

ÉGALITÉ, INÉGALITÉS, DISCRIMINATIONS

ESSAI DE DIALOGUE INTERDISCIPLINAIRE DES SAVOIRS JURIDIQUES ET QUANTITATIFS

p. 6 AVANT-PROPOS de Jérôme Porta et Christophe Bergouignan

p. 12 Debbie Collier

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

p. 24 Supriya Routh

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

p. 36 Fábio Rodrigues Gomes et Roberto Fragale Filho

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

p. 48 Laurène Joly

L'égalité à l'aune du handicap

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

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

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

Les familles monoparentales immigrées : des familles doublement pénalisées ?

p. 84 Richard Marcoux

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

p. 90 Dominique Meurs

Mesurer les discriminations : les approches des économistes

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

THÉMATIQUE : OBLIGATIONS IMPLICITES DE L'EMPLOYEUR ET CRÉATION PRÉTORIENNE : DES EXEMPLES CONTRASTÉS EN DROIT COMPARÉ

p. 99 Allison Fiorentino

Elena Sychenko (Fédération de Russie)

Nanga Silue (Côte d'Ivoire)

Juan Pablo Mugnolo et Diego Ledesma Iturbide (Argentine)

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

p. 128 Afrique du Sud

p. 130 Algérie

p. 132 Argentine

p. 134 Australie

p. 136 Autriche

p. 138 Brésil

p. 140 Chili

p. 142 Colombie

p. 144 Espagne

p. 146 États-Unis

p. 148 Fédération de Russie

p. 150 France - DT

p. 152 France - DSS

p. 154 Grèce

p. 156 Italie

p. 158 Lituanie

p. 160 ONU

p. 162 Pays Bas

p. 164 République du Congo
(Congo-Brazzaville)

p. 166 Roumanie

p. 168 Royaume-Uni

p. 170 Serbie

p. 172 Slovénie

p. 174 Turquie

p. 176 Union Européenne - DPS

p. 178 Uruguay

**JURISPRUDENCE SOCIALE
COMPARÉE**

COORDONNÉE PAR
ALLISON FIORENTINO



OBLIGATIONS IMPLICITES DE L'EMPLOYEUR ET CRÉATION PRÉTORIENNE : DES EXEMPLES CONTRASTÉS EN DROIT COMPARÉ

ÉDITO

Le devoir implicite de l'employeur est un sujet doctrinal qui passionne certains auteurs. L'analyse de la jurisprudence et des moyens usés par les juges pour adopter ou rejeter l'existence d'un devoir implicite enthousiasme les universitaires qui n'hésitent pas à laisser déborder toute leur amertume face à une construction prétorienne qu'ils désapprouvent parfois. Ainsi, le Professeur Philippa Week a décrit l'évolution jurisprudentielle australienne en la matière de manière peu amène : « ...en fin de compte, cela ne révèle pas seulement la timidité des juges dans leur déférence à l'égard du législateur mais une abdication de leur responsabilité »¹. On peut également citer l'expression utilisée par le professeur Joellen Riley, grande spécialiste de la question², qui évoque « l'émascation » par la jurisprudence australienne du devoir implicite de confiance réciproque³.

De fait, le juge a parfois des réticences à utiliser les instruments fournis par le droit des obligations pour contraindre l'employeur à adopter un comportement plus loyal, parfois plus humain et respectueux des droits fondamentaux des salariés. L'exemple donné par la jurisprudence russe est assez significatif. Mme Elena Sychenko démontre que les tribunaux russes, bien que disposant de fondements textuels adéquats refusent de s'en servir pour contraindre l'employeur à protéger le salarié du harcèlement dans l'entreprise (I).

Toutefois, l'évolution jurisprudentielle serait à l'accroissement de ces devoirs implicites ainsi qu'en témoigne tout d'abord l'article du professeur ivoirien Nanga Silué. Bien qu'insistant sur la timidité du juge en la matière, cet auteur lui reconnaît la paternité d'obligations implicites telles que celles de sécurité, de courtoisie ou visant à rendre possible le maintien des relations de travail (II).

En outre, d'autres juridictions n'ont pas hésité à se saisir de dispositions légales relatives à des problèmes de fond, tels que le droit syndical ou la santé et la sécurité sur le lieu de travail, pour renforcer les obligations de l'employeur en la matière. Le travail des professeurs argentins Juan Pablo Mugnolo et Diego Ledesma Iturbide illustre cette attitude prétorienne (III). Enfin, le lecteur est invité à prendre connaissance de l'article de Mme Allison Fiorentino relatif à la jurisprudence britannique qui, dès les années 1970, a imposé aux employeurs (et aux salariés) un devoir implicite de confiance réciproque (IV).

