour attaquer ce que l'on qualifie d'« actes détachables » de l'action de grève. Ces actes « détachables » concernent tous les comportements qui dépassent le cadre du simple arrêt du travail et visent notamment l'activité de mise en place de piquets de grève et l'occupation éventuelle des locaux de l'entreprise. Une telle procédure d'urgence se déroule devant le président du tribunal de première instance (c'est-à-dire le juge civil) et se fonde sur l'article 584 du *Code judiciaire* belge, qui permet à quiconque pouvant prouver qu'il a personnellement et directement intérêt de recourir au juge pour obtenir la préservation d'un intérêt protégé menacé à l'occasion d'un conflit collectif. Les intérêts protégés invoqués par les employeurs dans ce contexte concernent le droit de propriété, ainsi que la liberté du commerce et de l'industrie¹⁸.

Si le président du tribunal considère que l'apparence de bien-fondé de la demande (*fumus boni iuris*) est suffisante, il rend une ordonnance¹⁹ accompagnée d'une astreinte, c'est-à-dire une sanction pécuniaire en cas de non-respect de l'interdiction contenue dans ladite astreinte. En outre, le juge doit prendre en considération l'existence de la « nécessité absolue »²⁰ qui s'appuie, en règle générale, sur la base de l'argument selon lequel il serait impossible à l'employeur de connaître, en amont, quels travailleurs vont participer aux piquets de grève.

14 Cass., arrêt du 21.12.1981, *Journal des tribunaux du travail*, 1982, 329.

15 Loi relative aux prestations d'intérêt public en temps de paix, 19.08.1948.

16 Voir par exemple Cour du travail de Bruxelles, 05.11.2009, RG 2009/AB/52381.

17 En plus, selon la jurisprudence de la Cour de cassation le droit international ayant un effet direct prime sur les dispositions nationales. Voir Cass. 27 mai 1971, Pasicrisie, 1971, I, p.886.

18 Consacrée par ce que l'on a coutume d'appeler le « décret d'Allarde » (il s'agit en fait d'une loi) des 2 et 17 mars 1791.

19 Dans la grande majorité des cas, les ordonnances rendues dans le cadre de cette procédure ne sont pas publiées. Les auteurs tiennent à remercier Jean-François Neven et Filip Dorssemont de leur avoir fourni une aide précieuse pour retrouver la trace des nombreuses ordonnances nécessaires à la rédaction du présent article.

20 La présence de l'absolue nécessité est en effet nécessaire pour l'introduction de la procédure par requête unilatérale.

Les présidents des tribunaux belges – bien qu’ayant des démarches peu uniformes à cet égard – soient régulièrement intervenus dans les questions relatives à l’exercice du droit de grève, dans le cadre de mesures d’urgence visant à interdire le blocage, par les syndicats, de l’accès au lieu de travail aux travailleurs non-grévistes. Les juges ont agi, *inaudita altera parte*, à la demande de l’employeur et la plupart du temps, la requête se fondait sur la simple annonce – diffusée par voie de presse ou par tract²¹ – de la mise en place de piquets de grève ou de la décision de bloquer l’accès à l’entreprise. L’ampleur de ces mesures est extrêmement variable, tout autant sur le plan des modalités d’interdiction que du point de vue de la période couverte (de 24 heures à plusieurs mois).

La possibilité pour les syndicats de présenter un recours en tierce opposition contre ces décisions s’est avérée être une arme véritablement émoussée²². En premier lieu, parce que souvent les syndicats n’étaient même pas au courant des décisions du juge et que ces dispositions n’étaient opposées aux grévistes qu’au moment de l’action collective. De la sorte, les ordonnances de référé avaient pour résultat d’empêcher le déroulement de la protestation des travailleurs, brisant l’élan de cette dernière puisque la présentation de la tierce opposition devrait, de toute manière, intervenir après²³. En second lieu, parce que les juges d’appel ont souvent considéré qu’une fois que le conflit collectif faisant l’objet de la mesure d’urgence serait réglé, la tierce opposition serait irrecevable pour défaut d’intérêt à agir et absence d’objet²⁴. Cette approche a été longuement confortée par la jurisprudence de la Cour de cassation²⁵.

La Cour est récemment revenue sur la question, en modifiant sa jurisprudence et en admettant la possibilité d’interjeter appel contre les mesures prononcées par le juge des référés, même lorsque le conflit collectif a désormais cessé²⁶. Ce contrôle se contente de vérifier les apparences de droit des mesures concernées, de sorte que le juge des référés ne puisse être sanctionné qu’en cas d’excès de pouvoir, après avoir procédé à une application *déraisonnable* des droits des parties ou refusé de manière *déraisonnable* l’application de ces droits²⁷. La violation des dispositions de droit matériel demeure insignifiante en cas de tierce opposition. Le contrôle exercé par la Cour de cassation revêt donc un caractère marginal.

21 J-F. Neven, « Piquets de grève : les suites de la décision du Comité européen des droits sociaux du 13 septembre 2011 », in C. Guillaïn, F. Dorsemont, I. Ficher, *Droit de grève : actualités et questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 46.

22 F. Dorsemont, « Libres propos sur la légitimité des requêtes unilatérales contre l’exercice du droit à l’action collective à la lumière de la décision du Comité européen des droits sociaux », in I. Ficher et autres (dir.), *Actions orphelines et voies de recours en droit social*, Limal, Anthemis, 2012, p. 132.

23 P. Humblet, « Behoort de tussenkomsst van de rechter in collectieve conflicten tot het verleden? », in *Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent*, 2013, p. 860.

24 Civ. Bruxelles, 4.2.1994, J.L.M.B., 1994, p. 657 ; *Journal des tribunaux du travail*, 1994, p. 331 ; civ. Liège (Prés.), 30.7.1999, *Journal des tribunaux du travail*, p. 377 ; contre civ. Bruxelles (Prés.), 8.3.2000, *Journal des tribunaux du travail*, 2000, p. 208 ; Mons, 21.11.2005, *Journal des tribunaux du travail*, 2006, p. 26.

25 Cass., 17.4.2009, *Journal des tribunaux*, 2009, p. 672. Dans le même sens, Cass., 19.1.2006, *Pasicrisie*, I, p. 188 ; Cass., 19.9.2002, *Pasicrisie*, I, p. 1697 ; Cass., 9.6.2000, *Pasicrisie*, I, p. 1051.

26 Cass., 4.2.2011, R.G. n° C.10.0459.N, *Journal des tribunaux*, 2011, p. 246. Voir J-F Neven, « Les piquets de grève, la procédure sur requête unilatérale et les pouvoirs du juge des référés après la décision du Comité Européen des Droits Sociaux du 13 septembre 2011 », *Revue de droit social*, 4, 2012, p. 407.

27 Cass., 31.1.1997, *Pasicrisie*, I, p. 56.

Par le passé, le juge des référés n'a pas été sanctionné tant qu'il s'est limité à vérifier l'apparence de bien-fondé de la demande (*fumus boni iuris*) sans tenir compte des autres droits matériels qui ne pourraient pas *raisonnablement* avoir un impact sur les mesures provisoires demandées²⁸.

A - LA DÉCISION DU C.E.D.S.

La pratique des tribunaux belges a fait l'objet d'un recours collectif devant le C.E.D.S.²⁹, présenté par l'ensemble des syndicats les plus représentatifs (CSC/ACV, FGTB/ABVV et CGSLB/ACLVB) et par la Confédération européenne des syndicats.

Il est important de souligner que les syndicats belges avaient « préparé le terrain », en transmettant des observations à l'occasion des précédentes séries de conclusions du C.E.D.S.³⁰.

Dans sa décision, le C.E.D.S. a clarifié tout d'abord le fait que le droit de grève, protégé par l'article 6(4) de la CSE, inclut « non seulement le droit de cesser le travail mais aussi, entre autres, celui de participer à des piquets »³¹. Mais le Comité a bien pris soin de distinguer les piquets qui, à travers des intimidations ou des violences, portent atteinte à la liberté des travailleurs non-grévistes de ne pas prendre part à la grève, lesquels ne sont pas inclus dans l'article 6(4)³², et les piquets qui, en revanche, n'entravent pas le libre choix de participer ou non à la grève et qui sont protégés par ce même article³³. En ce qui concerne les non-grévistes, il semble donc que le droit protégé par l'article soit celui de pouvoir décider s'il convient de prendre part ou non à la grève et non pas celui d'accéder à l'entreprise et/ou de pouvoir effectuer son travail³⁴.

Une fois qu'il a été établi que les piquets s'inscrivent bien dans le cadre du droit d'action collective et donc de l'article 6(4), le C.E.D.S. procède à l'analyse des restrictions imposées à ce dernier par la mise en œuvre des procédures sur requête unilatérale. L'élément le plus important de la décision du C.E.D.S. concerne l'aspect procédural de la situation belge. À ce propos, le Comité a constaté que la jurisprudence belge ne présentait pas les conditions d'une stabilité suffisante permettant de garantir la sécurité juridique des parties concernées et, plus particulièrement, la possibilité, pour les travailleurs souhaitant organiser un piquet de grève, de savoir par avance si ce dernier fera l'objet de restrictions légales³⁵. En outre, le Comité affirme que la nature unilatérale de la procédure présente le

28 Cass., 25.11.1996, R.G. n° S.960030.N ; Cass., 25.4.1996, R.G. n° C.930356.N ; Cass., 25.6.1999, R.G. n° C.970372.N ; Cass., 5.5.2000, R.G. n° C.99.0013.N ; Cass., 2.6.2006, R.G. n° C.030211.F ; Cass. 31.1.1997, *Pasicrisie*, I, p. 56.

29 C.E.D.S., décision du 13.9.2011 sur la plainte collective n. 59/2009, Ces, Cgslb, Csc, Fgtb/Belgique.

30 C.E.D.S., Conclusions XVI-1 - Belgique - art. 6(4).

31 C.E.D.S., décision du 13.9.2011 sur la plainte collective n° 59/2009, § 29.

32 *Ibidem*, § 35.

33 *Ibidem*, § 36.

34 F. Dorssemont, *cit.* p. 140-141. Pour une opinion divergente sur le sujet, voir D. Dejonghe, F. Raepsaet, « L'intervention du juge des référés sur requête unilatérale en cas de conflit collectif : contraire à la Charte sociale européenne ? » *Revue de droit social / Tijdschrift voor sociaal recht*, 2013, p. 143.

35 *Ibidem*, § 43.

risque que les intérêts légitimes de l'une des parties ne soient pas pris en compte et, en conséquence, ne respectent pas l'exigence « d'équité procédurale », implicite – selon le raisonnement du C.E.D.S. – dans la condition suivant laquelle les restrictions doivent être « prévues par la loi ». L'exclusion des syndicats de la procédure, ainsi que la nécessité qui s'ensuit pour ces derniers de n'intervenir que lorsqu'une décision contraignante a déjà été prise par le juge, sont donc considérées comme enfreignant cette impartialité procédurale et constituant une violation de l'article G de la CSE³⁶.

B – L'APPLICATION PAR LES COURS NATIONALES

Suite à cette décision, le gouvernement belge s'était engagé devant le Conseil des ministres à informer la justice de ladite décision. Le gouvernement a donné suite à cet engagement en deux temps : en faisant tout d'abord connaître la décision au Collège des procureurs généraux le 3 janvier 2013, puis au Collège provisoire des cours et tribunaux le 16 septembre 2014. Ce dernier organe a par ailleurs été chargé de communiquer l'information aux présidents de cours et de tribunaux qui, comme nous l'avons vu, sont directement impliqués dans les procédures de référé.

Dans son évaluation de 2015, le C.E.D.S. a confirmé que la situation de la Belgique n'avait pas changé et que la violation de l'article 6(4) de la CSE perdurait³⁷. La situation devra être reconsidérée dans le cadre de la prochaine série de conclusions. À ce sujet, le gouvernement belge a adressé son rapport national au C.E.D.S. Dans ce rapport, le gouvernement belge considère que la situation a été rendue conforme à la décision du C.E.D.S. et de la CSE, sur la base de quelques éléments principaux. Le gouvernement fait notamment référence à certaines décisions jurisprudentielles qui ont intégré la décision du C.E.D.S., en soulignant par ailleurs que les juridictions ont accordé plus d'importance au respect du contradictoire, que les juridictions d'appel ont accepté d'envisager la légalité des mesures de contrôle même dans le cas où le conflit collectif a cessé et affirme enfin que les partenaires sociaux ont tenté de négocier un *gentlemen agreement* au niveau interprofessionnel relatif à l'exercice du droit de grève (négociation qui, entre-temps, a échoué).

Parallèlement à cette description, qui est bien entendu centrée sur les évolutions positives, l'on ne peut pas ne pas relever que certains présidents de tribunal continuent à accorder des mesures d'urgence sans se référer à la décision du C.E.D.S. et sans en tenir compte, que ce soit de manière implicite ou explicite. Il ne semble pas que ces mesures aient pris en compte les enseignements de la décision puisqu'elles n'excluent pas du champ des interdictions prononcées, par exemple, les piquets de grève pacifiques effectués sans bloquer totalement l'accès à l'entreprise.

À deux reprises, le président du tribunal de Tournai a accordé des mesures d'urgence et interdit la mise en place de piquets de grève. Ceci, dans le premier cas, parce que des informations rapportées par la presse semblaient sous-entendre que les organisations syndicales souhaitaient bloquer l'accès à l'usine³⁸ ; dans le second cas, parce que cette volonté avait été clairement explicitée par les organisations elles-mêmes dans le tract qui

36 *Ibidem*, § 44. La décision évoque en effet aussi le fait que la procédure sur requête unilatérale contraint les organisations syndicales à introduire une lourde procédure en appel, critique qui semble alors porter plutôt sur la proportionnalité de la restriction.

37 C.E.D.S., Évaluation du suivi, plainte collective n° 59/2009, 4.12.2015.

38 Prés. Civ. Hainaut, division Tournai, 21.11.2014, R.G. 14/950 B, inédite.

annonçait la grève³⁹. Dans les deux cas, le juge des référés n'a pas envisagé la question sous l'angle de l'existence ou du risque d'intimidations et/ou de violences. Le président du tribunal de Charleroi, en revanche, a choisi de se référer à la décision du C.E.D.S., en donnant toutefois une interprétation particulièrement restrictive de celle-ci, de sorte que le simple fait d'occuper en groupe (même pacifiquement) l'entrée de l'entreprise, sans pour autant en bloquer l'accès, a été considéré comme une forme d'intimidation *in re ipsa* à l'égard des non-grévistes et ne se trouve donc pas protégé par le droit de grève⁴⁰.

Une ordonnance de référé prononcée par le président du tribunal de Bruxelles, qui avait accordé des mesures de contrôle, a été annulée suite à la tierce opposition formée par le syndicat. C'est à travers cette opposition qu'il est alors apparu que les travailleurs auxquels le piquet de grève interdisait l'entrée de l'usine avaient été, en réalité, embauchés par une agence intérimaire en réaction à la grève (et donc, en violation de la loi)⁴¹.

Inversement, d'autres juridictions ont commencé à se montrer plus prudentes, sans faire toutefois référence à la décision du C.E.D.S. C'est le cas de la Cour d'appel de Mons, qui a critiqué la décision en référé sur la base du constat qu'un préavis de grève avait été déposé quelques semaines avant son déroulement effectif, situation qui aurait permis - en plus du fait que l'identité des représentants des syndicats organisateurs était connue - l'instauration d'une procédure respectant le principe du contradictoire⁴².

Plus récemment, la Cour d'appel de Bruxelles⁴³ a annulé une ordonnance rendue par le tribunal de première instance en 2015 dans le contexte d'une grève organisée dans le secteur ferroviaire. La société gérant le réseau ferroviaire avait demandé et obtenu du président du tribunal de Bruxelles une ordonnance empêchant quiconque d'avoir accès aux cabines de contrôle des aiguillages, d'occuper les voies et d'utiliser des fumigènes rouges à proximité de celles-ci. L'ordonnance était justifiée par la nécessité de préserver la sécurité des tiers et des grévistes eux-mêmes. Un travailleur - qui plus est, représentant syndical - avait enfreint cette interdiction et s'était vu infliger une amende de 1 000 euros. Le juge d'appel a annulé l'ordonnance et l'amende en se fondant sur la possibilité d'engager une procédure contradictoire, au vu du préavis de grève déposé un mois avant le déroulement de celle-ci.

Suite à cette décision, la société gérante, dans le cadre d'une grève ultérieure, a assigné en justice le secrétaire général de l'un des syndicats organisateurs de l'action collective. Le président du tribunal de Bruxelles a refusé les mesures de contrôle en vertu du constat que le secrétaire général ne pouvait être considéré comme le représentant légal des personnes susceptibles de tenter concrètement de bloquer les voies lors de la grève⁴⁴. Dans le même

39 Prés. Civ. Hainaut, division Tournai, 2 avril 2014, R.G. 14/293/B, inédite.

40 Prés. Civ. Charleroi, 21 janvier 2014, RG n° 13/2754/A, inédite

41 Prés. Civ. Brussel, 8 septembre 2014, RG n° 2014/423/C, inédite.

42 Cour d'appel de Mons, 21^{ème} ch., 28 novembre 2012, *Chronique de droit social*, 2014, p. 20 et *Journal des tribunaux du travail*, 2013, p. 57. Dans le même sens, voir aussi Cour d'appel d'Appel Anvers, 8^{ème} ch., 29 juin 2012, *Chronique de droit social*, 2014, p. 42.

43 Cour d'appel de Bruxelles, 2^{ème} ch., 15 septembre 2017, inédite.

44 Prés. Civ. Bruxelles, 5 octobre 2017, inédite. Voir aussi J-F. Neven, « Requêtes en matière de grève : priorité au contradictoire. Commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 15 septembre 2017 », *Terralaboris.be*, p. 8, http://www.terralaboris.be/IMG/pdf/lb_050_article_jfneven_req_greve.pdf ; ainsi que I. Van Hiel, « Nog eens over de stakingsposten », *Chronique de droit social / Sociaalrechtelijke kronieken*, 2014, p. 30-34.

temps, le juge a rappelé que l'entreprise ne pouvait exiger du tribunal d'interdire « à quiconque » d'occuper les voies tout en citant exclusivement le nom d'une personne, sous peine de créer une confusion entre la procédure unilatérale et la procédure contradictoire.

Face à cette cacophonie de décisions, le travail du C.E.D.S., lors de sa prochaine série de conclusions, s'avérera difficile. Le problème fondamental qui semble poindre est l'absence d'une intervention de « *nomofilachia* »⁴⁵ susceptible de trancher la question au profit de l'une ou l'autre des positions jurisprudentielles. Ayant limité son contrôle, en ce qui concerne les procédures de référé, aux situations d'excès de pouvoir fondé sur une application déraisonnable des droits des parties et ayant opté pour une évaluation purement marginale des droits matériels en jeu dans ces procédures, la Cour de cassation pourra difficilement remplir sa mission, primordiale dans ce contexte. Pour l'heure, le fait que la Cour suprême belge puisse exercer un contrôle sur les décisions en référé, en enjoignant aux présidents des Cours civiles de respecter les articles 6(4) et G de la CSE⁴⁶, semble donc fort improbable⁴⁷.

Le cas belge fait ainsi ressortir qu'en l'absence d'un interlocuteur placé au sommet des juridictions nationales, qu'il s'agisse d'une Cour constitutionnelle ou d'une Cour de cassation, la protection proposée par le niveau supranational risque de demeurer sans effet concret ou, tout au plus, porteuse d'un effet semblable à la *soft law* par rapport aux juridictions nationales.

Conclusion

Les deux cas que nous venons de décrire montrent que la protection multi-niveaux des droits sociaux ne doit pas être envisagée comme une possibilité « d'appel » *sui generis* à une autorité supérieure, dans le cadre d'une hiérarchie pyramidale classique, mais plutôt comme un mécanisme dans lequel une multiplicité d'engrenages permet de faire apparaître une vision du problème juridique donné s'appuyant sur différents systèmes de valeurs. Mais c'est précisément la nature complexe de cet engrenage qui en constitue la fragilité intrinsèque... car lorsqu'un rouage se grippe, tous les autres se bloquent.