¹ « (...) at the end it reveals not just timidity in the judges' deference to the legislature, but an abdication of responsibility ». P. Weeks, « *Employment Law—a Test of Coherence Between Statute and Common Law* », in Suzanne Corcoran et Stephen Bottomley (eds), *Interpreting Statutes*, Federation Press, 2005, p. 167.

² J. Riley, « Mutual Trust and Good Faith: Can Private Contract Law Guarantee Fair Dealing in the Workplace? », *Australian Journal of Labour Law* 2003, vol. 16, n°1, pp. 28-49; « The Boundaries of Mutual Trust and Good Faith », *Australian Journal of Labour Law*, 2009, vol. 22, n°1, pp. 73-86; « Siblings but not Twins: Making Sense of 'Mutual Trust' and 'Good Faith' in Employment Contracts », *Melbourne University Law Review* 2012, vol. 36, n°2, pp. 521-552; « Mutual Trust and Confidence on Trial: At Last », *Sydney Law Review* 2014, vol. 36, n°1, pp. 151-167.

³ J. Riley, « Uneasy or accommodating bedfellows? Common law and statute in employment regulation », Philippa Weeks Lecture in Labour Law, ANU College of Law, Australian National University, Canberra, mercredi 25 septembre 2013, <http://www.labourlawresearch.net/sites/default/files/papers/Bedfellows.pdf> (accès le 12. 09.2015)

ALLISON FIORENTINO

Maître de Conférences à l'Université de Clermont-Ferrand
Centre de recherche Michel de L'Hospital (EA 4232)

LE DEVOIR IMPLICITE DE CONFIANCE RÉCIPROQUE EN DROIT BRITANNIQUE : UN EXEMPLE DE CRÉATION PRÉTORIENNE

La doctrine britannique est en verve lorsqu'elle évoque le devoir de confiance réciproque. Il a été décrit comme « occupant une place centrale en droit du contrat de travail », « indubitablement le plus puissant des engins de mouvement du droit moderne des contrats de travail »² ou encore « la pierre angulaire de la construction juridique du contrat de travail »³. Nombre de célèbres universitaires lui ont consacré un voire des articles⁴ se faisant l'écho de l'intérêt prétorien pour ce devoir de confiance réciproque.

« Découvert » par la jurisprudence pour la première fois en 1978, le devoir de confiance réciproque impose à l'employeur une certaine loyauté dans l'exécution du contrat de travail. Lors d'un contentieux opposant les parties au contrat, le juge britannique scrute toutes les circonstances de l'affaire pour en déduire si l'employeur a manqué à ce devoir. L'analyse de la jurisprudence met en lumière la volonté du juge de sanctionner un employeur qui rend impossible l'exécution paisible du contrat. Cette démarche prétorienne de « découverte » d'obligation implicite n'est pas récente car dès 1938 une cour britannique décidait que tout contrat de travail implique le devoir de prendre soin de la santé et de la sécurité du salarié⁵.

Le juge britannique entend pallier une carence du législateur qui a omis d'imposer un nécessaire respect mutuel lors de l'exécution du contrat de travail. La relation dans une entreprise n'est pas comparable aux rapports pouvant exister entre deux partenaires contractuels d'égale importance qui ne se côtoient pas tous les jours. L'exécution quotidienne d'une

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

² M. Freedland, *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, 2003, p. 166.

³ H. Collins, *Employment Law*, Oxford University Press, 2003, p. 104.

⁴ 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.

⁵ *Wilson & Clyde Coal Co. Ltd v English* [1938] AC 57. Ce faisant la Chambre des Lords avait décidé de mettre un terme à une ancienne règle prétorienne relative à la responsabilité de l'employeur « *common employment doctrine* » qui permettait à ce dernier de se dédouaner lorsqu'il avait délégué à un autre salarié de l'entreprise le soin de s'occuper de la santé des autres salariés. Par ce revirement de jurisprudence, la Chambre des Lords imposait désormais à l'employeur d'assumer civilement les conséquences pécuniaires des dommages occasionnés par sa négligence lorsqu'un des salariés subissait un accident. D. Cabrelli, *Employment law in context*, Oxford University Press, 2014, pp. 174-177.

prestation de travail nécessite un minimum de sérénité. Ne disposant pas d'un fondement textuel⁶, les magistrats britanniques ont dû recourir à la technique de la « découverte » d'obligation implicite lorsqu'ils furent confrontés à des situations dans lesquelles l'employeur, par ses actions ou omissions, s'opposait à la poursuite paisible du lien contractuel.