Les deux cas étudiés prouvent que les mécanismes de fonctionnement de l'engrenage sont perfectibles. Qu'il s'agisse des règles procédurales devant les Cours supranationales, de l'efficacité des sources supranationales dans le droit national ou de la manière dont les Cours nationales abordent les contradictions relatives à leur interprétation ou à leur application, la protection multi-niveaux des droits sociaux dépend du franchissement de tous les obstacles pouvant compromettre le bon fonctionnement de l'engrenage.

45 Le concept de *nomofilachia* (du grec νόμος, « norme », lié au verbe φυλάσσω, qui indique l'action de « protéger ») est utilisé par la doctrine italienne pour indiquer la tâche, confiée à la Cour de Cassation, d'assurer l'interprétation uniforme de la loi par les cours et tribunaux.

46 J-F. Neven, 2012, cit. p. 56-57.

47 En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a, dans un contentieux différent, critiqué la position de la Cour de cassation quant au caractère strictement marginal du contrôle exercé sur l'application du droit à l'occasion des procédures en référé. Voy. CEDH, 29 mars 2011, Requête n° 50084/06, *RTBf c. Belgique*.

LES INSTRUMENTS MARITIMES À L'ÉPREUVE DU MÉCANISME D'EXAMEN DES NORMES DE L'OIT

L'Organisation Internationale du Travail (OIT ci-après) s'apprête à bientôt célébrer le centenaire de sa création. De nombreuses manifestations devraient permettre de revenir sur cette expérience unique au sein des organisations internationales et de dresser des perspectives pour l'avenir¹. Concernant les activités normatives, plusieurs chantiers ont été déjà engagés afin de réformer l'Organisation et de lui permettre de mieux répondre aux besoins qui lui sont exprimés et aux contraintes qu'elle supporte. L'un connaît une actualité particulière depuis 2016, il s'agit du Mécanisme d'Examen des Normes (MEN ci-après)².

Le constat a plusieurs fois été discuté du nombre considérable, voire étouffant, de normes adoptées par l'OIT et de l'incapacité de ce maillage normatif à assurer un *level playing field* social³. Si l'on s'en tient aux conventions, protocoles et recommandations, le site Internet de l'Organisation en recense près de 400⁴. Ils couvrent l'ensemble des questions relevant de ce que l'on appelle « le droit social » (travail, emploi, sécurité sociale) et se déclinent en instruments d'application générale ou sectorielle et en instruments accordant des protections à tous les travailleurs ou bien à des catégories particulières de travailleurs (enfants, par exemple). Par ailleurs, plusieurs raisons de nature juridique ont abouti à maintenir en vigueur des instruments de générations différentes traitant du même sujet, au risque pour certains de s'avérer obsolètes compte tenu des transformations qui affectent le travail (économiques, sociales, technologiques...). En effet, jusqu'en 1929, le remplacement d'une convention ancienne par une convention nouvelle ne fermait pas la

- 1 Voir la page que l'OIT consacre aux initiatives pour le centenaire : <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/centenary/lang--fr/index.htm>
Parmi les sept initiatives, figure la mise en place d'un groupe consultatif sur l'avenir du travail.
- 2 Le MEN relève d'une autre initiative en lien avec le centenaire, celle sur les normes, qui comprend aussi la consolidation du système de contrôle http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/centenary/WCMS_502351/lang--fr/index.htm
- 3 Voir le document présenté en 2011 au Conseil d'administration : « Politique normative de l'OIT : Une approche pour un code international du travail solide et efficace », GB.310/LILS/3/1. Celui-ci revient sur les efforts déjà réalisés afin de rationaliser le corpus normatif de l'OIT. Sur un plan doctrinal et s'appuyant sur une solide expérience du travail de l'OIT, voir les analyses récentes de J.-Cl. Javillier, « Les normes internationales du travail : fait-il tout dire ? », *Droit social*, 2017, p. 409 et s. et de Fr. Maupain, *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contraindre ?*, Genève, OIT - Institut international d'études sociales, 2012, p. 44 et s.
- 4 En dernier lieu, l'OIT a adopté en 2017 une Recommandation (n° 205) sur l'emploi et le travail décent pour la paix et la résilience. Une Convention (ou une Recommandation) est en préparation concernant la violence et le harcèlement contre les femmes et les hommes dans le monde du travail.

première à toute ratification ultérieure⁵. Ensuite, la Constitution de l'OIT ne prévoyait pas de mécanisme d'abrogation. Il faudra attendre 1997 pour qu'un amendement remédie à cette situation⁶, lequel n'est entré en vigueur que le 8 octobre 2015.

Il n'en demeure pas moins que l'adoption de ces 400 instruments doit être mise au crédit de l'Organisation. Ce sont en revanche d'autres facettes de son activité normative qui sont durement affectées. En plus d'être une enceinte tripartite élaborant du droit, l'OIT doit assurer la promotion des normes auprès des Etats membres afin que celles-ci soient ratifiées et appliquées. Via une commission d'experts indépendants (CEACR ci-après), elle est aussi en charge d'opérer le contrôle de la mise en œuvre des instruments. L'ensemble de ces missions représente un coût et une charge de travail importants. Le nombre excessif d'instruments a donc pour conséquence de mettre à l'épreuve les ressources institutionnelles et financières de l'Organisation, lesquelles ne sont évidemment pas illimitées⁷.

A plusieurs reprises, des efforts ont été entrepris pour évaluer la pertinence des instruments adoptés et essayer d'opérer un tri entre ceux toujours actuels et ceux dépassés. Ce fut le cas, dans les années 1970-1980, avec les groupes de travail Ventejol, puis, entre 1995 et 2002, avec le groupe de travail Cartier⁸. Plus récemment, non sans rapport avec la crise institutionnelle que traverse l'OIT⁹, le MEN a été mis en place¹⁰.

Il a pour objectif d'examiner 231 instruments qui ont été organisés en grands ensembles, découpés en fonction des 4 objectifs stratégiques (emploi, protection sociale, dialogue social, droit fondamentaux), auxquels s'ajoute un ensemble réunissant les instruments à caractère transversal ou sectoriel. Chaque ensemble est ensuite subdivisé en sous-ensembles thématiques avec, à chaque fois, un sous-ensemble réunissant les instruments considérés comme dépassés lors de l'examen du groupe Cartier¹¹. Trois

5 Voir infra, ainsi que N. Valticos, *Droit international du travail*, in Camerlynck G. H. (dir.), *Traité de droit du travail*, Tome 8, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition 1983, p. 90 et s. et 231 et s. ; J.-M. Servais, *Droit international du travail*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 78 et s.

6 Paragraphe 9 de l'article 19 de la Constitution de l'OIT et article 45 bis du Règlement de la Conférence internationale du travail.

7 Concernant le système de contrôle, Voir E. Gravel, « Les mécanismes de contrôle de l'OIT : bilan de leur efficacité et perspectives d'avenir », in *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, OIT, 2004, p. 3 et s. ; A. Wisskirchen, « Le système normatif de l'OIT : pratique et questions juridiques », *RIT*, 2005, p. 267 et s. et Fr. Maupain, « The ILO regular supervisory system: a model in crisis? », *International Organizations Law Review*, 2013, p. 117 et s.

8 Des informations détaillées sur les travaux du Groupe Cartier sont accessibles depuis la page : http://www.ilo.org/global/standards/international-labour-standards-policy/WCMS_449917/lang-fr/index.htm

9 L. Swepston, « Crisis in the ILO Supervisory System: Dispute over the Right to Strike », *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 29, n° 2, 2013, p. 199 et s. ; J. R. Bellace, « L'OIT et le droit de grève », *RIT*, 2014, p. 33 et s. ; BIT, *Document de référence pour la Réunion tripartite sur la Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, pour ce qui est du droit de grève ainsi que les modalités pratiques de l'action de grève au niveau national*, Genève, 23-25 février 2015.

10 Voir le portail du MEN : http://www.ilo.org/global/standards/WCMS_449688/lang-fr/index.htm

11 Voir le document *Rapport du bureau présenté en vertu du paragraphe 17 du mandat du Groupe tripartite du MEN*, 11 mars 2016, GB.326/LILS/3/2.

réunions du groupe de travail tripartite du MEN ont déjà eu lieu (2016-2017) et ont permis de commencer l'examen des instruments relatifs à l'emploi, à la protection sociale, aux principes et droits fondamentaux au travail, ainsi qu'à la santé et à la sécurité au travail. En octobre 2018, une quatrième réunion du groupe tripartite du MEN est programmée, qui devrait normalement traiter d'instruments relatifs à la durée du travail, au dialogue social, à la liberté syndicale, à la protection des enfants et des adolescents, aux migrations et à la santé et sécurité au travail (branches d'activités particulières)¹².

La base de travail retenue dans le cadre des travaux du MEN¹³ consiste à classer les instruments en trois catégories : les normes à jour, les normes appelant de nouvelles initiatives, les normes dépassées. Ces dernières pourront alors être remplacées par des instruments à jour, retirées ou abrogées¹⁴. Toutefois, au-delà de ce classement, qui s'appuie sur divers critères (état des ratifications, contenu et caractère à jour des protections¹⁵), le Groupe de travail tripartite du MEN a pour mandat de recommander au Conseil d'administration l'adoption de mesures de suivi. Il s'agit de pouvoir affecter des ressources à des actions visant notamment à promouvoir des instruments insuffisamment ratifiés (normes à jour), à réviser des instruments s'avérant inadaptés (Normes appelant de nouvelles initiatives) ou bien à orienter les Etats membres vers la ratification d'instruments connexes plus à jour (normes dépassées).

Lors de sa première réunion, en février 2016¹⁶, le Groupe de travail tripartite du MEN a décidé de renvoyer l'examen des instruments maritimes devant la Commission tripartite spéciale (STC ci-après). Celle-ci a été instituée en application de l'Article XIII de la Convention du travail maritime, 2006 (MLC ci-après), afin d'assurer le suivi de l'application et la mise à jour de cet instrument¹⁷.

La MLC présente de nombreuses particularités¹⁸. Elle a pour objet de consolider la plupart des instruments sur le travail maritime adoptés par l'OIT en une convention unique. Dès lors, son entrée en vigueur pour un Etat donné entraîne, dans une logique de

12 Sur le portail du MEN, voir la Note d'information n° 6 de la troisième réunion.

13 Sur le portail du MEN, voir les Notes d'information n° 3 et 4 de la troisième réunion.

14 Sur le plan terminologique, l'abrogation concerne les conventions en vigueur tandis que le retrait vise les recommandations, les conventions qui ne sont jamais entrées en vigueur ou qui ne le sont plus. Le Conseiller juridique du BIT avait eu l'occasion de préciser que lorsqu'une convention entrée en vigueur ne lie plus qu'un seul Etat ou moins, celle-ci se trouve dépourvue de l'effet contractuel qui s'établit entre les Etats qui ratifient les conventions. Elle peut alors faire l'objet d'un simple retrait.

15 Le processus d'examen peut ainsi aboutir à recommander l'adoption de nouvelles normes.

16 V. le document GB.326/LILS/3/2.

17 M. Mc Connel, D. Devlin et Cl. Doumbia-Henry, *The Maritime Labour Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011; J. Lavelle, *The Maritime Labour Convention 2006 - International Labour Law Redefined*, Informa Law, Routledge, 2014; L. Carballo Pineiro, *International Maritime Labour Law*, International Max Planck Research School for Maritime Affairs at the University of Hamburg, n° 34, Springer, 2015.

18 La convention est entrée en vigueur le 20 août 2013.

substitution, la révision automatique des conventions maritimes auxquelles celui-ci avait pu se lier par le passé¹⁹. A ce jour, la MLC a été ratifiée par 86 Etats représentant 91 % de la jauge brute mondiale. Il est donc apparu logique de procéder à l'examen des normes maritimes dans le contexte de la mise en application de ce nouvel instrument. Au regard du nombre de conventions et de recommandations sectorielles à considérer (environ 70 instruments adoptés), l'examen par la STC a été organisé en plusieurs étapes, dont la première s'est conclue le 27 avril 2018²⁰. Les décisions prises dans le cadre de cette réunion seront présentées devant le Conseil d'administration en juin 2018 et devraient, en principe, être confirmées par lui.

L'idée qui a dominé l'examen des normes maritimes est de ne pas maintenir les instruments dépassés ou consolidés qui nuiraient à l'objectif de cohérence porté par la MLC. C'est la raison pour laquelle les notes techniques examinées par la STC invitent systématiquement les Etats qui ne l'ont pas encore fait à ratifier la MLC afin de se délier des instruments antérieurs.

Par ailleurs, quelques constats ont pu être dressés à l'occasion de cet examen. En premier lieu, plusieurs instruments maritimes permettent aux Etats membres d'étendre leur application à d'autres catégories de travailleurs : on pense immédiatement aux pêcheurs. De fait, la protection internationale accordée aux pêcheurs est beaucoup moins consistante et effective que celle qui bénéficie aux gens de mer travaillant dans le transport de marchandises ou de passagers. Elle se traduit aujourd'hui essentiellement par une Convention (n° 188) et une Recommandation (n° 199), adoptées en 2007. Petite sœur de la MLC, la Convention n° 188 ne connaît pourtant pas le même accueil : seulement 10 Etats l'ont ratifiée²¹. Dès lors, le retrait de certains instruments dédiés au transport maritime pourrait avoir des conséquences sur la protection des travailleurs du secteur de la pêche. La STC s'est montrée divisée sur le sujet, un certain nombre de participants considérant que cette commission n'avait pas compétence pour traiter de la situation des pêcheurs. Par ailleurs, il a été rappelé que cette extension de l'application des instruments maritimes aux pêcheurs découle de la volonté des Etats et que leur retrait du corpus de l'OIT ne signifie pas nécessairement qu'ils cesseront de produire tout effet au niveau national.

19 Plus précisément d'une liste de conventions figurant à l'Article X de la MLC, certaines ayant échappé à la consolidation, en particulier les normes traitant des pièces d'identité des gens de mer.

20 Les documents préparatoires à cette réunion sont accessibles depuis la page : http://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/special-tripartite-committee/WCMS_622821/lang--fr/index.htm

21 La Convention n° 188 n'est entrée en vigueur que le 16 novembre 2017. Voir A. Charbonneau, « Donner sa chance à la Convention n° 188 de l'OIT sur le travail dans la pêche. Présentation générale de l'instrument », in O. Fotinopoulou-Basurko (dir.), *Problemas actuales y cambios futuros del derecho de trabajo marítimo*, Gomylex, Bilbao, 2017, p. 155 et s.

En second lieu, certains Etats rencontrent des difficultés pour ratifier la MLC et continuent d'être liés à ce que l'on appelle le « système de la Convention n° 147 »²². Les Etats concernés (on pense, ici, en particulier au Brésil ou aux Etats-Unis) s'engagent juridiquement à donner effet à certaines conventions maritimes de l'OIT, antérieures à 1976, qui sont limitativement énumérées en annexe de la Convention n° 147. Est-il possible de retirer ou d'abroger ces conventions auxquels le système de la Convention n° 147 renvoie ? La question n'a pas été tranchée en avril 2018 et a été reportée à la prochaine réunion du STC²³.

A côté de ces constats, les discussions engagées sur les normes maritimes ont permis d'apporter un certain nombre d'éclairages. Tout d'abord, la révision automatique des conventions antérieures par l'effet de l'entrée en vigueur de la MLC a été précisée, en distinguant les conventions adoptées avant 1929 et à partir de 1929. En effet, seules ces dernières comportent une clause détaillant les effets juridique de la révision²⁴. Cette difficulté avait été identifiée au moment de l'adoption de la MLC et se traduit par l'établissement de deux régimes distincts : la dénonciation automatique des conventions comportant une clause de dénonciation (avec fermeture à toute nouvelle ratification) et la dénonciation *ipso jure* des conventions antérieures à 1929. Dans ce dernier cas, sauf notification contraire émanant de l'Etat membre dans un délai donné, elles seront considérées comme dénoncées. Pour autant, elles ne seront pas fermées à ratification, d'où l'intérêt de les retirer ou de les abroger.

Ensuite, l'article X de la MLC est silencieux sur le sort des recommandations maritimes. Sont-elles automatiquement révisées du fait de l'entrée en vigueur de la MLC ? Sur ce point, le préambule de la MLC précise que cette nouvelle convention a pour objet « de créer un instrument unique et cohérent qui intègre autant que possible toutes les normes à jour contenues dans les actuelles conventions et recommandations internationales du travail maritime ». Sur la base de cette disposition, les documents examinés par le STC rappellent qu'il avait été déjà souligné par le passé que la ratification de la MLC pourrait justifier, le cas échéant, le retrait de certaines recommandations. N'étant pas sujette à ratification et ne faisant pas l'objet d'un contrôle sur rapport par la CEACR, au même titre que les

22 Il est composé de trois instruments : la Convention n° 147 sur la marine marchande (norme minima), de 1976, la Recommandation n° 155 sur la marine marchande (amélioration des normes), de 1976 et le Protocole de 1996 relatif à la Convention sur la marine marchande (normes minima), 1976.

23 La note introductive préparée par le BIT rappelle seulement que cette question avait été évoquée dans le cadre des travaux du groupe Cartier. Deux approches avaient alors été envisagées. La première consistait à voir la Convention n° 147 comme un ensemble se suffisant à lui-même, qui incorporerait le contenu des Conventions mentionnées en annexe. Dès lors, l'abrogation ou le retrait de ces conventions ne dispenserait pas les Etats liés à la Convention n° 147 de les appliquer. L'autre approche, dite du renvoi, consiste à regarder ces conventions comme prenant effet distinctement de la Convention n° 147. En cas de retrait ou d'abrogation, il ne serait dès lors plus possible de considérer ces prescriptions comme liant toujours l'Etat concerné.

24 Selon une formule type : « 1. Au cas où la Conférence adopterait une nouvelle convention portant révision totale ou partielle de la présente convention, et à moins que la nouvelle convention ne dispose autrement: (a) la ratification par un Membre de la nouvelle convention portant révision entraînerait de plein droit [...] dénonciation immédiate de la présente convention, sous réserve que la nouvelle convention portant révision soit entrée en vigueur ; (b) à partir de la date de l'entrée en vigueur de la nouvelle convention portant révision, la présente convention cesserait d'être ouverte à la ratification des Membres ».

instruments conventionnels, il est difficile de dégager l'état réel de l'application d'une recommandation, ainsi que sa pertinence²⁵. De fait, la STC d'avril 2018 a recommandé le retrait d'un certain nombre de recommandations, montrant que l'objectif de cohérence affiché dans le préambule de la MLC devait prévaloir.

Enfin, c'est l'application des conventions maritimes de l'OIT aux territoires non métropolitains²⁶ qui a fait l'objet de discussions. En effet, la très large ratification de la MLC n'a pas eu pour conséquence de couvrir l'ensemble de ces territoires, lesquels peuvent toujours relever de conventions antérieures, voire du système de la Convention n° 147. Les discussions à l'occasion du STC d'avril 2018 ont abouti à l'adoption d'une recommandation visant à encourager les Etats (comme la France, les Etats-Unis, les Pays-Bas, le Royaume-Uni...) exerçant une responsabilité sur ces territoires à leur étendre l'application de la MLC.

25 Sur les recommandations internationales du travail, voir G. P. Politakis et K. Markov, « Les recommandations internationales du travail : instruments mal exploités ou maillon faible du système normatif ? », *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, OIT, 2004, p. 497 et s.

26 Sur cette notion, voir sur le portail du MEN la Note d'information n° 8 de la troisième réunion.

CONDITIONS D'EFFICACITÉ DES DÉCISIONS DES ORGANES DE CONTRÔLE DES DEUX PACTES DE L'ONU

I - LE COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS

Durant le dernier semestre, le comité (CDESC) a adopté les observations et les recommandations finales concernant la Corée, la Moldavie, la Russie et la Colombie¹. Le Comité a de nouveau souligné l'absence de mise en œuvre directe du PIDESC au niveau national et a attiré l'attention sur les problèmes de travail informel, la discrimination, le salaire minimum, et la couverture de la sécurité sociale. Les éléments les plus intéressants - de notre point de vue - des observations finales seront analysés plus en détail.

Le premier reflète l'interconnexion du PIDESC avec d'autres instruments internationaux sur la protection des droits sociaux ainsi que la comparaison de l'approche de ces droits formulée par les organismes internationaux compétents. Dans les observations finales adoptées récemment par le CDESC, deux positions peuvent être recensées:

A - LES CONCLUSIONS SONT CONFORMES À L'APPROCHE D'AUTRES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

À titre d'exemple, on peut retenir les conclusions en ce qui concerne la législation sur la santé au travail en Moldavie. Le Comité est préoccupé par les dispositions de la loi qui limitent les inspections du travail à une par an au maximum et prévoit que les employeurs doivent être avisés cinq jours avant la réalisation de ces inspections et recommande à l'Etat de réviser la loi. On trouve les mêmes conclusions se trouvent dans une Observation récente de la Commission des experts de l'OIT (CEACR)².

En examinant le rapport colombien, le CDESC a porté son attention sur l'exercice du droit de constituer des syndicats, de négocier collectivement et de faire grève qui sont limités par des exigences légales excessives d'une part et d'autre part sur la persistance de nombreux actes de violence ciblant les membres des syndicats. Il a recommandé à l'Etat de mettre sa législation en conformité avec l'article 8 du Pacte et avec les Conventions fondamentales n° 87 et 98 de l'OIT ainsi que de prendre des mesures efficaces pour protéger les membres des syndicats. Cette conclusion est conforme aux conclusions de

1 Tous les rapports sont disponibles :
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/SessionsList.aspx?Treaty=CDESCR

2 Labour Inspection Convention, 1947 (n° 81) - Moldova, Republic of (Ratification: 1996) Observation (CEACR) - adopted 2017, published 107th ILC session (2018).

l'OIT, exprimées dans l'observation de la CEACR et dans un certain nombre de conclusions du Comité de la liberté syndicale de l'OIT³.

Le point de vue du Comité sur les dispositions russes concernant le salaire minimum est un autre exemple d'approche commune. Le CDESC a noté qu', au regard du projet de loi, qui vise à augmenter le salaire minimum pour qu'il atteigne un niveau de subsistance, la nouvelle norme sur le salaire minimum ne permettra pas aux travailleurs et à leurs familles d'avoir une vie décente. En substance, le Comité a réitéré les conclusions de l'observation déjà émise en 2011 et la conclusion du Comité européen des droits sociaux qui constatait dès 2014 que la situation dans la Fédération de Russie n'était pas conforme à l'article 4§5 de la Charte européenne.

La recommandation en ce qui concerne le droit de grève est un autre exemple. Le Comité est préoccupé par les restrictions légales larges sur le droit de grève des travailleurs des services municipaux, des fonctionnaires qui n'exercent pas des fonctions d'autorité de de l'État et des travailleurs ferroviaires. Il a exhorté la Russie à modifier la législation en question, et de supprimer ces restrictions. Cette conclusion est conforme aux conclusions d'autres instances internationales telles que l'OIT et le Comité européen des droits sociaux (CEDS)⁴.

L'existence d'une approche commune par des organismes internationaux sur des problèmes posés par un pays renforce l'attention portée au niveau international et dans une certaine mesure rend les changements plus probables. A titre d'exemple, on peut rappeler la suppression en Russie de l'obligation de notifier à l'employeur la durée de la grève en 2011.

B – LES CONCLUSIONS DU CDESC NE MENTIONNENT PAS LES PROBLÈMES SOULEVÉS PAR D'AUTRES INSTANCES INTERNATIONALES

Dans les observations du CDESC vis-à-vis de la Moldavie il n'existe aucune mention des difficultés de mise en œuvre du droit de grève alors que la Commission d'experts de l'OIT a révélé en 2016 que la situation en Moldavie n'était pas conforme à la Charte sociale européenne, compte tenu des restrictions au droit de grève des employés des douanes⁵.

L'évaluation du droit à la sécurité sociale en Russie faite par le CDESC est particulièrement curieuse. Le Comité se préoccupe uniquement de la couverture des régimes de sécurité sociale qui exclut, entre autres, les travailleurs de l'économie informelle et les travailleurs du sexe. Il n'a pas évalué la partie substantielle du système de sécurité sociale, c'est-à-dire sa capacité à garantir un niveau de vie décent pour les catégories de la population couvertes. Le CEDS a conclu la même année que le niveau minimum des prestations de maladie, des

3 Observation (CEACR) - adopted 2016, published 106th ILC session (2017) Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (n° 87) - Colombia (Ratification : 1976), 10 cases were considered in respect of Columbia by CAS in 2016-2017.

4 Observation (CEACR) - adopted 2016, published 106th ILC session (2017) Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (n° 87) - Russian Federation (Ratification : 1956).

5 ECSR. Conclusions 2016. Republic of Moldova.

accidents du travail et des maladies professionnelles ainsi que des prestations de chômage était insuffisant en Russie⁶.

Cet exemple montre que l'approche du Comité en matière de protection des droits du Pacte n'examine pas en profondeur les questions de politique nationale de sécurité sociale et que ses conclusions ne révèlent donc pas les problèmes les plus importants de la mise en œuvre du PIDESC.

Le fait que CDESC n'ait pas prêté attention à certaines questions soulevées par d'autres organisations internationales peut être illustré de manière plus frappante par l'exemple de la Colombie. Le problème de la traite des êtres humains n'est pas mentionné dans les observations finales tandis que celles du Comité des droits de l'homme⁷ exhortent cet Etat à redoubler d'efforts pour prévenir et combattre la traite des personnes, ainsi que la CEACR⁸ et le Comité des Nations Unies pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille⁹.

Le droit international ne dispose pas d'outils puissants pour lutter contre les problèmes révélés dans certains Etats, en particulier lorsque les droits de travail et de sécurité sociale sont concernés. C'est pourquoi une approche commune de la protection de ces droits par les instances internationales, mettant en exergue un «noyau de condamnation» harmonieux, est le seul moyen d'aborder les questions examinées dans cette contribution.

Pour conclure, nous ferons référence à la recommandation commune du Comité adressée à tous les pays dans chaque observation finale et qui est la suivante : les Etats sont invités à diffuser largement les observations à tous les niveaux de la société, y compris aux niveaux fédéral, régional et territorial, en particulier auprès des parlementaires, des fonctionnaires et des autorités judiciaires. Pour se convaincre de l'importance et des enjeux de cette observation nous avons fait une expérience qui a consisté, 6 mois après l'adoption des observations sur la Moldavie et la Russie analysées dans cette Revue, à vérifier si la mise en œuvre de la recommandation avait été diffusée en Moldavie et en Russie. La recherche sur Internet en langue russe nous a révélé qu'aucune publication des conclusions du CDESC concernant la Russie et la Moldavie n'avait été réalisée, et que les deux sites de l'Ombudsman de chacun des deux pays sont silencieux sur ce sujet¹⁰.

6 ECSR. Conclusions 2017. Russian Federation.

7 HRC. Concluding observations on the seventh periodic report of Colombia. 17 November 2016.

8 CEACR. Observation - adopted 2014, published 104th ILC session (2015) Forced Labour Convention, 1930 (n° 29) - Colombia (Ratification : 1969).

9 Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families. Concluding observations on the second periodic report of Colombia. 2013. CMW/C/COL/CO/2.

10 <http://ombudsman.md> ; <http://ombudsmanrf.org>

II - LE COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME (CDH CI-APRÈS)

Au cours de sa 121^{ème} session, le Comité des droits de l'homme a examiné la mise en œuvre du PIDCP en Roumanie, à Maurice, en Jordanie, en République dominicaine, au Congo, au Cameroun et en Australie et a préparé un rapport de suivi pour certains pays¹¹. La nécessité de lutter contre la traite des êtres humains (TEH ci-après) et le travail forcé a été l'une des principales questions examinées dans presque toutes les observations. Toutefois, étonnamment le Cameroun et le Congo n'ont pas été mentionnés alors que selon des recherches américaines, ces pays sont des pays d'origine, de transit et de destination de femmes et d'enfants soumis au travail forcé et au trafic sexuel¹².

Le Comité de l'OIT a récemment adressé un certain nombre de demandes directes par rapport à la violation de l'interdiction du travail forcé au Congo¹³.

Il est à noter que la Roumanie, selon le CDH, a intensifié ses efforts pour poursuivre les auteurs de HT. Même si le Comité reste préoccupé que l'État partie reste une source de transit et de destination de TEH, les progrès réalisés sont évidents. Il est important de noter que la Roumanie est passée du niveau 3 au niveau 2 dans le THE selon le rapport américain¹⁴. Selon la Loi américaine sur la protection des victimes de la traite (TVPA)¹⁵, les gouvernements des pays de niveau 3 peuvent être soumis à certaines sanctions, en vertu desquelles le gouvernement américain peut retenir ou retirer l'aide étrangère non humanitaire et non liée au commerce et ne pas verser de financements pour la participation des fonctionnaires aux programmes d'échanges éducatifs et culturels. L'approche des États-Unis sur la lutte mondiale contre le TEH est remarquable car elle fournit une incitation supplémentaire pour les pays dans lesquels ce problème est particulièrement répandu.

Il est curieux de comparer le nombre des enquêtes sur le TEH réalisées en Roumanie, qui cherche à ne plus être au niveau 3, et la Russie, dont le retour au niveau 3 ne modifie pas l'éventail des sanctions déjà existant depuis 2014. Ainsi, 864 nouvelles enquêtes sur le trafic d'êtres humains ont été ouvertes en 2016 en Roumanie, tandis que la commission d'enquête au niveau fédéral russe ne rapportait que 14 enquêtes¹⁶. Même si cela peut paraître une remarque simple, à notre avis, une telle différence dans les statistiques démontre l'absence de volonté politique de la part du gouvernement russe de prendre des mesures pour lutter contre le TEH. C'est aussi la preuve que la condamnation officielle de l'État russe par des organisations internationales est beaucoup plus efficace si elle est soutenue par des mesures supplémentaires d'ordre économique, comme le propose l'expérience américaine.

11 Tous les rapports sont disponibles :

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/SessionsList.aspx?Treaty=CCPR

12 United States Department of State, 2017 Trafficking in Persons Report, 27 June 2017, available at: <http://www.refworld.org/docid/5959ecf311.html>

13 Par exemple: Congo Direct Request (CEACR) adopted 2017, published 107th ILC session (2018) C105 ; Congo Direct Request (CEACR) - adopted 2017, published 107th ILC session (2018) C029.

14 A. De Stefano, *The War on Human Trafficking: U.S. Policy Assessed*, Rutgers University Press, 2007, p. 141.

15 <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-106hr3244enr/pdf/BILLS-106hr3244enr.pdf>

16 <https://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/countries/2017/271268.htm>

RECONNAISSANCE DU CARACTÈRE ÉCONOMIQUE DE L'ACTIVITÉ DE FOURNITURE D'ASSURANCE MALADIE OBLIGATOIRE EN SLOVAQUIE

Affaire T-216/15 du 5 février 2018 :

S'il existe, au niveau communautaire, une réglementation qui a pour objectif d'assurer l'effectivité de la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne, en veillant à ce qu'un travailleur ne perde pas ses droits en matière de sécurité sociale lors de l'exercice de son droit de se déplacer dans l'Union, cette réglementation ne réalise qu'une simple coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale¹. Il ne s'agit pas d'une harmonisation de ceux-ci. Dès lors, chaque Etat membre est libre de déterminer son système de sécurité sociale et notamment les conditions d'affiliation à ce système².

L'affaire présentée devant le Tribunal concerne le système de sécurité sociale de la Slovaquie. Cet Etat a fait le choix, en 1994, de passer d'un système d'assurance maladie unitaire, avec une seule société d'assurance maladie publique, à un mode mixte où organismes publics et privés coexistent. Tous les organismes d'assurance maladie, publics comme privés, fournissent la couverture de l'assurance maladie obligatoire aux résidents slovaques.

Parmi ces organismes, un organisme privé a déposé une plainte auprès de la Commission des Communautés européennes au sujet d'une aide d'Etat présumée qui aurait été octroyée par la République slovaque aux seuls organismes publics. La Commission a considéré, en substance, que les mesures litigieuses ne constituaient pas une aide d'Etat, au motif que l'activité d'assurance maladie obligatoire organisée et exercée en République slovaque ne saurait être considérée comme une activité économique et que, dès lors, les organismes publics, en tant que bénéficiaires de ces mesures, ne sauraient être qualifiés d'entreprises au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

Interrogé sur ce point, le tribunal a quant à lui considéré que la possibilité pour les sociétés d'assurance maladie de pouvoir réaliser, utiliser et distribuer une partie de leurs bénéfices est de nature à remettre en cause le caractère non économique de leur activité. Il relève que la Commission a reconnu que la possibilité d'utiliser et de distribuer des

- 1 Les règles de coordination communautaire des législations nationales de sécurité sociale ne permettent aucunement aux personnes de choisir leur sécurité sociale parmi les différentes législations des Etats membres de l'UE. Au contraire, ces règles se limitent à préciser la « législation nationale applicable » aux différentes situations transfrontalières.
- 2 CJCE 24 avril 1980, aff. C-110/79, *Una Coonan contre Insurance Officer*. Dans un communiqué du 27 octobre 2004, la commission européenne a rappelé « que les Etats membres conservent l'entière maîtrise de l'organisation de leur système de protection sociale ; cela vaut en particulier pour toute l'étendue des dispositions légales et réglementaires concernant la sécurité sociale (article 137 du traité CE) » avant de préciser que « le marché commun des assurances complémentaires, mis en place depuis 1992, n'implique donc, en aucun cas, le renoncement aux systèmes légaux de protection sociales des Etats membres, pas plus que la modification de leur organisation ».

bénéfices est encadrée de manière plus stricte que dans les secteurs marchands classiques, puisque cette faculté est, en l'espèce, subordonnée au respect d'exigences destinées à garantir la pérennité du régime et la réalisation des objectifs sociaux et solidaires qui le sous-tendent. Toutefois, le tribunal a estimé que ce constat est dépourvu de pertinence aux fins d'exclure la nature économique de l'activité, dès l'instant où les opérateurs du marché en cause s'inscrivent dans une logique de recherche de profits. En effet, la possibilité pour les sociétés d'assurance maladie slovaques de rechercher et de réaliser librement des bénéfices témoigne, en tout état de cause, indépendamment de l'exécution de leur mission d'assurance maladie publique et du contrôle étatique opéré, du fait qu'elles poursuivent une finalité lucrative et, partant, que les activités qu'elles exercent sur le marché relèvent de la sphère économique. Dès lors, l'existence de conditions strictes encadrant postérieurement l'utilisation et la distribution des bénéfices qui pourraient résulter de ces activités ne permet pas de remettre en cause la nature économique de ces dernières.

Par ailleurs, le tribunal a considéré que l'existence d'une certaine concurrence sur la qualité et sur l'étendue de l'offre, à laquelle se livrent les différents organismes au sein du régime slovaque d'assurance maladie obligatoire, influe également sur le caractère économique de l'activité. En effet, si les organismes d'assurance maladie ne peuvent pas librement fixer le montant des cotisations et se concurrencer formellement en matière tarifaire, le législateur a néanmoins introduit un élément de concurrence en matière de qualité, puisque les organismes peuvent librement compléter les prestations légales obligatoires par des prestations connexes gratuites, telles qu'une meilleure prise en charge de certains types de traitement complémentaire et préventif dans le cadre des prestations de base obligatoires ou l'existence d'un service renforcé d'assistance aux assurés. Ils peuvent dès lors se différencier en matière de qualité et d'étendue de l'offre pour attirer des assurés, qui, en vertu de la loi, sont libres de choisir leur société d'assurance maladie et d'en changer une fois par an. La marge de liberté dont disposent les organismes pour se concurrencer permet ainsi aux assurés de bénéficier d'une meilleure protection sociale pour un niveau de cotisation équivalent, puisque les prestations complémentaires offertes le sont à titre gratuit. Ainsi, même si les organismes d'assurance maladie slovaques sont tenus d'offrir les mêmes prestations légales, ils se font concurrence sur le « rapport qualité-prix » de la couverture qu'ils offrent et, partant, sur la qualité et l'efficacité des processus d'achat.

Ainsi, le tribunal a estimé que l'activité de fourniture d'assurance maladie obligatoire en Slovaquie présente, eu égard au but lucratif poursuivi par les sociétés d'assurance maladie et à l'existence d'une intense concurrence sur la qualité et sur l'offre de services, un caractère économique.

Ce raisonnement ne suscite pas de critique car si la concurrence présente au sein du régime slovaque ne porte ni sur les prestations légales obligatoires ni formellement sur le montant des cotisations, celle-ci ne saurait être niée compte tenu de la volatilité du marché, qui résulte de la possibilité pour les assurés de choisir librement leur prestataire d'assurance maladie et d'en changer une fois par an, et du fait qu'elle concerne la qualité du service, qui relève de l'appréciation personnelle des assurés.

La portée de cette décision mérite des précisions dans la mesure où seulement quelques jours après avoir été rendue le MLPS³ a publié sur son site internet un communiqué

3 Le Mouvement pour la Liberté de la Protection Sociale, fondé en 1991, fait partie des mouvements qui prétendent que les travailleurs indépendants ou salariés peuvent quitter la sécurité sociale française au profit d'une assurance privée européenne considérée comme moins chère et plus protectrice en s'autoproclamant « libérés de la sécu ».

annonçant que « le tribunal européen a sonné définitivement le glas du monopole de la sécurité sociale ».

Soyons clairs, l'obligation d'affiliation à la sécurité sociale en France n'a nullement été remise en cause par cette décision européenne qui concerne un pays où, à la différence de la France, les assurés ont le choix entre plusieurs organismes de sécurité sociale pour la couverture de l'assurance maladie obligatoire.

Toute personne qui travaille en France est obligatoirement affiliée à un régime de sécurité sociale français déterminé⁴. Il est possible, pour améliorer sa protection sociale, de bénéficier de couvertures complémentaires auprès d'entreprises d'assurance, de mutuelles ou d'institutions de prévoyance ou également d'organismes assureurs établis dans un autre Etat membre de l'Union européenne. Cependant, ces couvertures professionnelles ou individuelles ne peuvent pas se substituer à la sécurité sociale.

C'est parce que les régimes de sécurité sociale mettent en œuvre une solidarité⁵ que leurs organismes peuvent/doivent être soustraits du champ des règles régissant la concurrence entre les entreprises. « Les régimes de sécurité sociale opèrent une redistribution censée mettre en œuvre une solidarité entre les membres d'un groupe déterminé face à certains risques. Pour que joue cette solidarité il faut que tous les membres du groupe soient contraints de verser à un pot commun des contributions indépendantes de leur vulnérabilité personnelle au risque envisagé, ce pot commun étant affecté au financement des prestations versées aux victimes de ce risque (...). Cette solidarité suppose, par hypothèse, le pot commun dont la gestion doit, par hypothèse, être confiée à une seule et même institution ou à des institutions entre lesquelles est aménagée une compensation financière »⁶.

La jurisprudence européenne a déjà eu l'occasion de vérifier la compatibilité de l'obligation de cotiser en France à la sécurité sociale avec les règles européennes.

Ainsi, dans les célèbres arrêts Poucet et Pistre⁷, la CJCE a écarté l'argumentation de deux travailleurs indépendants français qui avaient cessé de cotiser à la sécurité sociale pour souscrire uniquement une assurance privée en soutenant que les caisses de sécurité sociale seraient des entreprises au sens des articles 85 et 86, en situation de monopole ou d'abus de position dominante. La Cour rejeta l'application du droit de la concurrence au litige en jugeant que les régimes de sécurité sociale « poursuivent un objectif social et obéissent au principe de solidarité », les caisses et organismes qui en assurent la gestion « concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale », ils « remplissent une fonction de caractère exclusivement social » et ne sont dès lors pas des entreprises car leur activité est « fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif ».

Par ailleurs, la CJCE, saisie au sujet du recours d'un travailleur indépendant qui avait cessé de cotiser aux régimes maladie et vieillesse de sécurité sociale français pour souscrire à la place une assurance privée, a jugé dans l'arrêt Garcia⁸ que les dispositions de la directive

4 Article L.111-2-2 CSS.

5 Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 reconnaît un droit pour tous à une sécurité sociale élevée et solidaire. L'article L.111-1 du Code de la sécurité sociale rappelle le principe de solidarité.