Il convient d'examiner les circonstances qui ont présidé à la naissance puis la consécration prétorienne de ce devoir (I), donner quelques exemples (II) et terminer par rappeler que ce devoir est réciproque et que parfois son inobservation peut également être reprochée au salarié (III).

I - La progressive consécration prétorienne du devoir de confiance réciproque

Les professeurs Freedland et Kountouris notaient en 2011 que le droit anglais du travail tend à être perçu comme un droit de plus en plus spécifique⁷. Cette spécialisation de la relation de travail, amorcée par le juge il y a plus de trente ans, a différentes implications dont la plus éclatante est la « découverte » par le juge britannique d'une obligation de confiance réciproque dans tous les contrats de travail⁸.

La première décision qui mentionne un tel devoir implicite date de 1978⁹. Le demandeur était un salarié présent dans l'entreprise depuis 18 ans. Sa nature susceptible et irritable était notoirement connue. Il eut un jour une altercation avec son supérieur hiérarchique qui lui dit publiquement qu'il était incapable de faire correctement son travail. Outragé par cette accusation, le salarié présenta sur le champ sa démission qui fut bien vite acceptée. Peu de temps plus tard, il demanda des indemnités pour licenciement injustifié (*unfair dismissal*).

Cela lui était possible dans la mesure où la définition du licenciement donnée par le législateur britannique englobe les situations dans lesquelles le salarié a l'initiative de la rupture en raison de l'attitude de l'employeur. Cette catégorie de rupture est qualifiée non de démission mais de « *constructive dismissal* »¹⁰. En quelque sorte le législateur britannique a évité au juge de créer la notion de « prise d'acte de la rupture », ce qu'a dû faire le juge français.

Confrontés à cette affaire, les magistrats ne pouvaient donner gain de cause au salarié que dans l'hypothèse où l'employeur avait gravement méconnu l'une des stipulations contractuelles. Or aucune stipulation expresse n'avait été enfreinte. Le second temps du raisonnement prétorien fut de se questionner sur l'existence d'un éventuel devoir implicite. Selon les termes de l'arrêt, un tel devoir ne pouvait être reconnu que dans la mesure où il était nécessaire à la validité du contrat. Il ne s'agissait donc pas, dans l'esprit du juge, d'un devoir accessoire mais d'un fondement du lien contractuel sans lequel aucun contrat de travail ne pouvait exister. La Cour¹¹ conclut à la méconnaissance, en l'espèce, d'un tel devoir qu'il baptisa : « devoir de confiance réciproque » (*implied term of mutual trust and confidence*). Ce dernier fut défini de la sorte : « Les employeurs ne devraient pas, sans motif raisonnable et approprié, se conduire de manière qui a pour objet ou pour effet vraisemblable de détruire ou de gravement endommager la relation de confiance entre les parties »¹².

L'employeur ayant connaissance du tempérament du salarié, il ne pouvait raisonnablement croire que cette démission donnée à la suite de l'altercation était réellement voulue. Accepter une telle démission était une inobservation de son obligation de confiance réciproque. Cette décision implique une analyse quelque peu subjective de la relation de travail car le juge doit prendre en considération plusieurs paramètres dont le caractère du salarié.

⁶ Tel que le devoir de bonne foi prévu à l'article L 1222-1 du Code du travail.

⁷ M. Freedland, N. Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2011, p. 185.

⁸ D. Brodie, « Fair dealing and the world of work », *Industrial Law Journal* 2014, vol. 43, n°1, pp. 29-51, spéc. pp. 31-33.

⁹ *Courtaulds Northern Textiles Ltd v Andrew*, [1979] IRLR 84.

¹⁰ Cette définition figure aujourd'hui à l'article 95(1)(c) de la loi *Employment Rights Act* 1996.

¹¹ En l'espèce, l'*Employment Appeal Tribunal*.

¹² "The employers would not, without reasonable and proper cause, conduct themselves in a manner calculated or likely to destroy or seriously damage the relationship of confidence and trust between the parties".

L'arrêt de 1978 fut le point de départ d'une jurisprudence florissante¹³. Quelques temps plus tard, en 1982, il reçut une consécration prétorienne par la *Court of Appeal*¹⁴. Bien que le juge ne reconnaisse pas, en l'espèce, la méconnaissance d'une obligation de confiance, l'existence théorique de ce devoir ne fut pas remise en question. L'affirmation prétorienne du *mutual trust and confidence* ne s'est pas arrêtée en si bon chemin car le juge fut confronté à d'autres questions suscitées par sa reconnaissance.