6 J.-J. DUPEYROUX, « Les exigences de la solidarité », *Dr. social* 1990, p. 741.

7 CJCE 17 février 1993, aff. jointes C-159/91, Poucet contre AGF et C-160/91, Pistre contre CANCAVA.

8 CJCE 26 mars 1996, aff. C-238/94, Garcia contre mutuelle de prévoyance sociale d'Aquitaine.

92/49/CEE sur l'abolition de monopoles visent non pas les risques couverts par la sécurité sociale mais certains domaines de l'assurance privée. Dans l'arrêt *Kattner Stahlbau*⁹, la Cour a précisé que les règles européennes de la libre prestation de services sont compatibles avec une obligation d'affiliation dès lors que le régime en cause ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif consistant à assurer l'équilibre financier d'une branche de la sécurité sociale.

L'obligation d'affiliation à la sécurité sociale en France n'a pas davantage été remise en question par l'arrêt de la CJUE en date du 3 octobre 2013¹⁰ selon lequel « la directive sur les pratiques commerciales déloyales (devait) être interprétée en ce sens que relève de son champ d'application personnel un organisme de droit public en charge d'une mission d'intérêt général, telle que la gestion d'un régime légal d'assurance maladie ». Dans cet arrêt, il doit être observé que la BKK, caisse allemande d'assurance maladie, menait à titre subsidiaire des opérations commerciales, et que c'est pour ce type d'opérations qu'elle était soumise au respect des dispositions de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. La Cour de cassation, dans un arrêt du 18 juin 2015¹¹, a confirmé que le recouvrement de contraintes de sécurité sociale dues par une personne assujettie à titre obligatoire au régime de protection sociale des travailleurs non-salariés ne revêtait pas le caractère d'une pratique commerciale au sens des dispositions de l'article 2, d) de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relatives aux pratiques déloyales, et n'entraînait donc pas dans le champ d'application de cette directive. Cette analyse ne méconnaît pas la décision de la CJUE précitée, mais en précise la portée en la restituant dans le contexte de la directive, à savoir l'interdiction des pratiques déloyales vis-à-vis des consommateurs, y compris du fait d'un organisme de sécurité sociale qui se livre, parallèlement à son activité d'intérêt général, à des pratiques commerciales¹².

Espérons que le jugement rendu par le tribunal correctionnel de Paris le 22 février 2018 condamnant quatre personnes et deux associations, dont le MLPS, à des peines de prison avec sursis et des amendes pour « incitation au refus des assujettis de se conformer aux prescriptions de la législation de sécurité sociale »¹³ sonne enfin le glas de ces campagnes de désinformation visant à favoriser le remplacement d'un système solidaire de sécurité sociale par la mise en place d'un système de libre choix d'assurance privée avec tarification individualisée.

9 CJUE 5 mars 2009, aff. C-350/07, *Kattner Stahlbau contre Maschinenbau*.

10 CJUE 3 octobre 2013, aff. C-59/12, *BKK contre Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*.

11 Pourvoi n° 14-18049.

12 Pour des illustrations récentes de l'ensemble des questions relatives à la compatibilité avec les règles européennes, voir les jugements du 20 septembre 2016 et du 24 janvier 2017 du TASS de la Gironde.

13 Un des prévenus a été condamné à dix mois d'emprisonnement avec sursis et son association à 60 000 euros d'amende pour moitié avec sursis. Un autre prévenu a été condamné à cinq mois d'emprisonnement avec sursis. Une autre association a été condamnée à 10 000 euros d'amende dont 8 000 avec sursis, et deux de ses dirigeants à quatre et un mois d'emprisonnement avec sursis. Notons que les sanctions prévues par l'article L.114-18 du livre 1 « dispositions communes à tout ou partie des régimes de base » du Code de la sécurité sociale, créé par la loi du 21 décembre 2006, ont été considérablement alourdies par la loi du 22 décembre 2014 pour tenter de mettre fin à la fronde. Observons, au passage, que l'article L.615-1 du livre 6 « dispositions applicables aux travailleurs indépendants » prévoit des sanctions différentes (comparez l'alinéa 1 de l'article L.114-18 et l'alinéa 2 de l'article L.615-1).

REVUE DE L'ORGANISATION RESPONSABLE - RESPONSIBLE ORGANIZATION REVIEW

Parution bi-annuelle – Editions ESKA (ISSN : 1951-0187)

Directeur de publication : Serge Kebabtchieff, Editions ESKA

Rédaction en chef :

Frédérique Déjean, Professeur des universités - Sciences de gestion - Université Paris Dauphine
Elise Penalva-Icher, Maître de conférences - Sociologie - Université Paris Dauphine
Nicolas Postel, Professeur des universités - Sciences économiques - Université de Lille
André Sobczak, Professeur - Droit - Audencia Business School

Secrétariat de rédaction : Sylvia Cheminel

La ROR est une revue fondée par Jacques Igalens et soutenue par le Réseau International de Recherche sur les Organisations et le Développement Durable (RIODD). Elle est disponible via l'abonnement Papier, Editions ESKA, 12 rue du Quatre-Septembre, 75 002 Paris, ou sur Internet via l'abonnement à [CAIRN](#)

La revue de l'Organisation Responsable publie des articles en français et en anglais sur les différentes thématiques de la responsabilité sociale de l'entreprise. Le thème est ancien mais c'est bien aujourd'hui qu'il devient une préoccupation essentielle, comme contrepartie du rôle majeur des entreprises dans un monde global, et ce dans des dimensions multiples : environnementales, salariales, sociales, financières, éthiques.

2018-1 : numéro spécial consacré à l'alimentation durable

Emilie Lanciano, Séverine Saleilles & Franck Aggeri : Alimentation et développement durable : quelle durabilité des systèmes alimentaires relocalisés ?

Elsa T. Berthet & Blanche Segrestin, Benoit Weil : Des biens communs aux inconnus communs : initier un processus collectif de conception pour la gestion durable d'un agro-écosystème

Virginie Baritoux & Camille Billion : Rôle et place des détaillants et grossistes indépendants dans la relocalisation des systèmes alimentaires : perspectives de recherche

Julien Noël & Laurent Le Grel : L'activation des proximités dans les filières alimentaires relocalisées - L'exemple de deux organisations collectives territorialisées en Pays-de-la-Loire

Dominique Paturel & Aurélie Carimentrand : Un modèle associatif de circuits courts de proximité pour les épiceries sociales et solidaires : vers une démocratie alimentaire ?

LITTÉRATURE DE DROIT
SOCIAL COMPARÉ

APERÇU RÉTROSPECTIF



STEVEN L. WILLBORN

Spencer Professeur de droit, Faculté de droit de l'Université du Nebraska, Etats-Unis

ERI KASAGI

Chargée de recherche CNRS, Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (COMPTRASEC), UMR 5114 CNRS - Université de Bordeaux, France

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Professeur de droit du travail et de la sécurité sociale, Université Pablo de Olavide (Séville), Espagne

LE DROIT DU TRAVAIL AU-DELÀ DES FRONTIÈRES NATIONALES : LES DÉBATS DOCTRINAUX DE L'ANNÉE 2016

L'Association internationale des revues du droit du travail (IALLJ ou l'Association) est un consortium de 29 revues du monde entier¹. Chaque année, depuis 2012, un groupe de rédacteurs collabore pour fournir une revue des principaux thèmes traités dans les articles publiés dans les journaux membres du consortium. En l'espèce, nous avons passé en revue plus de 700 articles qui ont été publiés dans les journaux de l'Association durant l'année 2016.

Comme on pouvait s'y attendre, les articles couvrent pratiquement toute la gamme des sujets liés au travail et à l'emploi. Travaillant avec une équipe exceptionnelle de rédacteurs², nous avons été en mesure de trier les articles par thématiques et de sélectionner trois thèmes majeurs qui ont attiré une grande attention : l'efficacité de l'application des lois du travail (I), les défis posés par la nature changeante de l'emploi (II) et enfin, les questions liées aux salaires, à la pauvreté et aux revenus (III)³.

1 La liste complète des revues membres de l'IALLJ peut être consultée ici: www.labourlawjournals.com. Les abréviations des journaux utilisés dans cet article se trouvent à la fin de l'article.

2 Les auteurs ont été assistés par une équipe de collègues qui ont répertorié, revu, catégorisé et (si nécessaire) traduit tous les articles. Les membres de cette équipe étaient Gian Guido Balandi, Antonio Pedro Baylos Grau, Marialaura Birgillito, Silvia Borelli, Matteo Borzaga, Isabelle Daugareilh, Manuel Garcia-Muñoz Alhambra, Eva Maria Hohnerlein, Barbara Kresal, Sandrine Laviolette, Miguel Rodríguez-Piñero Royo, Anna Rita Tinti, et Jesús Cruz Villalón.

3 Cette revue est le produit du travail commun des auteurs. Mais Sebastián de Soto Rioja a eu était principalement la responsabilité de la section A, Steve Willborn de la section B, et Eri Kasagi de la section C.

I - L'EFFICACITÉ DE L'APPLICATION DES LOIS DU TRAVAIL

Depuis les origines du droit du travail - ou de la « législation ouvrière », « *Legislazione Operaia* », « *Factory Acts* » ou « *Leyes de Fábrica* » - il a été nécessaire de s'assurer que les prescriptions légales soient respectées, afin de garantir la réalisation effective de ses principaux objectifs : maintenir la paix et promouvoir la justice sociale. La mise en œuvre doit être particulièrement efficace pour les droits essentiels considérés comme étant à la base de l'ordre public (*ius minimum*), dans la mesure où ils affectent les moyens de subsistance des travailleurs, leur santé et même leur vie, en bref, leur dignité comme êtres humains. Le droit du travail n'est donc pas seulement une branche spécifique du droit ; il adopte des positions critiques vis-à-vis du droit civil ou du droit commun et exige l'intervention de l'Etat.

Ces caractéristiques déterminantes expliquent pourquoi le droit du travail occupe une place prépondérante parmi les grands objectifs politiques : sa portée dépasse la simple économie et le rôle de la population active comme facteur de production, comme en témoigne l'existence depuis des siècles de ministères spécialisés ou d'agences spécialisées au sein des gouvernements du monde entier ainsi que dans différentes organisations internationales.

En effet, un corps de l'administration a été spécifiquement mis en place pour garantir l'application effective des normes du travail, telles que les inspections du travail et de la sécurité sociale. Ces corps de fonctionnaires sont présents dans plus de cent Etats⁴. Leur caractéristique principale est leur pouvoir de contrôle, d'alerte et/ou de sanction des infractions détectées, ce qui les place en première ligne de l'effectivité du droit du travail.

Cependant le contrôle et l'intervention administrative, ne sont pas la seule réponse de la loi à la « question sociale ». Comme l'a montré l'un des premiers experts internationaux du droit du travail, Anton Menger⁵, pour que la législation sociale soit vraiment efficace, elle a également besoin de l'action judiciaire, car les droits subjectifs ne deviennent réellement impératifs (*ius cogens*) que lorsque leur but et leurs conséquences sont judiciairement protégés. Ainsi, les conflits du travail sont généralement traités de manière singulière dans tous les systèmes judiciaires ; dans la plupart des cas sont prévues des procédures spéciales distinctes, voire une juridiction civile distincte, commune ou administrative (lorsqu'il y en a une). Ces processus visent à garantir : la facilité d'accès, souvent au moyen de la gratuité pour les travailleurs et la reconnaissance de droits syndicaux de représentation, une plus grande simplicité des procédures, avec principalement des procédures orales, parfois avec

4 <http://www.iali-aiit.org>, site web de l'International Association of Labour Inspection.

5 Auteur de *The Right to the Whole Produce of Labour* (version anglaise, Londres-New York, 1899) est surtout connu pour son travail critique *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen: Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Tübingen, ed. H. Laupp, 1890.

dispense d'avocats, et une résolution rapide des litiges, étant donné que ce qui est habituellement en jeu dans le litige c'est la subsistance même des travailleurs et de leurs familles⁶.

Il n'est pas surprenant que ces questions soient récurrentes dans la littérature scientifique liée à ce corpus juridique, *a fortiori*, si l'on inclut l'éventail des procédures légales qui répondent aux exigences «de l'efficacité» ou «de l'efficience» des normes du travail. On en veut pour exemple l'inclusion d'un plus grand nombre de sujets financièrement responsables en cas d'implication de plusieurs entreprises, ou encore l'extension du principe de solidarité des peines et non celle de la simple subsidiarité en cas d'insolvabilité du débiteur principal, ou la création de fonds publics garantissant les revenus auxquels ont droit les travailleurs, les assurés sociaux et leurs ayants droits.

En raison des effets de la mondialisation et du fait que les travailleurs sont considérés comme des citoyens à part entière, ces procédures juridiques doivent également intégrer l'internationalisation de la législation du travail et l'élever à la catégorie des droits fondamentaux de l'homme. Cela pose toutefois des problèmes supplémentaires, de coexistence avec des réalités comme le principe de territorialité et, par conséquent, de cohabitation de multiples lois du travail applicables sur un même territoire, parfois au sein d'une même Nation. Cela suppose aussi une harmonisation des qualifications juridiques et des différentes constructions jurisprudentielles.

Par ailleurs, les conditions de travail réelles sont généralement définies en dehors du droit formel, à travers des sources supplémentaires telles que les conventions collectives voire les contrats individuels de travail. C'est pourquoi, l'efficacité des normes conventionnelles et contractuelles doit également être garantie, et leur existence même exige un système de libertés, à savoir la liberté d'association et d'action collective, dont fait partie le droit de grève. Pour les travailleurs, les conditions de vie dépendent la plupart du temps de ces accords.

Sur l'ensemble des articles publiés par l'Association en 2016, plus d'une centaine, (soit un sur sept) se réfèrent directement et explicitement à des problèmes d'application des normes du travail. Les normes du travail ne sont pas analysées en l'espèce selon leur capacité à organiser le comportement ou à transformer la société dans le sens ontologique de ce qui « devrait être fait », en suivant les idéaux de justice sociale et redistributive⁷.

6 F. Valdés Dal-Ré, « Un examen comparatista de las jurisdicciones sociales: la convergencia en los principios, » *DRL*, 2017-6, p. 473.

7 Les articles sur cet aspect ont été nombreux en 2016 vue que c'était une période de réforme juridique majeure et de grandes transformations économiques. Voir B. Caruso, « Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act », *DLRI*, 2016, n° 150, p. 255, D. Gesualdi Facteau, « De l'usage du droit du travail: une contribution théorique aux études portant sur l'effectivité du droit », *RDCTSS*, 2016-1, p. 16, E.M. Hohnerlein, « Soziale Rechte für Drittstaatsangehörige: Zugang zu Sozialleistungen aus unions- und menschenrechtlicher Perspektive », *ZIAS*, 2016-1, vol. 30, p. 47. U. Romagnoli, « Momenti di storia della cultura giuridica del lavoro », *LD*, 2016-1, p. 3, dans le même numéro, A. Perulli « L'idea di diritto del lavoro, oggi, » p. 17. A. Supiot, « What International Social Justice in the twenty-first century? », *BCLR*, 2016, n° 92, p. 1 (disponible en français et en espagnol sur <http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/articles-en-ligne.htm>), B. Veneziani, « Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori: spunti per una ricerca », *DLM*, 2016-2, p. 229.

Ce serait en effet difficile à évaluer. Il s'agit plutôt d'observer ici un ensemble de mécanismes juridiques et d'institutions destinés à garantir que les effets juridiques obligatoires prévus par les dispositifs légaux et réglementaires ont de réelles répercussions et ne restent pas de simples déclarations formelles.

Une compréhension aussi large de la question peut évidemment conduire à un chevauchement avec les deux autres thématiques retenues dans cette contribution, d'autant que le droit du travail est sous la pression constante du droit commercial et des postulats de l'économie libérale. Cette dernière est à l'origine d'un phénomène quasi universel de « fuite » ou « d'évitement » de la législation sociale si bien que son champ d'application, les notions de travail et de travailleur doivent être continuellement redéfinies afin de prendre en compte les nouveaux modes d'organisation des entreprises⁸. Cela signifie que la législation du travail devrait être presque entièrement renouvelée. Ceci étant dit, nous nous limiterons à examiner l'intervention publique dans les systèmes de relations de travail (A), les procédures de règlement des conflits du travail, (B) les difficultés d'application des normes juridiques internationales et supranationales (C), enfin, l'efficacité de la négociation collective (D).

A - L'INTERVENTION PUBLIQUE DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL

Les études sur la conception et le fonctionnement de l'inspection du travail sont diverses et très nombreuses dans le monde entier. Elles se concentrent soit sur des systèmes applicables dans des pays spécifiques, soit sur des analyses multi-pays utilisant des méthodes de droit comparé. Cette deuxième catégorie mérite d'être particulièrement mentionnée car la nature de ces études donne à leurs conclusions plus de portée et parce qu'elles permettent de mettre en évidence une diversité des fonctions assignées aux structures administratives⁹. Il est intéressant de noter que les inspecteurs du travail n'interviennent pas toujours exclusivement comme agents chargés de sanctionner les infractions légales en infligeant des amendes, mais qu'en outre ils conseillent et informent les entreprises par des recommandations, voire même en agissant comme médiateurs dans certains types de conflits¹⁰.

-
- 8 Le soi-disant « co-working » (à ne pas confondre avec le « crowd-work ») est un bon exemple de cette pratique, il s'agit d'un nouveau concept associé au terme général « économie solidaire » ou « économie collaborative/de partage » bien que très différent de la plupart de ces concepts. G. Auzero, « Co-emploi », *RDT*, 2016-1, p. 27, Y. Pagnerre, « Critère du coemploi », *RDT*, 2016-3, p. 175. Pour une contribution très intéressante, voir la monographie spéciale BCLR, 2016, n° 94, sur les « nouvelles formes d'emploi en Europe », qui analyse cette question dans plus de 38 pays.
- 9 T. Suzuki, « International Trends in Systems for Inspection of Labor Law Violations », *JLR*, 2016-4, vol. 13 (*Special Edition: Illegal Labour*), pp. 83, dans le même numéro, mais centré sur le droit interne, voir R. Yamakawa, « Policy measures to tackle violations of labor and employment laws in Japan », p. 98.
- 10 A. Vid. Fine, « Afterword: The Franco-Iberian Model from the U.S. Perspective », *CLLPJ*, 2016-2,

D'autres articles soulignent toutefois que la numérisation et les progrès des nouvelles technologies peuvent aussi aider à contrôler l'activité, y compris en matière de sécurité sociale, et à réduire l'informalité, caractéristique de certains systèmes de relations de travail. Un exemple est l'utilisation de dossiers électroniques et de bases de données qui ont été créés *ex novo* à cette fin¹¹.

Une autre question connexe est celle du statut des lanceurs d'alerte, particulièrement lorsque ce sont des travailleurs. C'est un sujet pertinent non seulement parce qu'il nécessite une intervention publique mais aussi parce qu'il est basé sur le signalement anonyme, une technique traditionnelle de contrôle des systèmes. Les travailleurs doivent être protégés par une obligation appropriée de maintien du secret et de la confidentialité, ainsi que par la garantie du maintien de leur emploi¹². La notion de lanceur d'alerte est apparue à l'origine comme un instrument dans divers domaines, comme la lutte contre la corruption et les crimes mettant gravement en danger la santé et la sécurité publiques. Elle devrait également avoir des effets significatifs sur les questions de travail, en particulier lorsque le plaignant est un travailleur du secteur privé pour qui la protection générale des témoins est souvent insuffisante et qui ne bénéficie pas des garanties accordées aux fonctionnaires¹³.

Ces conditions ont été établies dans l'un des derniers rapports du Groupe d'examen de la mise en œuvre (IRG) agissant au nom de la Conférence des États parties (COSP), qui a approuvé la Convention des Nations Unies contre la corruption (UNCAC), signée le 3 octobre 2017 par 140 pays, dont l'article 33 stipule que « Chaque Etat Partie envisage d'incorporer dans son système juridique interne des mesures appropriées pour assurer la protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, tous faits concernant les infractions établies conformément à la présente Convention ».

Dans ce vaste domaine qu'est l'intervention publique, il convient de souligner la publication d'autres types de travaux, tout aussi intéressants, sur l'impact de la participation du secteur privé dans l'action publique. Cette étude comprend une série d'articles¹⁴ qui examinent le type et le degré de contrôle que les organismes publics peuvent exercer, non en tant qu'autorité mais en tant que partie contractante, selon le régime appliqué aux

vol. 3, p. 397, avec des contributions de l'Argentine, du Brésil, de la France, de l'Italie, du Québec et de l'Espagne.

- 11 Voir J. Bernardo Alvarado, « ¿En el partidor? », *AL*, 2016-472, vol. XL, p. 6. Pour un point de vue critique de SUNAFIL (*Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral*), dans le même numéro, voir A. Vilela, « Problemática actual en el cumplimiento de la función inspectiva », p. 12. J.A. N. Bernad, « Actas de liquidación fundadas en contravenciones de normativa extralaboral: evolución histórica y jurisprudencial », *RDS*, 2016, n° 74, p. 87.
- 12 H. Zimmermann, « Zur Problematik anonymer Arbeitnehmerbeschwerden », *AuR*, 2016-6, vol. 64, p. 226. Du point de vue de la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, M. Giaconi, « Le politiche europee di contrasto al lavoro sommerso. Tra (molto) loi douce e (poco) loi dure », *LD*, 2016-3, p. 439. Sur cette directive et dans le même numéro, voir « Undeclared work e Unione europea, ultimo atto: una «piattaforma europea» per contrastare il lavoro sommerso », p. 461.
- 13 Pour savoir si cette protection est efficace dans tous les pays, et particulièrement en Allemagne, voir A. Fischer-Lescano, « Internationalrechtliche Regulierung des Whistleblowing. Anpassungsbedarf im deutschen Recht (Teil1-2) », *AuR*, 2016-1/2, vol. 64, pp. 4 et 48.
- 14 Voir J. Cruz Villalón, « Claves laborales de la participación privada en la actuación pública », *TL*, n° 135/2016, p. 13.

travailleurs des entreprises fournissant directement des services publics essentiels. On peut citer des exemples comme les services de santé ou l'éducation, ainsi que de nombreuses autres activités développées dans le cadre du secteur public dans son ensemble (nettoyage, entretien, sécurité, etc.). Ces articles examinent des questions relatives aux droits collectifs et aux droits à l'information, ainsi que sur le respect des normes de santé et de sécurité, mais aussi des questions plus spécifiques telles que les garanties de paiement effectif des salaires¹⁵ ou la légalité de l'emploi temporaire¹⁶.

B - PROCÉDURES RELATIVES AUX CONFLITS DU TRAVAIL

Nous ne tenterons pas d'être exhaustifs et ne présenterons pas l'ensemble des problèmes générés par les décisions judiciaires, en particulier celles de nature strictement formelle ou procédurale¹⁷. Nous laisserons également de côté les questions relatives aux systèmes de résolution extrajudiciaire des conflits même s'il existe des études et des réflexions théoriques intéressantes sur le rôle des juges dans une démocratie constitutionnelle en matière de droits collectifs, dans la mesure où ils deviennent un critère d'évaluation du système démocratique dans son ensemble¹⁸.

D'un point de vue complètement différent, la revue de littérature permet de relever des études statistiques sur la pratique judiciaire nationale¹⁹, très utiles pour mettre en lumière

-
- 15 C. Sáez Lara, « Garantías y responsabilidades en materia salarial », *TL*, n° 135/2016, p. 345.
- 16 M. Rodríguez-Piñero Royo, « Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo », *TL*, n° 135/2016, p. 111.
- 17 Voir N. Pogorelčnik Vogrinc, « Razlogi za obnovo postopka v individualnih delovnih sporih », *E & E*, 2016-2/3, vol. XVI, p. 283, au sujet d'une procédure de révision judiciaire extraordinaire permettant un examen ouvert de questions telles que la violation substantielle de la procédure, les infractions criminelles et les nouveaux faits et éléments de preuve nouveaux. Dans le même numéro, B. Kresal, « Obstoje delovnega razmerja kot predhodno vprašanje v delovnih sporih », traite des questions relatives à l'existence d'une relation de travail comme question préliminaire dans les conflits du travail, p. 217-240. C. Barnard, « Enforcement of Employment Rights by EU-8 Migrant Workers in Employment Tribunals », *ILJ*, 2016-1, vol. 45, p. 28 ; Voir aussi O. Fotinopoulou Basurko, « La inmunidad de jurisdicción y los contratos de trabajo en la LO 16/2015 », *RDS*, n° 73/2016, p. 69.
- 18 J.R. Paquette, « The Call for Deference in Labour Relations: An Answer to Justice Rothstein », *CL&ELJ*, 2016-2, vol. 19, p. 101. Pour des commentaires intéressants sur le rôle d'un juge particulier (Antonin Scalia) dans le système américain, en particulier sur l'avenir des soi-disant « clauses d'atelier d'agence », voir « Verso la fine del sindacato americano? La costituzionalità dell'obbligo di pagamento del contributo sindacale al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America », *GDLRI*, 2016-4, vol. 152, p. 759. Voir également, Szymanski, « Scalia's shadow: the Friedrichs Case and the fate of the American labor movement », même édition, p. 761. Pour en savoir plus sur le rôle des juges, voir G. Golding, « The Role of Judges in the Regulation of Australian Employment », *IJCLLIR*, 2016-1, vol. 32, p. 69. Voir également, M. Nogueira Guastavino, « La libertad sindical negativa en Estados Unidos », *DRL*, 2016-4, p. 374.
- 19 Pour les données et les analyses au Japon et en Allemagne, voir K. Hamaguchi, « Comparative Analysis of Employment Dispute Cases Resolved by Labor Bureau Conciliation, Labor Tribunals and Court Settlement », *JLR*, 2016-2, vol. 13, p. 119, et G. Grotmann Höfling, « 20 years of labour courts' joint statistics - an examination of basic points », *AuR*, 2016-11, vol. 64, p. 407. Du même auteur et dans la même revue, voir « Die Arbeitsgerichtsbarkeit 2015 im Lichte der Statistik », 2016-12, p. 497. Il montre que le temps moyen de résolution des litiges est inférieur à un an, les appels ont diminué et sont le plus souvent ignorés (55 %), et les procédures à l'initiative des employeurs ont augmenté. Il souligne également que le processus juridique est généralement traité par des avocats et rarement par des comités d'entreprise ou directement par des salariés.

la réalisation des principaux objectifs assignés aux systèmes procéduraux. Elles permettent d'évaluer, par exemple, la durée moyenne des procédures, l'activité de chaque type de tribunal (volume de travail et sens des décisions), le profil des plaignants, et, bien sûr, les questions ou types d'affaires faisant l'objet de poursuites.

Une autre catégorie d'analyses pertinentes porte sur l'existence, voire la critique de réformes mises en œuvre. Parmi ces travaux, des articles consacrés à l'impact de l'adoption au Royaume-Uni de diverses mesures d'austérité et du *Trade Union Act 2016*²⁰ ont retenu notre attention. Une des critiques faites à cette loi est qu'elle a entraîné l'imposition de frais judiciaires dans ce type de procédures, mais surtout que les employeurs ont pu de nouveau avoir recours à la vaste gamme des ressources offertes par à la Common law y compris au concept de responsabilité des dommages (délict) pour faire face à des grèves ou à d'autres actions collectives²¹.

Notre dernière attention dans ce chapitre doit sans aucun doute porter sur la première des catégories juridiques celle des droits fondamentaux des personnes. Le fait que les Déclarations ou les Chartes élèvent de nombreuses garanties essentielles du travailleur pour les inclure dans cette catégorie afin de leur assurer une application effective découle sans aucun doute de la constitutionnalisation d'une grande partie du droit du travail²². Cela signifie que toutes les techniques d'approche et d'interprétation des normes constitutionnelles s'appliquent, y compris l'équité, la suspension préventive des effets, les règles d'inversion de la charge de la preuve et la nullité des actes²³. La liste des références deviendrait très longue si nous incluions toutes les protections anti discrimination, en raison de motifs prohibés (sex²⁴, race, religion, nationalité, âge, handicap²⁵, etc.), ou en raison d'un type d'emploi particulier, sachant que la plupart des cas sont liés à un licenciement²⁶.

-
- 20 Pour l'analyse d'un cas similaire en France, voir D. Marshall, and M. Henry, « Vers une normalisation de la justice prud'homale ? », *RDT*, 2016-7/8, p. 457. Voir également, Ph. Martin, « La reforma laboral en Francia », *TL*, n° 134/2016, p. 45.
- 21 A. Bogg, « Beyond Neo-Liberalism: The Trade Union Act 2016 and the Authoritarian State », *ILJ*, 2016-3, vol. 45, p. 299. Pour une vue générale de la question, voir « Book Review: New Frontiers in Empirical Labour Law Research », *ILJ*, 2016-2, vol. 45, p. 263. Voir également, D. Cabrelli, « Liability and Remedies for Breach of the Contract of Employment at Common Law: Some Recent Developments », *ILJ*, 2016-2, vol. 45, p. 207.
- 22 F. Valdés Dal-Ré, « Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales », *DRL*, 2016-2, p. 91. Du même auteur dans la même revue (co-editeur), voir « Las libertades de reunión y de asociación en el CEDH (ECHR) », *DRL*, 2016-4, p. 301.
- 23 M.V. Ballestrero, « Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione », *DLRI*, 2016-2, vol. 38, p. 231.
- 24 A. Heron, « Effective protection of pregnant women at work: Still waiting for delivery? », *AJLL*, 2016-1, vol. 29, p. 24.
- 25 S. Varva, « Promozione dei soggetti svantaggiati negli appalti pubblici. La regolazione locale e la direttiva 2014/24/UE », *LD*, 2016-1, p. 53.
- 26 M. Benecke, « AGG und Kündigungsschutz - da BAG und die diskriminierende Kündigung », *AuR*, 2016-1, vol. 64, p. 9, discutant du rôle de la Cour fédérale du travail sur les licenciements discriminatoires.

C - APPLICATION DES RÉGLEMENTATIONS INTERNATIONALES ET SUPRANATIONALES

Cette question est étroitement liée au développement qui précède car les normes internationales et supranationales fournissent à tous les systèmes étatiques de nouvelles listes de droits de valeur supérieure, dotés du statut de droits de l'homme ou de droits sociaux fondamentaux. La littérature révèle de profondes difficultés de coordination dans l'application de constructions au niveau mondial ou international compatibles avec celles de chaque ordre juridique interne. Ces problèmes sont aussi parfois liés aux formulations délibérément floues ou trop générales des normes, d'où l'importance des programmes d'amélioration technique des réglementations telles que REFIT²⁷.

Une autre conséquence réside bien entendu dans le fait que de nombreux organismes nationaux continuent d'émettre des réserves lorsqu'ils sont contraints de modifier quelque peu leurs constructions établies, agissant comme des gardiens zélés de l'idée de la souveraineté de l'Etat²⁸.

Ce domaine s'est considérablement développé ces dernières années parce que les acteurs ont besoin de nouvelles sources ou ressources pour fonder leurs revendications, en particulier lorsqu'ils constatent que leurs demandes sont rejetées au niveau national, du fait de la jurisprudence, ou en raison de l'impact des réformes juridiques. Cela les conduit à rechercher une nouvelle légitimité dans les réglementations internationales²⁹.

Pour des raisons évidentes, le droit social européen ou de l'Union européenne est le sujet d'un grand nombre d'articles. Ce n'est pas seulement parce que ce droit est l'objet même des revues scientifiques mais c'est aussi parce qu'il traite de questions relatives à la législation sur la sécurité sociale ou à la protection sociale. S'ajoutent à cela d'autres explications. La nature supranationale des réglementations de l'UE se reflète également dans la défense constante par la CJUE de ses propres concepts. Il appartient donc aux systèmes nationaux de s'y adapter et non l'inverse³⁰. Cela en fait une source constante de nuances et de nouveaux alignements sur presque toutes les questions sociales.

27 Le programme « Réglementation, aptitude et performance réglementaires » (REFIT) de la Commission veille à ce que la législation de l'UE produise des résultats pour les citoyens et les entreprises de manière efficace, efficiente et à moindre coût. REFIT vise à simplifier la législation de l'UE, à supprimer les charges inutiles et à adapter la législation existante sans compromettre les objectifs politiques. Voir I. 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 », *RDCTSS*, 2016-1, p. 6.

28 F. 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 », *RDCTSS*, 2016-1, p. 70. G. Anderson, « The Common Law and the Reconstruction of Employment Relationships in New Zealand », *IJCLLIR*, 2016-1, vol. 32, p. 93.

29 J. Cabeza Pereiro, « Algunas reflexiones a la vista del asunto TYCO sobre el concepto "tiempo de trabajo" », *DRL*, 2016-1, p. 36.

30 B. Creighton, « Who Is a "Worker" in International Law? », *CLLPJ*, 2016-3, vol. 37, p. 691.

Les questions abordées sont diverses et présentent un grand intérêt. Il s'agit notamment : des migrations internationales³¹, du détachement de travailleurs dans le cadre de la prestation de services³², des contrats temporaires³³, les conséquences autres que la nationalité de l'étranger³⁴, sans parler des autres sujets décrits ci-dessus ou qui seront traités dans les sections suivantes.

D - EFFICACITÉ DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

Comme nous l'avons souligné dès le départ, lorsqu'on se réfère à l'efficacité des normes du travail, on ne peut éviter de mentionner l'aspect le plus caractéristique de toute la législation du travail, à savoir la reconnaissance des conventions collectives comme principale source de réglementation des conditions de travail. Cependant, l'existence de véritables conventions collectives dépend évidemment de quelque chose de plus que la simple reconnaissance de cet instrument formellement distinct³⁵. L'autonomie collective authentique dépend de l'existence de la liberté d'association et du droit à l'action collective, et en particulier du droit de grève. Deux axes principaux, unis par des critères communs évoqués précédemment, permettent d'illustrer nos principales préoccupations en la matière. Cela ne doit pas impliquer d'oublier pour autant le rôle de l'autonomie individuelle³⁶.

En premier lieu, nous nous référons à l'ensemble des réformes menées dans certains pays dans la mesure où elles révèlent des tendances importantes. C'est le cas, par exemple, en Espagne, où l'impact de certains changements majeurs introduits en 2012, sur l'efficacité des conventions collectives, concernant l'intangibilité du contenu de l'accord et son application scrupuleuse, est encore à l'étude. Cela revient à interdire les modifications par des sujets autres que les négociateurs eux-mêmes. La nouvelle loi a maintenant permis cela en établissant un arbitrage obligatoire pour les parties en cas de crise dans l'entreprise. Dans ces situations, la sentence arbitrale fixe de nouvelles conditions de travail temporaires applicables³⁷. Quelque chose de similaire s'est produit en Italie lors des réformes de 2015, quoique dans une moindre mesure. Cela signifie que la mise en œuvre d'une convention collective d'entreprise est prioritaire par rapport à une convention collective nationale, du moins dans certains domaines. La structure de la négociation et, en particulier, l'équilibre des pouvoirs sont donc modifiés de manière significative, non seulement pour les

-
- 31 M. Ruhs, « The rights of migrant workers: Economics, politics and ethics », *ILR*, 2016-2, vol. 155, p. 283.
- 32 M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, « El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 2014/67 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CEE », *DRL*, 2016-5, p. 407.
- 33 *EuZA*, 2016-2, Special topic « Temporary Work », for all: Junker, A., « Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge - Der europäische Rahmen », p. 141.
- 34 L. Campling, J. Harrison, B. Richardson and A. Smith, « Can labour provisions work beyond the border? Evaluating the effects of EU free trade agreements », *ILR*, 2016-2, vol. 155, p. 357.
- 35 Parfois, les domaines semblent se recouper, C. Graeme, « Litigation as an alternative to collective bargaining », about « sleepover » cases in New Zealand, *BCLR*, 2016, n° 92, p. 217. H. Cialti, « Solución a la pérdida de ultraactividad del convenio sin nuevo acuerdo: El caso francés », *DRL*, 2016-2, p. 173.
- 36 A. Jeammaud, « Contrat individuel de travail et accord collectif de travail », *RD*, 2016-4, p. 228.
- 37 N. Mendoza Navas, « Los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo al amparo de las decisiones de la Comisión Nacional Consultiva de Convenios Colectivos », *RDS*, n° 74/2016, p. 61.

différentes organisations représentatives des travailleurs mais dans le cadre de sociétés spécifiques. En effet, à un niveau territorial aussi circonscrit, les possibilités pour les entrepreneurs d'exercer leur influence de manière beaucoup plus décisive se multiplient de façon exponentielle³⁸.

En ce qui concerne la liberté d'association et, plus particulièrement, le droit de grève, de nombreux articles portent sur les droits fondamentaux d'action et de conflit collectif³⁹. Indiscutablement, cette question constitue le sujet principal des articles, soit parce que des réformes juridiques importantes ont eu lieu (Royaume-Uni)⁴⁰, soit à cause du rôle décisif des nouvelles décisions judiciaires (Canada)⁴¹. Plus précisément, la loi impose certaines conditions pour que les appels à l'action collective ou les revendications soient légitimes et proportionnées, principalement par des bulletins de vote pré-grève de tous les travailleurs concernés et en fixant des limites pour garantir l'efficacité des autres droits pour le reste des citoyens.

II - LES DIFFICULTÉS PRÉSENTÉES PAR LA NATURE CHANGEANTE DE L'EMPLOI

Plus de 100 articles publiés dans les revues membres en 2016 ont traité des défis de la réglementation du travail lorsque la nature de l'emploi évolue de façon aussi rapide. De manière générale, les articles portaient sur deux questions. Premièrement, que se passe-t-il réellement sur le marché du travail ? Comment évolue la nature de l'emploi et pourquoi ? Et deuxièmement, quels changements faut-il apporter à la réglementation du travail pour assurer une protection adéquate des travailleurs face à ces changements ?

38 G.P. Cella, « Quale futuro per la contrattazione collettiva? », *DLRI*, 2016-2, vol. 38, p. 217.

39 M. Sädevirta, « Freedom of Association and the Right to Strike », *EuZA*, 2016-1, p. 445.

40 S. Moore, « "We Planned a Dispute by Blackberry": The Implications of the Trade Union Bill for Union Use of Social Media as Suggested by the BA-BASSA Dispute of 2009 », *ILJ*, 2016, vol. 45, p. 251. Dans le même journal, voir R. Dukes, « Pre-strike Ballots, Picketing and Protest: Banning Industrial Action by the Back Door? », n° 3, p. 337.

41 R.J. Adams, « Bringing Canada's Wagner Act Regime into Compliance with International Human Rights Law and the Charter », *CLELJ*, 2016-2, vol. 19, p. 53. Dans le même journal et le même volume, voir B. Etherington, « The Right To Strike under the Charter after Saskatchewan Federation of Labour: Applying the New Standard to Existing Regulation of Strike Activity », 2016-2, p. 117 et P. Cavalluzzo, « The Impact of Saskatchewan Federation of Labour on Future Constitutional Challenges to Restrictions on the Right To Strike », *CLELJ*, 2016-2, vol. 19, p. 117. Pour des comptes rendus dans d'autres pays, voir D. Peetz, « Industrial Action, The Right to Strike, Ballots and the Fair Work Act in International Context », *AJLL*, 2016-2, vol. 29, p. 133, même revue et volume, B. Creighton, « Strike Ballots and the Law in Australia », p. 154 ; M. Wilson, « Strike Ballots: The New Zealand Experience », p. 194, P. Benjamin, « Strike Ballots in South Africa », p. 210.

A - COMMENT LE MARCHÉ DU TRAVAIL CHANGE-T-IL ?

La littérature reconnaît depuis des décennies que le modèle standard de l'emploi est en crise. Bien que ce modèle soit décrit de diverses façons, il correspond à un travail occupé par un salarié à temps plein et pour une durée indéterminée dans une même entreprise. Le salarié est souvent syndiqué, généralement un homme, rémunéré équitablement, jouissant d'une certaine sécurité de l'emploi et d'une gamme complexe de protections de l'emploi. Le problème central analysé par la littérature porte sur le cadre de la protection juridique des travailleurs élaboré à partir du modèle standard. Or, la nature du travail a changé⁴².

La doctrine en 2016 a été principalement intéressée par la grande variété des modèles d'emploi qui coexistent avec le modèle standard. Les changements affectent autant l'employeur que les salariés⁴³.

Du côté de l'employeur, tout d'abord, on observe une « fissuration ». Cette idée formulée et décrite par David Weil⁴⁴, permet de souligner que par le passé, un seul employeur unique pouvait employer tous les travailleurs d'un site donné, alors que maintenant plusieurs employeurs peuvent intervenir. Un exemple classique est celui d'un hôtel où, autrefois, presque tous les travailleurs d'un hôtel dont l'enseigne indiquait « Hyatt » sur la porte d'entrée étaient des salariés de Hyatt, tandis qu'aujourd'hui une grande partie du travail de l'hôtel peut être sous-traitée à des employeurs divers. Le restaurant peut être exploité par un employeur différent, les services de nettoyage par un autre employeur, le système de réservation par un troisième employeur, etc.