Ainsi dans une décision d'avril 1985¹⁵, un tribunal dû résoudre le problème de l'indemnisation qui devait être versée dans l'hypothèse d'une méconnaissance de ce devoir. Jusqu'alors les seules décisions qui l'avaient évoqué au soutien de leur solution ne concernaient que l'hypothèse du salarié licencié qui s'estime victime d'une inobservation de ce devoir. Le juge devait donc déterminer si cette obligation était autonome et si sa violation générait une obligation de réparation. Le requérant, un chirurgien orthopédiste, avait été suspendu par son employeur (un hôpital), en raison de son refus de se soumettre à un examen psychiatrique. Celui-ci lui avait été imposé en raison d'une correspondance qu'il avait envoyé à l'un de ses collègues critiquant la qualité des articles de recherche publiés par un autre chirurgien de l'hôpital.

S'estimant injurié par ce test psychiatrique qui remettait en cause son équilibre mental et qui avait eu des répercussions en termes de réputation professionnelle, le demandeur démissionna et demanda des dommages et intérêts pour violation du devoir de confiance réciproque. La *Court of Appeal* lui donna gain de cause en considérant que cette exigence de l'employeur et la suspension consécutive au refus étaient outrageuses et que le défendeur avait méconnu le devoir susmentionné. Enfin, la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire¹⁶ reconnut expressément l'existence d'un tel devoir, lui conférant dès lors une existence prétorienne indiscutable. Dans l'affaire *Mahmud and Malik v BCCI*¹⁷ de 1997, les anciens cadres d'une banque demandèrent réparation à cette dernière du préjudice causé par ses démarches frauduleuses. La défenderesse avait fait faillite après de graves malversations financières qui avaient rencontré un certain écho dans la presse et avait licencié les requérants. Ces derniers faisaient valoir leurs difficultés à retrouver un emploi en raison de l'opprobre attachée à leur qualité d'ancien salarié de cette banque. La Chambre des Lords accueillit leur demande et leur accorda des dommages et intérêts pour compenser le préjudice professionnel résultant du scandale qui avait éclaboussé leur réputation et atteint leur crédibilité.

II - Un devoir susceptible de multiples applications

Ce devoir de confiance réciproque ne doit pas être interprété de manière trop large. Il ne s'agit ni d'un équivalent anglais au devoir de bonne foi, ni même d'une obligation d'agir de manière raisonnable¹⁸. Le juge prend en considération un acte particulier de l'employeur et détermine si cette attitude a eu pour conséquence d'endommager la confiance réciproque entre les partenaires au contrat de travail compte tenu de plusieurs facteurs : l'environnement professionnel, l'attitude habituelle du salarié... De nombreuses décisions ont conclu à la méconnaissance du devoir de confiance réciproque.

¹³ Ce devoir de confiance réciproque est passé à la postérité comme la création géniale de la cour qui a rendu cet arrêt. En réalité, le magistrat qui présidait l'*Employment Appeal Tribunal* avait longtemps officié dans une chambre spécialement compétente en matière de droit de la famille (Mr Justice Arnold). L'idée de la création de ce devoir implicite fut soufflée au juge par l'avocat du demandeur, Ian Hunter, aujourd'hui célèbre arbitre en matière commerciale. F. Reynold, « Bad behaviour and the implied term of mutual trust and confidence: is there a problem? », *Industrial Law Journal* 2015, vol. 44, n°2, pp. 262-269, spéc. p. 264.

¹⁴ *Woods v WM Car Services (Peterborough) Ltd* [1982] ICR 693. Cette juridiction n'est en rien comparable à une cour d'appel française. Il s'agit d'une juridiction supérieure qui statue sur les appels en droit des décisions rendues par l'*Employment Appeal Tribunal*. Il n'existe qu'une seule *Court of Appeal* pour l'Angleterre et le Pays de Galles.

¹⁵ *Bliss v S. E. Thames Regional Health Authority*, [1985] IRLR 308, [1987] ICR 700.

¹⁶ Jusqu'à la réforme opérée par loi *Constitutional Act 2005* il s'agissait de la Chambre des Lords. Depuis il s'agit de la *Supreme Court*.

¹⁷ *Mahmud and Malik v BCCI* [1997] ICR 606.

¹⁸ D. Cabrelli, « The hierarchy of differing behavioural standards of review in labour law », *Industrial Law Journal*, 2011, vol. 40, n°2, pp. 146-180, spéc. p. 152.

Quelques illustrations peuvent être données en exemple¹⁹ :

- La suspension injustifiée.

Suspendre une salariée, employée dans un centre d'accueil pour personnes en difficultés, en invoquant une accusation d'attouchements sexuels sur la simple parole de la supposée victime peut caractériser un manquement au devoir de confiance réciproque. Ainsi dans l'arrêt *Gogay v Herts*²⁰, le juge a reproché à l'employeur d'avoir pris en considération seulement la plainte de la victime sans même écouter la salariée qui avait été profondément blessée d'être suspendue (sans solde) pour une telle accusation qui se révéla fausse par la suite.

- Faire subir des pressions afin de contraindre le salarié à démissionner.

L'arrêt *Billington v Michael Hunter & Sons Ltd*²¹ n'est que l'une des multiples illustrations en la matière. L'employeur avait convoqué un salarié en le menaçant de licenciement disciplinaire s'il ne démissionnait pas. L'employeur invoquait de vagues accusations et l'incitait à choisir la « voie consensuelle » de la démission. Une telle attitude est de nature à détruire toute relation de confiance entre les parties au contrat de travail.

- Utiliser un langage offensant.

L'une des applications les plus fréquemment rencontrées en jurisprudence est l'usage par l'employeur de paroles blessantes ou humiliantes principalement en public. L'employeur méconnaît ce devoir non seulement lorsqu'il emploie un langage ordurier mais également lorsque ses paroles mettent en cause une qualité essentielle du salarié. Ainsi dans l'arrêt *Hilton v Shiner Builders Merchants*²², un salarié d'une ancienneté supérieure à 20 ans se vit reprocher d'oublier d'établir des factures pour les objets vendus. Obnubilé par la vente, il s'appliquait à séduire les clients, encaissait l'argent mais oubliait souvent d'établir la facture. Irrités, ses employeurs lui signifièrent un changement de poste au motif « qu'il était incapable d'occuper un poste de confiance ». Blessé par cette assertion, le salarié en demanda réparation au juge qui lui donna gain de cause. En effet, le salarié n'avait jamais été fautif de la moindre malhonnêteté et lui interdire un poste de confiance insultait sa probité.

- Ne pas suffisamment prendre en compte l'équilibre psychologique de ses salariés.

Présentée de la sorte, cette illustration pourrait conduire à penser que l'employeur est débiteur d'une forme très large d'obligation de veiller à la bonne ambiance dans les locaux de l'entreprise. Il n'en est rien. Cette expression recouvre seulement quelques situations très particulières dans lesquelles un salarié se trouve confronté à une atmosphère oppressante de travail sans pouvoir faire valoir l'existence d'un harcèlement. À titre d'exemple, on peut citer l'arrêt *Nixon v Coates*²³ de 2010. Une salariée enceinte avait été contrainte par son employeur, après une absence, à retourner travailler dans un bureau occupé par des salariés qui répandaient avec médisance des rumeurs quant à la paternité de l'enfant attendu. La salariée éprouvée par cette ambiance délétère, et fatiguée par une grossesse pénible, quitta son emploi et demanda des indemnités pour licenciement injustifié en arguant d'un harcèlement et d'un manquement par l'employeur à son devoir de confiance réciproque. Si le premier fondement de la demande fut écarté par le juge, ce dernier accueillit la demande au titre du second fondement.

Un autre exemple peut être trouvé dans l'arrêt *Bailey v Alexander House Agencies Ltd*²⁴ de 2011. Une salariée eut une altercation avec un collègue masculin. Ce dernier la menaça verbalement et physiquement. Sans pour autant être violent, il fut extrêmement intimidant pour la salariée qui éclata en sanglots et en fut tellement troublée qu'elle obtint un arrêt de travail par son médecin le jour même. Elle informa immédiatement l'employeur de cet incident. Il ne prêta aucune atten-

¹⁹ Cette liste n'est en rien exhaustive.

²⁰ [2000] I.R.L.R. 703

²¹ [2003] UKEAT 0578 03 1610

²² *Hilton v Shiner Builders Merchants* [2001] IRLR 727

²³ *Nixon v Coates* [2010] (UKEAT/0108/10/ZT)

²⁴ *Bailey v Alexander House Agencies Ltd* [2011] (UKEAT/0181/10/DM)

tion à la plainte de la salariée et contraint celle-ci à retourner travailler avec son collègue violent. Sa crainte était cependant tellement forte qu'elle renonça à venir travailler et quitta l'entreprise. Là encore, le juge reprocha à l'employeur de ne pas avoir pris en considération l'équilibre psychologique de la salariée qui était réellement terrorisée.