Ensuite, « l'employeur » d'un travailleur peut ne pas être le destinataire et le bénéficiaire du travail du salarié, mais être un employeur intermédiaire qui embauche le salarié et conclut un contrat avec l'employeur destinataire pour lui fournir (mettre à disposition) le travailleur. Avec quelques variantes ici et là, ce type d'arrangement contractuel est dénommé de diverses manières, travail intérimaire⁴⁵, leasing de personnel (en Allemagne)⁴⁶, payrolling (aux Pays-Bas)⁴⁷, et portage salarial (en France)⁴⁸. Mais comme la fissuration, il introduit la possibilité d'avoir une relation de travail multipartite plutôt que bipartite.

42 Il convient de noter que les articles publiés dans les revues spécialisées portaient sur la réglementation du travail dans les économies développées, où l'on se préoccupe de la baisse des normes et des protections du travail. C'est donc aussi l'objet de cette étude. Les nouvelles formes de travail sont toutefois très présentes dans les pays en développement et les problèmes peuvent être très différents, surtout si les nouvelles technologies permettent des gains rapides de productivité du travail. Voir E. Wamboye, A. Adekola & B. Sergi, « ICTs and Labour Productivity Growth in Sub-Saharan Africa », *ILR*, 2016, vol. 155, p. 231.

43 Puisque nous parlons d'une relation, ces catégories ont tendance à se fondre les unes dans les autres, mais il est utile de les considérer séparément.

44 D. Weil, « The fissured workplace: why work became so bad for so many and what can be done to improve it », 2014.

45 V. de Stefano, « Introduction: Crowdsourcing, the Gig-Economy, and the Law », *CLLPJ*, 2016, vol. 37, p. 461.

46 W. Hamann, « The Draft Bill on the Modification of the Personnel Leasing Act and Other Acts », *AuR*, 2016, n° 4.

47 J. P.H. Zwemmer, « Payrolling in the Netherlands », *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 117.

48 Fr. Kessler, « "Employees Without a Boss": Portage Salarial in France », *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 103.

Par ailleurs, une catégorie émergente « d'employeurs » affirme qu'ils ne sont pas du tout des employeurs, mais plutôt des plates-formes logicielles qui mettent seulement en relation des travailleurs disponibles avec des personnes disposées à payer les services offerts. Uber et Lyft, des entreprises importantes qui connectent des chauffeurs et des personnes ayant besoin d'être transportées en sont de parfaits exemples. On pourrait considérer cela comme un autre type d'entente tripartite, sauf qu'en l'espèce aucune des parties n'est disposée à accepter le rôle de l'employeur. Il existe d'autres évolutions du côté de l'employeur, mais celles susmentionnées devraient suffire à illustrer la nature et la portée des changements.

De la même manière, des changements spectaculaires peuvent être observés du côté des salariés. L'un d'eux est que les salariés travaillent de plus en plus souvent hors des locaux de l'employeur. Cela n'est pas nouveau naturellement, si on prend par exemple le travail à domicile et le télétravail. Mais les technologies modernes de l'information et de la communication (TIC) ont accru leur incidence et créent de nouveaux problèmes. Par exemple, la question de la qualification de temps de travail est devenue plus complexe car les TIC permettent aux employeurs de contacter les travailleurs n'importe où et n'importe quand, et d'attendre des réponses rapides.

Un autre changement réside dans le fait que les liens entre les travailleurs et les employeurs sont souvent plus ténus. L'exemple typique est le contrat zéro heure au Royaume-Uni, par lequel les employeurs acceptent de rémunérer le travail accompli, mais ne s'engage pas à fournir une quantité ni précise ni minimale de travail. Ces contrats sont sans doute d'une grande utilité pour les employeurs pour répondre à l'évolution de la demande de main-d'œuvre, mais ils augmentent l'insécurité des travailleurs et relâchent le lien entre l'employeur et le salarié.

Les TIC permettent à ces liens de devenir encore plus lâches. Le *crowdfunding* est une sorte de contrat zéro heure poussé à l'extrême. Les employeurs offrent des tâches d'ampleur très variable (mais généralement de très petites tâches) sur une plate-forme électronique à laquelle ont accès des travailleurs désireux d'effectuer ces tâches. Les travailleurs sont souvent encouragés à se faire concurrence (parfois cela est présenté sous forme de jeu) et ils sont généralement très peu payés pour chaque tâche. On peut considérer cela comme une sorte de contrat zéro heure avec des liens encore plus faibles entre l'employeur et le travailleur. Du côté des employeurs, encore une fois, personne dans cet arrangement n'est prêt à assumer l'étiquette « d'employeur »⁴⁹.

Enfin, la nature même du travail évolue rapidement. Une proportion croissante du travail appartient au nouveau format de la « gig economy » ou économie des petits boulots : Nommée ainsi à partir de représentations du travail pour les musiciens, la « gig economy » suppose généralement que les artistes apportent leur propre équipement, déterminent leurs horaires et le nombre d'heures et fournissent un service directement au consommateur tandis qu'un intermédiaire tiers promeut le service, fournit la plate-forme à travers laquelle l'interprète et le consommateur interagissent et perçoit le paiement du consommateur, en retenant un pourcentage pour lui-même et en transmettant le reste à l'interprète. L'interprète a besoin de relations, de la commodité et de la reconnaissance que l'intermédiaire lui fournit ; l'intermédiaire a besoin de l'interprète pour fournir le service. C'est cette relation d'interdépendance qui distingue les relations de travail dans la

49 Voir W Daubler, Th. Klebe, « Crowdwork: datore di lavoro in fuga? », *DLRI*, 2016, vol. 151, p. 471.

« gig economy » des relations de travail standard des salariés ou des travailleurs indépendants⁵⁰.

Cette forme de travail se développe rapidement pour deux raisons principales : une proportion de plus en plus importante du travail est uniquement cognitive et en raison de l'informatisation, elle peut être faite n'importe où et n'importe quand. Une caractéristique unique et quelque peu troublante de ce type de travail est qu'il peut se réaliser (et c'est le cas généralement) sans aucune interaction humaine directe, l'employeur comme le salarié n'interagissant plus qu'avec leurs ordinateurs⁵¹.

Comme nous l'avons indiqué, ces changements et la façon dont le droit du travail et de l'emploi devrait y répondre a fait partie des sujets les plus discutés dans les revues membres de l'ALLJ en 2016. Mais quelle est la prévalence de ces changements sur la nature de l'emploi ? D'un côté, la proportion de travailleurs engagés dans ce type de régimes de travail alternatifs reste encore beaucoup plus faible que celle de travailleurs engagés dans des relations de travail plus traditionnelles. Une étude récente aux Etats-Unis a révélé par exemple que le pourcentage global de travailleurs engagés dans l'un ou l'autre type de relation de travail alternative était de 15,8 %. Plus précisément, l'étude a révélé que 3,1 % des travailleurs étaient embauchés par des entreprises sous contrat et que seulement 0,5 % des travailleurs fournissaient des services par le biais d'intermédiaires en ligne (comme Uber ou Amazon Mechanical Turk). Cela donne l'impression que l'accent mis par les revues sur les autres formes de travail et en particulier le haut niveau d'attention accordé à l'emploi par intermédiation n'est pas entièrement justifié. D'autre part, l'étude a révélé qu'une proportion étonnante de 94 % de la croissance nette de l'emploi aux Etats-Unis de 2005 à 2015 concernait d'autres formes de relation de travail⁵². Si les formes d'emploi qui représentent l'avenir ne sont pas encore complètement en place, elles se propagent rapidement. Peut-être, les revues académiques ont-elles simplement une certaine avance sur la tendance ?

B - COMMENT LA RÉGLEMENTATION DU TRAVAIL DEVRAIT-ELLE S'ADAPTER AUX CHANGEMENTS DU MARCHÉ DU TRAVAIL ?

Les articles publiés dans les revues au cours de l'année 2016 portaient sur les options retenues par les Etats pour repenser la réglementation du travail afin de faire face aux changements en matière l'emploi.

Un des domaines d'étude privilégié est celui de la classification des travailleurs qui ne relèvent pas du modèle standard d'emploi. Traditionnellement, on distingue les salariés des travailleurs indépendants. L'une des questions porte sur le fait que les employeurs structurent l'emploi de manière à éviter la protection conférée par le droit du travail et de l'emploi ou, pire, oeuvrent intentionnellement pour éviter l'application de leurs obligations. En ce qui concerne les erreurs de qualification de la relation de travail, plusieurs articles

50 S. L. Willborn *et al.*, *Employment law: cases and materiales*, 38, 2017.

51 Pour un bon aperçu, voir L. Tičar, « The Impact of Digitalisation on the Emergence of New Forms of Work », *E&E*, 2016, vol. 16, p. 241.

52 L. F. Katz, A. B. Krueger, « The Rise and Nature of Alternative Work Arrangements in the United States, 1995-2015 », *Nber Working paper series*, 2016, n° 22667.

ont porté sur le faux travail indépendant⁵³ et sur l'emploi « dissimulé »⁵⁴, notamment en ce qui concerne les nouvelles formes d'emploi. Mais le problème le plus profond soulevé par nombre de ces nouvelles formes d'emploi n'est pas tant une mauvaise qualification que le fait que les travailleurs ne relèvent pas à proprement parler de l'une ou l'autre catégorie. Le problème a été bien expliqué par un juge américain qui, lorsqu'il s'efforçait de déterminer si les chauffeurs de Lyft étaient des salariés, s'est exprimé de manière imagée et estimait que c'est comme si le jury « recevait une cheville carrée et qu'on lui demandait de choisir entre deux trous ronds »⁵⁵. Les critères mis au point par les tribunaux après des décennies pour identifier les salariés et les distinguer des autres catégories de travailleurs ne s'appliquent tout simplement pas très facilement à un emploi fissuré ou à de nombreuses formes de travail liées aux TIC⁵⁶. Les tribunaux ont du mal à classer ces formes de travail soit comme travail salarié soit comme travail indépendant lorsque ni l'une ni l'autre de ces catégories ne semble convenir réellement.

Une autre approche consiste à créer un « trou carré » pour cette cheville inhabituelle, qu'est cette nouvelle catégorie de travailleurs émergents. Le travailleur appartenant à cette catégorie ne serait pas tout à fait un salarié ni tout à fait un travailleur indépendant, mais se situerait entre les deux. Au lieu d'un travailleur indépendant, le travailleur appartenant à cette nouvelle catégorie peut être considéré comme un travailleur dépendant. Cette catégorie aurait droit à certaines des protections de travail offertes aux salariés, pas à l'ensemble des protections. Ainsi, une proposition émise aux États-Unis protégerait cette catégorie de travailleurs contre les discriminations et leur fournirait une assurance contre les accidents de travail, mais n'imposerait pas qu'on leur verse un salaire minimum ou qu'ils obtiennent une assurance maladie⁵⁷. A quelques différences près, cette approche générale a été mise en œuvre dans plusieurs pays sous des appellations différentes, telles que, autoentrepreneur (en France)⁵⁸, para-subordonné (en Italie)⁵⁹, salariés économiquement dépendants (en Hongrie)⁶⁰, et travailleurs autonomes économiquement dépendants (en Espagne)⁶¹. S'il est vrai que cette approche se répand de plus en plus, elle ne fait cependant

53 T. Gyulavári, « Civil Law Contracts in Hungary », *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 79, 81, J. J. Abrantes, R. Canas da Silva, « New Forms of Employment in Portugal », *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 313-14.

54 G.Tavits, « New Forms of Employment in Estonia », *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 193, 196-97.

55 *Cotter v. Lyft, Inc.*, 60 F. Supp. 3d 1067, 1081 (N.D. Cal. 2015).

56 Jeremias Prassl a publié un livre important en 2015 décrivant bien les problèmes d'identification des salariés et proposant une solution centrée sur les employeurs. *The Concept of the Employer*. Le livre a été référencé dans des revues membres en 2016. Voir par exemple, J. Fudge, « The Concept of the Employer », *ILJ*, 2016, vol. 45, p. 270, L. Ratti, « Intorno al-i concetto-i di datore di lavoro. A proposito di The Concept of the Employer di Jeremias Prassl », *DLRI*, 2016, vol. 150, p. 381.

57 S. Harris, A. Kruger, *A Proposal for Modernizing Labor Law for Twenty-First-Century Work: The « Independent Worker »*, The Hamilton Project, 2015.

58 J.-E. Ray, J. Rojot, « The Fissured Workplace in France », *CLLPJ*, 2016, vol. 37, p. 463.

59 B. Creighton, Sh. McCrystal, « Who is a "Worker" in International Law? », *CLLPJ*, 2016, vol. 37, p. 691.

60 T. Gyulavári, *supra* note 53, at 87.

61 J. García Murcia, Iván Rodríguez Cardo, « New Forms of Employment in Spain », *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 349, 352-53.

pas l'unanimité. Valerio de Stefano, par exemple, pense qu'il est trop difficile de définir le type de travailleurs qui entrerait dans la catégorie de la protection limitée et que cette catégorie peut constituer un obstacle à la pleine protection du travail⁶².

Les deux premières façons de traiter les nouvelles formes de travail tentent de refondre les règles générales qui peuvent s'appliquer à l'ensemble des grandes catégories de relations de travail. Une troisième approche consiste à identifier des relations d'emploi particulières qui posent des problèmes nouveaux et spéciaux et à développer des protections spéciales pour l'emploi dans ces catégories relativement étroites. Un exemple émergeant de ceci réside dans l'utilisation de « bons ». Ce système, utilisé dans plusieurs pays, permet à un « employeur » d'acheter un « bon » pour payer un travailleur. Le « bon » comprend le paiement des cotisations sociales, telles que celle de sécurité sociale. Le système n'est généralement disponible que pour certains types de professions (comme les travailleurs à domicile) qui, pour diverses raisons, ont tendance à fonctionner en dehors du système d'emploi normal en l'absence de bons⁶³. Une autre approche consiste à traiter des problèmes individuels distincts présentés par de nouvelles formes de travail. Par exemple, les TIC permettent aux employeurs de solliciter les salariés à tout moment, ce qui augmente le nombre de problèmes liés au temps de garde des enfants. De même, étant donné que les TIC permettent aux personnes de travailler n'importe où et n'importe quand, il est également plus difficile de comptabiliser le temps effectivement travaillé. Aucun de ces problèmes susmentionnés n'est nouveau, mais les TIC augmentent leur incidence et leur importance. Pour y remédier, de nombreux pays ont repensé leurs règles⁶⁴, la France étant la plus avancée à cet égard avec sa récente loi sur le « droit à la déconnexion »⁶⁵.

D'un autre côté, des articles traitent également de ce qu'il faut faire avec un employeur fissuré ou en voie de disparition. Le problème central est de savoir comment tenir les employeurs responsables du respect des obligations du droit du travail lorsque leurs relations avec les travailleurs sont lointaines et fragiles. Un certain nombre d'articles ont discuté des façons dont les lois s'ajustent pour régler ce problème. Une option consiste à élargir le concept d'emploi conjoint afin que plus d'un employeur puisse être responsable de la conformité aux lois lorsque plusieurs sont impliqués dans la relation de travail⁶⁶. Au lieu d'un emploi conjoint qui rend tous les employeurs responsables de tous les aspects liés à l'emploi, une autre approche consisterait à attribuer des responsabilités à des employeurs donnés, en fonction de leur relation particulière avec le travailleur. Ainsi, l'employeur qui embauche peut être responsable des questions relatives à l'embauche, celui qui gère le salarié au jour le jour pourrait être responsable des conditions sur le lieu de travail, etc.⁶⁷.

62 V. de Stefano, « The Rise of the "Just-in-Time Workforce": On-Demand Work, Crowdfork, and Labor Protection in the "Gig-Economy" », *CLLPJ*, 2016, vol. 37, p. 471, 494-99.

63 Plusieurs pays d'Europe ont mis en place des systèmes de bons. Symposium, « New Forms of Employment in Europe », *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 1, 145 (Austria), 154 (Belgium), 231 (Greece), 345-46 (Slovenia), 364 (Turkey).

64 Voir B. Waas, « *New Forms of Employment in Germany* », *BCLR*, 2016, vol. 94, p. 223, 224-25.

65 Ch. Mathieu *et al.*, « Droit à la Déconnexion, Santé au Travail », 2016, *RDT*, n° Oct.

66 Voir D. Izzi, « Joint & Several Liability for the Protection of Outsourced Work: Food for Thought from European Union Law », *LD*, 2016, vol. winter, p. 35.

67 Voir J. Prassl, « Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Analysis of Crowdfork », *CLLPJ*, 2016, vol. 37, p. 619.

Une question primordiale dans la réponse juridique aux nouvelles formes d'emploi est de savoir s'il s'agit de problèmes vraiment nouveaux et uniques, ou s'il s'agit de problèmes évolutifs que la réglementation du travail a toujours dû affronter. Matthew Finkin soutient que, bien que nous puissions tirer une leçon des expériences passées, les problèmes de réglementation sont « véritablement nouveaux » parce que l'informatisation combinée à la nature cognitive du travail transforme les marchés locaux en marchés mondiaux, qui sont beaucoup plus difficiles à réglementer⁶⁸. C'est possible. Peut-être y a-t-il eu d'autres périodes au cours desquelles les changements rapides et la mondialisation ont posé des défis particuliers à la réglementation du travail et nous devons donc concentrer notre attention sur les leçons de ces époques⁶⁹. Mais qu'ils soient nouveaux ou anciens, il ne fait aucun doute que les défis lancés à la réglementation du travail sont complexes et difficiles.

III - LES QUESTIONS LIÉES AU SALAIRE, À LA PAUVRETÉ ET AUX REVENUS

Même si la question de la pauvreté est loin d'être nouvelle pour les chercheurs en droit du travail et en droit de la sécurité sociale, il convient de souligner l'importance qui lui a été accordée par les auteurs de l'IALJ en 2016. Nous souhaitons souligner deux perspectives qui ont particulièrement intéressé les auteurs sur la question de la pauvreté : les différents types et (relativement) nouveaux travailleurs précaires et les salaires. Ces travaux se situent en partie dans le prolongement de ceux des années précédentes à propos des conséquences de la crise financière et économique de 2008 et des réformes du droit du travail et du système de sécurité sociale en réponse à la crise⁷⁰. D'autres facteurs ont donné lieu à des travaux sur la pauvreté et les salaires, tels que l'augmentation des activités à la frontière entre travail rémunéré et autres activités, ainsi que l'introduction d'un salaire minimum légal en Allemagne, l'idée d'un salaire minimum européen, et les débats croissants et intensifs sur « l'approche capacitaire ». Examinons les travaux sur la précarité du travail (A), les salaires (B), les régimes de protection sociale C), et enfin l'allocation de revenu de base (D).

68 « Beclouded work, Beclouded Workers in Historical Perspective », *CLLPJ*, 2015, vol. 37, p. 603, 617-18.

69 Voir par exemple D.T. Rod Rodgers, *Atlantic Crossings: Social Politics in a Progressive age* (1998) (passant en revue les mouvements sociaux des années 1870 aux années 1940, en réponse à la mondialisation accrue et aux changements technologiques rapides), J.F. Witt, *The Accidental Republic: Crippled Workmen, Destitute Widows, And The Remaking Of American Law*, 2004, (examinant les origines des systèmes d'indemnisation des travailleurs aux Etats-Unis, étant donné que les chemins de fer ont modifié la géographie et la technologie de la réglementation juridique des blessures accidentelles). Voir P. Končar, *Digitalisation - The Challenges of Labour Law*, *E&E*, 2016, vol. 16, p. 257.

70 Sur les conséquences de la crise financière et économique, il convient de noter qu'un auteur italien discute d'une nouvelle tendance plutôt positive du point de vue de la protection des droits des travailleurs - un revirement de la part des juges constitutionnels italiens passant d'une approche d'urgence pour restreindre les droits sociaux des travailleurs à une attitude de restauration des droits sociaux des travailleurs. G. Ricci, « I diritti sociali fra politiche di austerità e ripresa economica », *DLM*, 2016-1, p. 65.