Le juge prend en considération tous les faits de l'espèce. Par conséquent, dans certaines affaires, il sera plus prompt à reprocher à un employeur un manquement à ce devoir lorsque le salarié est dans un état de vulnérabilité psychologique. Ainsi dans une décision de 2013²⁵, l'*Employment Appeal Tribunal* constata la méconnaissance du devoir de confiance réciproque lorsqu'un employeur refusa d'accorder à une salariée le droit d'être accompagnée lors d'un entretien avec son supérieur hiérarchique. Il ne s'agissait nullement d'un entretien disciplinaire pour lequel l'assistance par un autre salarié ou un représentant syndical est en principe obligatoire²⁶.

L'employeur n'était donc pas légalement tenu d'accéder à cette requête. Cela étant la salariée était extrêmement anxieuse à l'idée de cet entretien. Elle rentrait d'une longue absence maladie et avait fait valoir auprès de son employeur ses angoisses en sollicitant cet accompagnement. Elle avait déposé des requêtes réitérées et avait même produit un certificat de son médecin traitant attestant que la simple idée de se rendre seule à cet entretien l'angoissait. L'employeur passa outre et le juge décida que cette attitude manageriale brisait la confiance entre les parties au contrat. L'employeur aurait dû accéder à cette demande qui n'était pas un simple caprice.

III - La réciprocité du devoir

Ainsi que son nom l'indique ce devoir incombe aux deux parties. Il en résulte que même si le débiteur le plus fréquemment actionné devant les juges est l'employeur, cela peut également être le salarié. Dès lors que ce dernier méconnaît cette obligation il peut être licencié. La jurisprudence admet dans certains cas le renvoi sans préavis lorsque le manquement du salarié a gravement endommagé l'image de marque de l'entreprise.

Dans une décision d'octobre 2010²⁷, un tribunal de première instance (*employment tribunal*) trancha en faveur de l'employeur en raison de l'attitude ubuesque du salarié qui, par ses plaisanteries d'un goût discutable, avait jeté le discrédit sur l'entreprise. Le directeur d'un pub prestigieux était jusqu'alors un salarié estimé. Un jour il se laissa filmer par des caméras de la télévision nationale, sur son lieu de travail. Il s'était inséré dans une grosse poubelle que l'une de ses collègues féminines poussait et dont elle le fit tomber. Légèrement blessé, le salarié fut immédiatement consolé par sa collègue qui employa devant la caméra (et un public hilare) des gestes très « affectueux » sur certaines parties intimes de son anatomie, ce dont le salarié ne se plaignit nullement. Cette incartade ne fut pas jugée du meilleur goût par son employeur qui dû subir les sarcasmes de plusieurs de ses clients adeptes de réseaux sociaux.

Le salarié fut licencié sans préavis et cette sanction fut jugée justifiée par le tribunal qui considéra que l'incident avait fortement nui à la relation de confiance qui doit exister entre les parties au contrat. Le salarié étant l'unique fautif de cette dégradation son congédiement immédiat était une mesure appropriée.

La conséquence du non respect de ce devoir par le salarié n'est pas nécessairement un licenciement. Cela peut également se traduire par d'autres mesures. Un exemple plus récent en est donné dans un arrêt du 23 octobre 2014²⁸. Le salarié d'une société de courtage bénéficiait d'un salaire très élevé mais, en raison de sa position très sensible dans l'entreprise, son employeur avait exigé de lui un préavis de démission d'une durée de 12 mois. Mécontent de son poste, le salarié notifia à son employeur la rupture immédiate de son contrat de travail et en dépit des injonctions de l'employeur

²⁵ *Saint Francis Hospice v Burn* [2013] (UKEAT/0486/12/BA)

²⁶ *Employment Rights Act 1999*, art. 10.

²⁷ *Adamson v Mitchells & Butlers Retail Ltd ET/1502919/09*

²⁸ *Sunrise Brokers LLP v Rodgers* [2014] EWCA Civ 1373; D. Cabrelli, « The mutuality and enforceability of the employment contract: Sunrise Brokers LLP v Rodgers », *Edinburgh Law Review*, 2015, vol. 19, n°2, pp. 280-284

qui le sommèrent de revenir travailler, il contracta avec un tiers et exerça le même emploi dans une société concurrente. L'ancien employeur agit alors en justice afin d'obtenir une injonction lui interdisant de travailler pour un concurrent durant toute la période du préavis.

L'employeur, d'une part, ne payait plus le salarié mais, d'un autre côté, souhaitait également que ce dernier ne puisse pas trouver de travail chez un concurrent. Le salarié perdait toute source de revenu. Pour autant le juge britannique donna gain de cause à l'employeur en reconnaissant que l'attitude du salarié traduisait une méconnaissance flagrante de son devoir de confiance réciproque. Toutefois, là encore, la Cour fut attentive aux circonstances de l'affaire. Le salarié bénéficiait d'une position sociale élevée et d'un patrimoine qui le mettait à l'abri de la misère en dépit de l'interdiction de travailler chez un concurrent. En outre, il était illusoire, compte tenu de la méconnaissance du devoir de confiance réciproque d'espérer que le salarié revienne travailler chez son ancien employeur.

Conclusion

Le devoir de confiance réciproque est l'une des créations prétorienne les plus remarquables du droit du travail britannique. À l'instar du juge français qui a « découvert » une obligation de sécurité de résultat dans les célèbres arrêts « amiante » du 28 février 2002²⁹, les magistrats britanniques ont usé de la notion « d'obligation implicite » pour contraindre l'employeur à agir de manière plus loyale. Bien qu'il n'existe pas d'équivalent au Royaume-Uni de l'article 1135 du Code civil³⁰, le juge a sagement décidé, dans le cadre du pouvoir qui lui est imparti, qu'il lui appartient parfois de réparer les oublis à la fois du législateur et des parties au contrat. Un tiers impartial est parfois nécessaire pour rééquilibrer la relation conventionnelle afin que le lien contractuel ne se change pas en chaîne au détriment de la partie la plus vulnérable.

²⁹ Cass. soc., 28 février 2002, no 99-17.201, no 00-13.181, no 00-13.174, no 00-13.175, no 00-13.176, etc.

³⁰ « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

ELENA SYCHENKO

Université de Catane

LES OBLIGATIONS IMPLICITES DES EMPLOYEURS EN RUSSIE : JURISPRUDENCE ET DÉVELOPPEMENT POTENTIEL

Les obligations implicites de l'employeur sont définies depuis des siècles par les juges de droit commun¹. On les conçoit traditionnellement comme étant des créations judiciaires relatives aux obligations essentielles des relations de travail². Le droit russe est un droit de tradition civiliste et le précédent ne constitue donc pas une source de droit. Contrairement aux universitaires européens³, les chercheurs russes n'ont jamais analysé les obligations implicites de l'employeur. Leur manque d'intérêt pour ce sujet peut s'expliquer par un manque de données disponibles pour conduire une telle recherche. Le droit du travail russe, successeur du droit du travail soviétique, dispose traditionnellement d'une abondance de lois dictant les droits et devoirs des parties dans le cadre de la relation de travail et peu de place est faite à l'activisme des juges dans ce domaine. Néanmoins, les chercheurs ont noté des évolutions significatives au cours de ces dernières années vis-à-vis de la création du droit par les tribunaux⁴. Ces évolutions ont eu certaines répercussions sur le droit du travail et ont conduit à l'émergence d'obligations implicites de l'employeur, bien que cette notion ne soit pas utilisée en Russie. Cet article analysera principalement les positions de la Cour suprême et de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie qui ont fait apparaître des obligations implicites de l'employeur en Russie (I). La deuxième partie évaluera le potentiel de développement de l'activisme des juges dans ce domaine (II).

I - Les obligations implicites élaborées par les juridictions supérieures

La Cour suprême de la Fédération de Russie est la plus haute instance de règlement des litiges du travail et elle supervise l'activité des juridictions inférieures qui se doivent de respecter ses positions. Une des obligations implicites de l'employeur découverte par la Cour suprême concerne le calcul du salaire minimum. Les dispositions du Code du travail russe disposent que le salaire minimum est le montant qui doit être versé pour un travail à plein temps. Selon le Code, ce salaire inclut les indemnités (primes et indemnités accordées pour des conditions de travail qui s'écartent de la norme) et

¹ H. Collins, "Contractual Autonomy" in A. Bogg, C. Costello, ACL Davies, J. Prassl, eds., *The Autonomy of Labour Law*, Bloomsbury Publishing, 2015 (45-72):60.

² Napier, 'Judicial Attitudes to the Employment Relationship' (1977) 6 *Industrial Law Journal* 1, cité dans H. Collins, K. Ewing, A. McColgan, *Labour Law*. Cambridge University Press, 2012, p. 96.