A - PAUVRETÉ, TRAVAIL PRÉCAIRE ET TRAVAILLEUR À FAIBLE REVENU

1 - LA PAUVRETÉ APRÈS LA CRISE FINANCIÈRE DE 2008

La crise financière de 2008 a frappé les pays de manière inégale. Parmi les pays européens, le taux de pauvreté de la population connaissant de graves difficultés matérielles a considérablement augmenté dans certains pays (Espagne, Grèce, Irlande et Italie), tandis que d'autres pays - en particulier la plupart des anciens pays membres de l'UE 15 - n'ont pas connu de changement important⁷¹. Ce contexte peut expliquer le fort intérêt des auteurs italiens de l'IALJ pour la question de la pauvreté⁷², ainsi que pour les réformes de la politique sociale qui ont été mises en œuvre, au moins en partie en réponse à l'augmentation du taux de pauvreté. Les recherches menées en Italie sur la pauvreté ont accordé une attention particulière aux perspectives familiales et régionales. De nombreux pays (dont l'Italie) ont abordé les questions relatives aux travailleurs pauvres et précaire., Mais en Italie, on s'est intéressé particulièrement au taux de pauvreté élevé des enfants, en particulier dans le sud du pays⁷³. Cette caractéristique pourrait expliquer en partie le vif intérêt des auteurs italiens pour l'amélioration du système national de protection sociale (voir ci-dessous) qui peut couvrir directement et de manière exhaustive tous les citoyens vivant dans la pauvreté dans l'ensemble du pays⁷⁴.

2 - LES DIFFÉRENTS TYPES DE TRAVAILLEURS PRÉCAIRES

Une façon pour les auteurs de traiter la question de la pauvreté et du faible revenu était de la considérer sous l'angle des différents types de travail précaire offrant un niveau de salaire insuffisant. La question de l'emploi précaire a été traitée à plusieurs reprises par les auteurs de l'IALJ après la récession et dans le contexte des politiques de flexibilité (flexisécurité)⁷⁵. En Europe, sauf dans les pays nordiques, la politique de flexibilité a entraîné une augmentation du nombre de travailleurs pauvres. Un numéro spécial a été consacré aux conséquences de cette politique en 2016⁷⁶ dont une des contributions analyse la croissance de l'emploi précaire en Europe (15 anciens Etats membres de l'UE) comme conséquence de cette politique⁷⁷. En se concentrant sur deux dimensions de

71 ECFIN *Economic Brief*, 2014, n° 31, p. 3.

72 Ch. Saraceno, « Povertà ed esclusione sociale oggi in Italia: cause e possibili rimedi », *RGL*, 2016, 4, p. 717, G. Bronzini, P. Campanella, « Il lavoro tra bisogno e libertà: nuove povertà prospettive di inclusione sociale reddito e attivazione: Introduzione », *RGL*, 2016-4, p. 687. Voir également M. Jessoula, « Italy's Winding Road Towards a National Minimum Income Scheme », *ESPN Flash Report*, 2016/60.

73 C. Saraceno, *op. cit.*

74 Un autre élément de contexte pour expliquer cet intérêt pour les systèmes de protection sociale pourrait être l'absence de mesure nationale et universelle pour combattre la pauvreté en Italie. Sur ce point, voir S. La Forgia, « Le politiche regionali di contrasto alla povertà e di inserimento sociale e lavorativo », *RGL*, n° 3, p. 574.

75 Voir S. Borelli, H. M. Hohnerlein, « Retrospective Overview of 2013 - Comparative labour law literature », *RDCTSS*, 2014/3, p. 218, M. Aimo, D. Izzi, « Retrospective Overview of 2012 - Comparative labour law literature », *RDCTSS*, 2013/3, p. 185.

76 *ILR*, 2016, vol. 155, n° 4 (Numéro spécial : « The Age of Flexibility »).

77 T. Gutiérrez-Barbarrusa, « The growth of precarious employment in Europe: Concepts, indicators and the effects of the global economic crisis », *ILR*, 2016, vol. 155, n° 4, p. 477.

l'emploi précaire (insécurité et pauvreté -bas salaires⁷⁸), l'auteur montre que la proportion de travailleurs à bas salaire est élevée dans les pays de l'Europe du Sud (Espagne, Grèce, Italie et Portugal), ainsi que dans les pays avec des marchés du travail plus déréglementés (Allemagne, Irlande, Pays-Bas et Royaume-Uni), tandis que les pays du Sud de l'Europe se caractérisent également par des niveaux élevés d'insécurité (mesurée en fonction de l'emploi atypique)⁷⁹.

Plusieurs questions liées aux travailleurs précaires ont particulièrement intéressé les auteurs de l'IALLJ en 2016 : les questions liées à l'éducation, à la vie personnelle, au travail indépendant et aux activités liées à l'allocation de minima sociaux⁸⁰.

Premièrement, certains auteurs se sont intéressés aux activités se situant entre l'éducation et le travail, situations de plus en plus fréquentes sur le marché du travail actuel, en particulier chez les jeunes travailleurs, dans les pays développés. On les appelle souvent des « apprentis »⁸¹ ou des « stagiaires »⁸². Même si ces activités peuvent être extrêmement utiles pour les travailleurs comme pour les employeurs, elles peuvent engendrer des situations d'exploitation lorsque les employeurs remplacent à moindre coût de cette manière des travailleurs. Ils peuvent également être à l'origine de conditions injustifiables pour les stagiaires lorsque (comme c'est le cas dans de nombreux pays), il n'existe pas de réglementation suffisante pour la protection de leurs droits collectifs et individuels. Le Conseil de l'UE a adopté une Recommandation sur un cadre de qualité pour les stages en 2014⁸³. Les auteurs de l'IALLJ présentant les situations de la législation et de la réglementation de l'UE ainsi que celles de certains pays de l'UE et hors UE (Etats-Unis, Australie, Royaume-Uni, Finlande, France et Estonie), partagent le point de vue selon lequel les lois et réglementations, à l'échelle européenne et nationale, n'offrent pas de protections suffisantes pour les stagiaires. Les efforts législatifs de la France pour protéger les stagiaires par la « loi Cherpion »⁸⁴ sont positivement appréciés par les auteurs, même si le manque de suivi et d'application est souligné⁸⁵.

78 L'auteur adopte la définition Eurostar des bas salaires (salaires équivalant aux deux tiers ou moins des salaires horaires médians nationaux).

79 L'auteur compare les situations de 1995-2007 avec celles de 2008-2015. Outre l'influence de la politique de déréglementation, l'auteur souligne l'impact de l'expansion de l'UE en 2004 et 2007, en particulier pour l'aggravation de la pauvreté en Allemagne et au Royaume-Uni.

80 Parmi les autres types de travail précaire, le travail non déclaré a également attiré l'attention de certains auteurs. Voir M. Giaconi, « Le politiche europee di contrasto al lavoro sommerso. Tra (molto) soft law e (poco) hard law », *LD*, 3-2016, p. 439, S. Varva, « Undeclared work e Unione europea, ultimo atto: una "piattaforma europea" per contrastare il lavoro sommerso », *LD*, 3-2016, p. 461.

81 A. Rosin, « Precariousness of Trainees Working in the Framework of a Traineeship Agreement », *IJLLIR*, 2016, vol. 32, n° 2, p. 131.

82 R. Owens, A. Stewart, « Regulating for decent work experience: Meeting the challenge of the rise of the intern », *ILR*, 2016, vol. 155, n° 4, p. 679.

83 L'OIT définit le stage comme « une période de travail limitée, rémunérée ou non, qui comprend une composante d'apprentissage et de formation, destinée à acquérir une expérience pratique et professionnelle en vue d'améliorer l'employabilité et de faciliter la transition vers un emploi régulier ».

84 Loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels.

85 R. A. Stewart, *op. cit.*, p. 689.

Deuxièmement, un numéro spécial a été publié sur les travailleurs qui doivent être « disponibles en sus de leur temps de travail »⁸⁶. Pour certains travailleurs (travailleurs occasionnels et de garde, mais aussi travailleurs à temps plein ou à temps partiel auxquels on demande régulièrement de travailler plus que les heures de travail convenues), la durée du travail et les horaires sont devenus de plus en plus imprévisibles, car ils doivent s'adapter aux besoins de production variables des employeurs⁸⁷. Une étude sur les réseaux de services de soutien à domicile au Québec, au Canada, montre que ce nouveau type de travail est souvent pratiqué par des femmes et aboutit à un travail précaire et très mal rémunéré⁸⁸.

Troisièmement, comme nous l'avons déjà vu⁸⁹, le « travail de la foule (*crowd work*) » a également suscité beaucoup d'intérêt chez les auteurs de l'IALLJ en 2016. Ce type de travail peut également être considéré comme un nouveau type de travail précaire ainsi qu'il est présenté dans un article sur une enquête de l'OIT⁹⁰. Cet article propose d'assurer un salaire minimum pour ce type de travail, en maintenant le système de rémunération à la pièce. Le problème recoupe la question de la fixation des limites du temps de travail parce que ces travailleurs passent souvent beaucoup de temps en ligne, essayant de saisir un meilleur travail quand une offre est diffusée⁹¹.

Les auteurs ont également abordé une autre question rarement traitée concernant le statut précaire des bénéficiaires des programmes d'emploi dans le cadre de l'allocation de minima sociaux au Royaume-Uni et aux Pays-Bas, deux pays qui ont joué un rôle important dans les « programmes d'activation » en Europe et dans les autres pays développés⁹². Vu le développement continu des politiques d'activation dans les régimes de protection sociale dans de nombreux pays, cet article pourrait inspirer des recherches comparatives.

Comme le travail précaire suppose souvent un faible revenu, la question de la précarité recoupe largement celle de la pauvreté bien que celle-ci ait été moins souvent explorée par les auteurs de l'IALLJ⁹³. Cependant, comme nous le verrons, de nombreux auteurs se sont intéressés à des questions diverses concernant les salaires, souvent en relation avec la question de la pauvreté.

86 *IJLLIR*, 2016, vol. 32, n° 3. Pour une approche théorique dans ce numéro, voir. É. Genin, « Proposal for a theoretical framework for the analysis of time porosity », p. 280.

87 G. Valée, « Employees' obligation to be available to Employers: A (New) Pathway to Precariousness or Source of Flexibility? », *IJLLIR*, vol. 32, n° 3, p. 275.

88 L. Boivin, « "Just-in-Time" Labour: The case of networks providing home support services in Quebec », *IJLLIR*, 2016, n° 3, p. 301.

89 *See supra*, text & notes at nn. 42-69.

90 J. Berg, « Income Security in the On-Demand Economy: Findings and Policy Lessons from a Survey of Crowdworkers », *CLLPJ*, 2016, vol. 37, p. 543.

91 J. Berg, *op. cit.*, p. 561.

92 A. Paz-Fuchs & Anja Eleveld, « Workfare revisited », *ILJ*, 2016, vol. 45, p. 29.

93 See F.J. Calvo Gallego, « Trabajadores pobres y pobreza de los ocupados: Una primera aproximación », *TL*, n° 134/2016, p. 63. La difficulté de définir les « travailleurs pauvres » soulignée dans cet article pourrait être l'une des raisons de la réticence (relative) des chercheurs en droit à aborder ce sujet.

B - SALAIRES, SALAIRE MINIMUM ET SALAIRE DE SUBSISTANCE

Des questions diverses concernant les salaires ont intéressé beaucoup d'auteurs de l'IALJ en 2016, notamment la question du salaire minimum. L'introduction d'un salaire minimum peut parfois être considérée comme une des solutions au problème de la pauvreté, car il peut augmenter le revenu des travailleurs précaires vivant souvent dans la pauvreté. Il est également considéré comme une politique économique qui soutient et encourage la consommation nationale et contribue ainsi au développement économique. Il est donc logique qu'après la crise économique et financière mondiale de 2008, la question des salaires ait été considérée comme urgente par les chercheurs dans de nombreux pays de différents continents, mais aussi par des organisations internationales⁹⁴. L'introduction d'un salaire minimum légal en Allemagne⁹⁵ et les débats sur la possibilité d'un salaire minimum européen⁹⁶ ont renforcé cet intérêt, notamment en Europe. Dans le contexte de l'Union européenne, le salaire minimum pourrait également être considéré comme un outil permettant de créer un environnement concurrentiel équitable du point de vue des coûts de la main-d'œuvre. Enfin, une perspective relativement nouvelle a également été présentée concernant le salaire minimum : le concept de « salaire de subsistance (*living wage*) ». Les auteurs qui plaident pour un salaire de subsistance se concentrent sur les droits de l'homme et la justice sociale pour déterminer le niveau minimum de salaire qui devrait être garanti, considérant le « salaire minimum » tel qu'il est généralement conçu aujourd'hui comme insuffisant de ce point de vue.

1 - LE SALAIRE MINIMUM

Autour du salaire minimum se posent de nombreuses questions : son niveau, le processus de détermination, les effets sur le marché du travail, l'efficacité, etc. Concernant le processus de décision, du point de vue du droit du travail comparé, il est essentiel de prendre en considération le rôle des partenaires sociaux (y compris les partenaires sociaux au niveau européen en ce qui concerne les réglementations européennes). Un auteur autrichien discute ce point en comparant les lois allemandes et autrichiennes et les relations des partenaires sociaux, affirmant que dans les pays où la couverture de la négociation collective est élevée, le salaire minimum collectivement négocié peut garantir des salaires minima décents pour les salariés et, en même temps, garantir un minimum de

94 COM(2012)173, p. 9, S. C. Carr, J. Parker, J. Arrowsmith, P. A. Watters, « The living wage: Theoretical integration and an applied research agenda », *ILR*, 2016, vol. 155, n° 1, p. 1 (voir en particulier l'introduction de l'article concernant les débats récents sur les salaires).

95 Th. Lakies, « Ein Jahr gesetzlicher Mindestlohn - gelöste und ungelöste Rechtsprobleme », *AUR*, 2016 - 1, p. 14. H. Pütz, « Zur Vergütungspflicht von Überstunden durch das Mindestlohngesetz », *AUR*, 2016 - 5, p. 186. P. Rémy, « La loi allemande sur le salaire minimum : le SMIC en Allemagne ? », *RDT*, 2014, p. 774.

96 Voir par exemple, Schulten, Thorsten, T. Muller, L. Eldring. « Pour une politique de salaire minimum européen : perspectives et obstacles », *La Revue de l'Ires*, 2016, vol. 89, n° 2, p. 89.

liberté contractuelle pour les parties à la relation de travail⁹⁷. Les effets de répartition et d'égalisation du salaire minimum intéressent les auteurs latino-américains. L'article sur les effets en termes de distribution de l'augmentation de la valeur réelle du salaire minimum en Argentine, au Brésil, au Chili et en Uruguay montre que les effets distributifs ont été confirmés dans trois de ces pays (tous sauf le Chili)⁹⁸.

Différents facteurs influent sur l'efficacité du salaire minimum. Un auteur souligne, en examinant les situations dans les pays d'Amérique latine (Chili, Costa Rica, Pérou et Uruguay) que le salaire minimum doit s'accompagner d'un système d'inspection du travail efficace, en particulier lorsque le salaire minimum est très bas ou très élevé par rapport aux salaires moyens du pays⁹⁹. Un auteur autrichien a également souligné que le salaire minimum sectoriel convenu collectivement est plus facilement appliqué par les employeurs que le minimum universel prévu par la loi¹⁰⁰.

2 - UNE NOUVELLE ORIENTATION POUR LE SALAIRE MINIMUM : LE SALAIRE DE SUBSISTANCE

Une des questions majeures sur le salaire minimum est, bien sûr, de savoir quel devrait être le niveau : quel niveau est nécessaire et suffisant ? Cette question ne peut pas être isolée de l'objectif recherché avec le salaire minimum. Même si, comme nous l'avons mentionné plus haut, le salaire minimum peut avoir plusieurs dimensions - droits des travailleurs, politique économique, concurrence loyale entre employeurs, etc., les auteurs de l'IALLJ ont presque tous traité ce sujet du premier point de vue, à savoir comme droit fondamental du travailleur, et, par extension, comme la traduction d'une certaine justice sociale. Dans un article inspiré de l'idée d'un salaire minimum européen et du système de salaire minimum allemand, un auteur affirme que le salaire devrait garantir une « rémunération juste et suffisante du travail réalisé »¹⁰¹.

De ce point de vue, une nouvelle vision du salaire minimum - appelé (ou non) « salaire de subsistance (*living wage*) »¹⁰² - qui devrait être fixé au niveau garantissant la dignité humaine et pas seulement la seule survie matérielle des travailleurs - a été proposé par certains auteurs. Cette tendance est fortement influencée par « l'approche en termes de capabilities » proposée par Amartya Sen et Martha Nussbaum¹⁰³, une théorie qui intéresse beaucoup de spécialistes du droit du travail, étant considérée comme « pierre angulaire pour repenser la législation du travail »¹⁰⁴.

97 E. Brameshuber, « "Basic Income" from Wages: Freedom of Contract versus Statutory Minimum Standards », *ELLJ*, 2016, vol. 7, p. 206. L'auteur estime aussi que dans cette situation le niveau général de rémunération est relativement élevé. p. 227.

98 R. Maurizio, G. Vázquez, « Distribution effects of the minimum wage in four Latin American countries: Argentina, Brazil, Chile and Uruguay », *ILR*, 2016, vol. 155, p. 97.

99 A. Marinakis, « Non-compliance with minimum wage laws in Latin America: The importance of institutional factors », *ILR*, 2016, vol. 155, p. 133.

100 E. Brameshuber, *op. cit.*, pp. 226 and 227.

101 E. Brameshuber, *op. cit.*

102 S. C. Carr, J. Parker, J. Arrowsmith, P. A. Watters, *op. cit.*

103 Voir par exemple, M. Nussbaum, *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2011.

104 R. Del Punta, « Labour Law and the Capability Approach », *IJCLLR*, 2016, p. 383.

Dans les articles débattant de le niveau minimum de salaires, différents termes sont utilisés par différents acteurs et auteurs, qui ne sont pas toujours strictement définis et qui peuvent être utilisés dans différents sens -« équitable »¹⁰⁵, « juste revenu », « rémunération suffisante du travail », « revenu de base », « salaire minimum (revenu) », « salaire décent » ou « niveau de revenu (...) pour vivre dans la dignité », etc.¹⁰⁶. De plus, la notion de « revenu » peut recouvrir soit les seuls salaires, soit les salaires et la sécurité sociale¹⁰⁷. Ceci nous incite à déterminer précisément le sens des termes utilisés à propos de salaire minimum. Le caractère complexe et multifonctionnel du salaire minimum justifie également une attitude prudente dans les débats y relatifs.

3 - AUTRES QUESTIONS SUR LES SALAIRES

L'intérêt grandissant accordé au salaire minimum pourrait également accroître l'intérêt pour différentes questions sur les salaires en général¹⁰⁸. Et en particulier, certaines questions mériteront d'être examinées dans une perspective comparative, comme celle sur l'efficacité des différentes normes sur les salaires en général¹⁰⁹ ou le rôle de l'inspection du travail dans la définition des salaires. Sur une question plutôt classique mais toujours controversée, un auteur a examiné dans une étude comparative le traitement juridique des « pourboires » en France, en Allemagne et aux Etats-Unis¹¹⁰.

C - REVENU DE BASE ET AIDE SOCIALE

Même si le salaire minimum peut résoudre une partie du problème de la pauvreté, ce n'est évidemment pas une solution magique pour toutes les situations de pauvreté. Premièrement, le salaire minimum est souvent fixé à un niveau insuffisant pour garantir les conditions de vie au-delà du seuil de pauvreté¹¹¹. De plus, si le salaire minimum est fixé sur une base horaire, ce n'est pas une solution au problème de l'insuffisance du temps de travail (typiquement les travailleurs à temps partiel aux revenus modestes). Inutile de dire que le salaire minimum ne peut couvrir que la population active et que le problème de la pauvreté de ceux qui ne travaillent pas ou qui ne sont pas en âge de travailler ne pourra jamais être totalement résolu par un programme établissant un salaire minimum ou un salaire de subsistance.

105 E. Brameshuber, *op. cit.*, p. 213.

106 Selon l'article, ce concept est lié au concept plus large de « travail décent » inclus et défini dans l'agenda de l'OIT. (voir S. C. Carr et al., *op. cit.*). À propos du travail décent, voir aussi Fr. D'Ovidio, « Il lavoro che verrà », *RGL*, 2016-4, p. 698.

107 E. Brameshuber, *op. cit.*, p. 210.

108 La Revue internationale du Travail a publié un numéro spécial sur les salaires, 2016, vol. 155-1. Entre autres choses, le numéro comprend une analyse de l'inégalité des salaires en Chine. J. Whalley, Ch. Xing, « Ownership restructuring and wage inequality in urban China », *ILR*, 2016, 155-1, p. 57.

109 Voir les articles dans le vol. 37, n° 2, *CLLPJ*, et également R. Bignami, M. C. Serrano Barbosa, « La Inspección de Trabajo y el fraude salarial en Brasil: justicia al nivel de la calle, desarrollo y paz social », *DRL*, 2016-7, p. 686.

110 M. W. Finkin, « The Kindness of Strangers: The Tip and the Minimum Wage in France, Germany, and the United States », *IJCLLR*, 2016, vol. 32, n° 1, p. 3.

111 E. Brameshuber, *op. cit.*, p. 210.

En conséquence, différents types de régimes de protection sociale -assistance sociale et prestations de chômage- ont aussi intéressé les auteurs de l'IALLJ comme solutions possibles au problème de la pauvreté¹¹². Dans le mouvement général et continu des politiques d'aide à l'emploi dans les régimes de protection sociale d'un grand nombre de pays, une orientation opposée a été examinée par certains auteurs : le revenu de base universel¹¹³. Les auteurs, en présentant différents types de revenu de base universel, ont souligné les limites du concept : son uniformité et le faible niveau d'allocation par rapport aux prestations de sécurité sociale existantes, qui varient selon la nécessité réelle des individus. Selon les auteurs, le concept de revenu de base universel est présenté comme pouvant englober divers types de systèmes de garantie de revenu, y compris de nombreuses prestations sociales existantes¹¹⁴.

112 Voir par exemple, M. Arai, « Gesetz über die Soziale Wohlfahrt und Rechtsschutz für Nutzer von sozialen Wohlfahrtsdiensten », *ZIAS*, 2016, Heft 1, 30. Jahrgang, 2016, p. 3 ; U. Kötter, « Die Sozialhilfe im Recht der Europäischen Union - immer noch eine Randexistenz oder auf dem Weg zu einem "Europäischen Sozialhilferecht" ? », *ZIAS*, 2016, Heft 1, 30. Jahrgang, 2016 p. 98 ; S. Spattini, « Sostegno al reddito dei disoccupati nella legislazione nazionale », *RGL*, 2016-3, p. 550-561 ; N. Paci, « Disoccupazione e strumenti di sostegno del reddito nel Jobs Act? », *RGL*, 2016-4, p. 781 ; G. Viña, Jordi, « La protección por desempleo en España », *DRL*, n° 5, p. 425 ; B. Suárez Corujo, « El colapso de la protección por desempleo en tiempos de crisis », *DRL*, 2016, n° 7, p. 655 ; A. Occhino, « Il sostegno al reddito dei lavoratori in costanza di rapporto tra intervento pubblico e bilateralità », *DLM*, 2016, vol. 3, p. 499.

113 Un auteur italien affirme que le revenu de base devrait être considéré comme un outil constitutionnellement nécessaire à l'interprétation de la Constitution italienne. Ch. Tripodina, « Povertà e dignità nella Costituzione italiana: il reddito di cittadinanza come strumento costituzionalmente necessario », *RGL*, 2016-4, p. 732.

114 Gr. Strban, R. Mihalič, Prednosti in pomanjkljivosti različnih oblik univerzalnega temeljnega dohodka, *E&E*, vol. 16, n° 1/2016, p. 9. 2 Dans cet article, la forme originale et fondamentale d'un revenu de base universel est définie comme un revenu non sélectif, durable, individuel et totalement inconditionnel, indépendant de la situation sociale et économique du bénéficiaire et de l'origine de la situation sociale.

List of journal abbreviations

- Arbeit und Recht (Germany) = AuR
 Australian Journal of Labour Law (Australia) = AJLL
 Bulletin of Comparative Labour Relations (Belgium) = BCLR
 Canadian Labour & Employment Law Journal (Canada) = CLELJ
 Comparative Labor Law & Policy Journal (United States) = CLLPJ
 Derecho de las Relaciones Laborales = DRL
 Diritti Lavori Mercati (Italy) = DLM
 Employees & Employers: Labour Law & Social Security Review (Slovenia)
 = E&E
 Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (Germany) = EuZA
 European Labour Law Journal (Belgium) = ELLJ
 Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali (Italy) = DLRI
 Industrial Law Journal (UK) = ILJ
 International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations
 (The Netherlands) = IJCLLIR
 International Labour Review (ILO) = ILR
 Revue Internationale de Travail (France) = RIT
 Japan Labor Review (Japan) = JLR
 Lavoro e Diritto (Italy) = LD
 Pécsi Munkajogi Közlemények (Pecs Labour Law Journal) (Hungary) =
 PMJK
 Relaciones Laborales (Spain) = RL
 Revista de Derecho Social (Spain) = RDS
 Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (France) =
 RDCTSS
 Revue de Droit du Travail (France) = RDT
 Revista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale = RGL
 Temas Laborales (Spain) = TL
 Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und
 Sozialrecht (Germany) = ZIAS



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 **1^{er} février** de chaque année (pour les **Études**, la **Jurisprudence Sociale Comparée**, et la **Jurisprudence Sociale Internationale**) et avant le **1^{er} juin** de chaque année pour le **Dossier Thématique**. Concernant les contributions à la rubrique **Actualités Juridiques Internationales**, elles doivent être adressées avant le **1^{er} février** (pour le premier numéro) et avant le **1^{er} septembre** (pour le troisième numéro).

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

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

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



CONTACT

COMPTRASEC - UMR 5114

Mme Sandrine LAVIOLETTE

Université de Bordeaux

16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - F 33608 PESSAC cedex

Tél : 33(0)5 56 84 54 74 - Fax : 33(0)5 56 84 85 12

sandrine.laviolette@u-bordeaux.fr

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/revue-de-droit-compare-du-travail-et-de-la-securite-sociale>

RECOMMANDATIONS AUX AUTEURS

MANUSCRITS

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

Les textes devront comporter :

- **40 000 caractères** - notes de bas de pages et espaces compris - pour les rubriques « **Études** » et « **Dossier Thématique** » lorsqu'ils sont soumis en Français. La limitation est fixée à **30 000 caractères** lorsqu'ils sont soumis en Anglais ou en Espagnol ;
- **25 000 caractères** - notes de bas de pages et espaces compris - pour la rubrique « **Jurisprudence Sociale Comparée** » et de « **Jurisprudence Sociale Internationale** » quelle que soit la langue de soumission de l'article ;
- **15 000 caractères** - notes de bas de pages et espaces compris - pour la rubrique « **Actualités Juridiques Internationales** » lorsqu'ils sont soumis en Français. La limitation est fixée à **12 000 caractères** lorsqu'ils ont soumis en Anglais ou en Espagnol.

Par ailleurs, tous les manuscrits devront être accompagnés des éléments suivants :

- 5 mots clés (en français et en anglais) permettant d'identifier le contenu de l'article ;
- l'institution de rattachement, le titre, ainsi que l'adresse postale et électronique de l'auteur ;
- le titre de l'article.

Les manuscrits destinés aux rubriques « **Études** », « **Dossier Thématique** » et « **Jurisprudence Sociale Internationale** » devront également comporter :

- un résumé, en français et en anglais (de **400 caractères** chacun) ;
- deux publications au choix.



NOTES ET RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

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

Leur présentation sera la suivante :

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

2018 73-1 HIVER WINTER

REVUE TRIMESTRIELLE
RELATIONS INDUSTRIELLES

RIIR

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

SYMPOSIUM

Pour une approche renouvelée de la gestion
des ressources humaines (GRH)

A Renewed Approach to Human
Resource Management (HRM)

ÉDITEURS INVITÉS/GUEST EDITORS : YVES HALLÉE, LAURENT TASKIN
ET/AND STEVE VINCENT

ARTICLES

Vers la fin de la gestion des carrières?

La GRH face au rôle croissant
des intermédiaires du marché du travail

FRANÇOIS PICHULT, NADÈGE LORQUET ET JEAN-FRANÇOIS ORIANNE

Beyond "Hero-based" Management: Revisiting
HRM Practices for Managing Collective Expertise

OLGA LEBEBINA AND SÉBASTIEN GAND

La dynamique de construction d'une GRH
sociétale dans une PME française du secteur
de l'économie sociale et solidaire

LUDIVINE ADLA ET VIRGINIE GALLEGRO-ROQUELAURE

HORS-THÈME / OTHER ISSUES

How Can the Organizing Work Involved in the
Joint Regulation of Lean Projects Promote an
Enabling Organization and Occupational Health?

SÉBASTIEN BRUÈRE, MARIE BELLEMARE AND SANDRINE CAROLY

L'effet du mentorat sur la réussite de carrière:
quelles différences entre hommes et femmes?

EMNA GARA BACH OUERDIAN, ADNANE MALEK ET NAJWA DALI

Expedited Arbitration:
A Study of Outcomes and Duration

SHANNON R. WEBB AND TERRY H. WAGAR

Prévenir les risques psychosociaux: une étude
des perceptions et des pratiques des employeurs

RAFAËL WEISSBRODT, MARC ARIAL, MAGGIE GRAF, TAREK BEN JEMIA,
CHRISTINE VILLARET D'ANNA ET DAVID GIAUQUE

INDUSTRIAL RELATIONS
QUARTERLY REVIEW

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

RI/IR EN LIGNE

RI/IR est disponible en ligne
sur le site Érudit :

www.erudit.org/revue/ri

Pour abonnement institutionnel,
contacter Érudit.

Pour consulter les règles de
publication ou vous abonner,
visitez notre site Internet :

www.riir.ulaval.ca

RI/IR ONLINE

RI/IR is available on line on
Érudit website at:

www.erudit.org/revue/ri

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

Visit our website for Notes to
contributors or to subscribe:

www.riir.ulaval.ca

**RELATIONS INDUSTRIELLES
INDUSTRIAL RELATIONS**

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

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

www.riir.ulaval.ca

TARIFS 2019

REVUE DE DROIT COMPARÉ
DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

(PAPIER) ISSN 2117-4350
(E-JOURNAL) ISSN 2262-9815

PAR AN

3 NUMÉROS PAPIERS (FRANÇAIS)
1 NNUMÉO ÉLECTRONIQUE (ANGLAIS)

COMPTRASEC
UMR 5114

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

Nom/Name/Nombre

Adresse/Address/Direcció

Code postal/Zip Code/Codigo postal Ville/City/Ciudad

Pays/Country/Pais

① / @

		Prix/Price/Precio
Abonnement Annuel Annual Subscrip- tion Suscripción anual	Revue Papier / Print Journal / Revista Impresa (3 n° en français / 3 issues in French / 3 números en francés)	105 €
	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 (3 n° en français & 1 n° en anglais/ 3 issues in French & 1 in English/ 3 números en francés & 1 en inglés)	145 €
Prix à l'unité Unit Price Precio unitario	Revue Papier / Print Journal/ Revista Impresa	40 €
	Revue électronique /E-Journal/Revista Electrónica	70 €
	Article / Journal article/Artículo	6 €
<i>Frais de port compris / Postal charges included / Gastos de envío incluidos</i>		
TVA VAT IVA	Livraison / Delivery/Entrega : 2,10% France / 1,05% DOM & Corse / 0% CEE & hors CEE	TOTAL

MODE DE RÈGLEMENT/MODE DE PAYMENT/FORMA DE PAGO

PAIEMENT EN LIGNE / ONLINE PAYMENT / PAGO EN LINEA
(Carte de crédit - Credit card - Tarjeta de credito)

CHÈQUE / CHEK
À libeller à l'ordre de / Make out to / A la orden de
Monsieur l'agent comptable de l'Université de Bordeaux

NB : Le paiement en ligne est à privilégier

Online payment is preferred / El pago en linea se prefiere

Date Signature

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

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



ABONNEMENT PERMANENT
PERMANENT SUBSCRIPTION
SUSCRIPCIÓN PERMANENTE



Dépôt légal : Juin 2018

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



List of journal abbreviations

- Arbeit und Recht (Germany) = AuR
Australian Journal of Labour Law (Australia) = AJLL
Bulletin of Comparative Labour Relations (Belgium) = BCLR
Canadian Labour & Employment Law Journal (Canada) = CLELJ
Comparative Labor Law & Policy Journal (United States) = CLLPJ
Derecho de las Relaciones Laborales = DRL
Diritti Lavori Mercati (Italy) = DLM
Employees & Employers: Labour Law & Social Security Review (Slovenia)
= E&E
Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (Germany) = EuZA
European Labour Law Journal (Belgium) = ELLJ
Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali (Italy) = DLRI
Industrial Law Journal (UK) = ILJ
International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations
(The Netherlands) = IJCLLIR
International Labour Review (ILO) = ILR
Revue Internationale de Travail (France) = RIT
Japan Labor Review (Japan) = JLR
Lavoro e Diritto (Italy) = LD
Pécsi Munkajogi Közlemények (Pecs Labour Law Journal) (Hungary) =
PMJK
Relaciones Laborales (Spain) = RL
Revista de Derecho Social (Spain) = RDS
Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (France) =
RDCTSS
Revue de Droit du Travail (France) = RDT
Revista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale = RGL
Temas Laborales (Spain) = TL
Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und
Socialrecht (Germany) = ZIAS



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 **1^{er} février** de chaque année (pour les **Études**, la **Jurisprudence Sociale Comparée**, et la **Jurisprudence Sociale Internationale**) et avant le **1^{er} juin** de chaque année pour le **Dossier Thématique**. Concernant les contributions à la rubrique **Actualités Juridiques Internationales**, elles doivent être adressées avant le **1^{er} février** (pour le premier numéro) et avant le **1^{er} septembre** (pour le troisième numéro).

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

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

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



CONTACT

COMPTRASEC - UMR 5114

Mme Sandrine LAVIOLETTE

Université de Bordeaux

16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - F 33608 PESSAC cedex

Tél : 33(0)5 56 84 54 74 - Fax : 33(0)5 56 84 85 12

sandrine.laviolette@u-bordeaux.fr

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/revue-de-droit-compare-du-travail-et-de-la-securite-sociale>

RECOMMANDATIONS AUX AUTEURS

MANUSCRITS

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

Les textes devront comporter :

- **40 000 caractères** - notes de bas de pages et espaces compris - pour les rubriques « **Études** » et « **Dossier Thématique** » lorsqu'ils sont soumis en Français. La limitation est fixée à **30 000 caractères** lorsqu'ils sont soumis en Anglais ou en Espagnol ;
- **25 000 caractères** - notes de bas de pages et espaces compris - pour la rubrique « **Jurisprudence Sociale Comparée** » et de « **Jurisprudence Sociale Internationale** » quelle que soit la langue de soumission de l'article ;
- **15 000 caractères** - notes de bas de pages et espaces compris - pour la rubrique « **Actualités Juridiques Internationales** » lorsqu'ils sont soumis en Français. La limitation est fixée à **12 000 caractères** lorsqu'ils ont soumis en Anglais ou en Espagnol.

Par ailleurs, tous les manuscrits devront être accompagnés des éléments suivants :

- 5 mots clés (en français et en anglais) permettant d'identifier le contenu de l'article ;
- l'institution de rattachement, le titre, ainsi que l'adresse postale et électronique de l'auteur ;
- le titre de l'article.

Les manuscrits destinés aux rubriques « **Études** », « **Dossier Thématique** » et « **Jurisprudence Sociale Internationale** » devront également comporter :

- un résumé, en français et en anglais (de **400 caractères** chacun) ;
- deux publications au choix.



NOTES ET RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

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

Leur présentation sera la suivante :

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

2018 73-1 HIVER WINTER

REVUE TRIMESTRIELLE
RELATIONS INDUSTRIELLES

RIIR

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

SYMPOSIUM

Pour une approche renouvelée de la gestion
des ressources humaines (GRH)

A Renewed Approach to Human
Resource Management (HRM)

ÉDITEURS INVITÉS/GUEST EDITORS : YVES HALLÉE, LAURENT TASKIN
ET/AND STEVE VINCENT

ARTICLES

Vers la fin de la gestion des carrières?

La GRH face au rôle croissant
des intermédiaires du marché du travail

FRANÇOIS PICHULT, NADÈGE LORQUET ET JEAN-FRANÇOIS ORIANNE

Beyond "Hero-based" Management: Revisiting
HRM Practices for Managing Collective Expertise

OLGA LEBEBINA AND SÉBASTIEN GAND

La dynamique de construction d'une GRH
sociétale dans une PME française du secteur
de l'économie sociale et solidaire

LUDIVINE ADLA ET VIRGINIE GALLEGRO-ROQUELAURE

HORS-THÈME / OTHER ISSUES

How Can the Organizing Work Involved in the
Joint Regulation of Lean Projects Promote an
Enabling Organization and Occupational Health?

SÉBASTIEN BRUÈRE, MARIE BELLEMARE AND SANDRINE CAROLY

L'effet du mentorat sur la réussite de carrière:
quelles différences entre hommes et femmes?

EMNA GARA BACH OUERDIAN, ADNANE MALEK ET NAJWA DALI

Expedited Arbitration:
A Study of Outcomes and Duration

SHANNON R. WEBB AND TERRY H. WAGAR

Prévenir les risques psychosociaux: une étude
des perceptions et des pratiques des employeurs

RAFAËL WEISSBRODT, MARC ARIAL, MAGGIE GRAF, TAREK BEN JEMIA,
CHRISTINE VILLARET D'ANNA ET DAVID GIAUQUE

INDUSTRIAL RELATIONS
QUARTERLY REVIEW

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

RI/IR EN LIGNE

RI/IR est disponible en ligne
sur le site Érudit :

www.erudit.org/revue/ri

Pour abonnement institutionnel,
contacter Érudit.

Pour consulter les règles de
publication ou vous abonner,
visitez notre site Internet :

www.riir.ulaval.ca

RI/IR ONLINE

RI/IR is available on line on
Érudit website at:

www.erudit.org/revue/ri

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

Visit our website for Notes to
contributors or to subscribe:

www.riir.ulaval.ca

**RELATIONS INDUSTRIELLES
INDUSTRIAL RELATIONS**

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

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

www.riir.ulaval.ca

BON DE COMMANDE / ORDER FORM / HOJA DE PEDIDO

TARIFS 2019

REVUE DE DROIT COMPARÉ
DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

(PAPIER) ISSN 2117-4350
(E-JOURNAL) ISSN 2262-9815

PAR AN

3 NUMÉROS PAPIERS (FRANÇAIS)
1 NNUMÉO ÉLECTRONIQUE (ANGLAIS)

COMPTRASEC
UMR 5114

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

Nom/Name/Nombre

Adresse/Address/Direcció

Code postal/Zip Code/Codigo postal Ville/City/Ciudad

Pays/Country/Pais

① / @

		Prix/Price/Precio
Abonnement Annuel Annual Subscrip- tion Suscripción anual	Revue Papier / Print Journal / Revista Impresa (3 n° en français / 3 issues in French / 3 números en francés)	105 €
	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 (3 n° en français & 1 n° en anglais/ 3 issues in French & 1 in English/ 3 números en francés & 1 en inglés)	145 €
Prix à l'unité Unit Price Precio unitario	Revue Papier / Print Journal/ Revista Impresa	40 €
	Revue électronique /E-Journal/Revista Electrónica	70 €
	Article / Journal article/Artículo	6 €
<i>Frais de port compris / Postal charges included / Gastos de envío incluidos</i>		
TVA VAT IVA	Livraison / Delivery/Entrega : 2,10% France / 1,05% DOM & Corse / 0% CEE & hors CEE	TOTAL

MODE DE RÈGLEMENT/MODE DE PAYMENT/FORMA DE PAGO

PAIEMENT EN LIGNE / ONLINE PAYMENT / PAGO EN LINEA
(Carte de crédit - Credit card - Tarjeta de credito)

CHÈQUE / CHEK
À libeller à l'ordre de / Make out to / A la orden de
Monsieur l'agent comptable de l'Université de Bordeaux

NB : Le paiement en ligne est à privilégier

Online payment is preferred / El pago en linea se prefiere

Date Signature

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

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



ABONNEMENT PERMANENT
PERMANENT SUBSCRIPTION
SUSCRIPCIÓN PERMANENTE



Dépôt légal : Juin 2018

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