³ G. Lyon-Caen, « L'obligation implicite », *Arch. phil. droit* 44 (2000) p. 109-113. Disponible sur : www.philosophie-droit.asso.fr/APD-pourweb/154.pdf (accès 10.08.2015); H. Collins, "Implied Duty to Give Information During Performance of Contracts." *The Modern Law Review* 55.4 (1992): 556-562; D. Cabrelli, "The Implied Duty of Mutual Trust and Confidence: An Emerging Overarching Principle?." *Industrial Law Journal* 34.4 (2005): 284-307.

⁴ P. B. Maggs, O. Schwartz, W. Burnham, *Law and Legal System of the Russian Federation*, Sixth Edition. Juris Publishing, 2015, p. 18 ; N.A Rogozhin, *Judicial precedent and its role in the legal regulation of business activities*, Wolters Kluwer Russie, 2004.

les primes d'intéressement (bonus et augmentations pour stimuler la performance et autres incitations)⁵. La loi ne précise pas si le montant du salaire minimum doit inclure ces rémunérations supplémentaires ou si elles doivent être ajoutées au salaire minimum. La Cour suprême, dans sa revue de la jurisprudence du quatrième trimestre de 2009, explique que les primes et les indemnités ne doivent pas être incluses dans le calcul du salaire minimum. Ainsi, la Cour a introduit une obligation implicite de l'employeur consistant à verser le salaire minimum et les rémunérations supplémentaires aux salariés qui y ont droit.

Cette interprétation de la Cour suprême a été particulièrement importante pour les salariés du secteur public qui attendaient une augmentation des salaires en vertu de cette décision. Des milliers de personnes dans toute la Russie ont saisi la justice, demandant un nouveau calcul de leur salaire alors que les employeurs (des organismes publics) avaient diminué les salaires en intégrant les primes dans le montant du salaire minimum⁶. Leurs requêtes ont cependant été rejetées car dès juin 2010, la Cour suprême est revenue sur son interprétation des dispositions du Code du travail⁷.

En 2011, la Cour suprême a adopté une interprétation moins courageuse de l'obligation de verser un salaire minimum, qui ne concernait plus que les indemnités pour le travail dans le Grand Nord. Selon l'article 315 du Code du travail, le salaire des salariés qui travaillent dans le Grand Nord et dans des zones équivalentes doit être majoré par le biais de coefficients régionaux et doit intégrer des suppléments de rémunération. Les employeurs avaient plutôt tendance à interpréter les normes trop vagues en leur faveur, se mettant ainsi à verser aux salariés qui travaillaient dans des conditions climatiques défavorables, telles que celles du Grand Nord ou des régions équivalentes, un salaire minimum égal à celui des salariés travaillant dans des conditions climatiques normales⁸.

La Cour suprême a précisé que les rémunérations supplémentaires pour le travail dans le Grand Nord et dans des zones équivalentes sont de nature compensatoire et doivent être payées en plus du salaire minimum⁹. Cette interprétation a ensuite été adoptée par les tribunaux locaux qui ont reconnu l'obligation de l'employeur de verser un salaire minimum ainsi que les indemnités¹⁰. Les journalistes remarquent que l'application de cette obligation augmentera le salaire d'environ 500 000 salariés des entreprises publiques¹¹.

L'émergence d'une autre obligation implicite de l'employeur est aussi due aux lacunes des normes statutaires. L'article 142 du Code du travail dispose qu'en cas de non-versement d'une rémunération pendant plus de 15 jours, un salarié a le droit d'arrêter de travailler jusqu'au versement du montant dû. Mais, il n'aborde pas la question de la rémunération en période de chômage technique. La Cour suprême a indiqué que l'employeur était obligé de rémunérer le salarié tout au long de la période de chômage technique sur la base du salaire moyen¹². Cette position judiciaire de la Cour suprême est essentielle. La reconnaissance légale de l'obligation de l'employeur de payer un salaire moyen pendant la durée d'inac-

⁵ S. Golovina, "The Harmonization of Labour Legislation in Former Soviet Union States" in V. Lebedev, E. Radevich, eds., *Labour Law in Russia: Recent Developments and New Challenges*. Cambridge Scholars Publishing, 2014, p. 59.

⁶ Teterina T.V. *Justice in employment disputes: the problem of determining the minimum wage to workers of the North* (*Pravosudiye po trudovym delam: problemy opredeleniya minimal'nogo razmera zarabotnoy platy rabotnikam Severa*) "Rossiyskiy sud'ya", 2013, N 10.

⁷ Revue de la législation et des pratiques judiciaires de la Cour suprême pour le premier trimestre 2010 (approuvé par la Résolution du Présidium de la Cour suprême de la Fédération de Russie, adoptée le 16.06.10).

⁸ Teterina T.V. *Justice in employment disputes: the problem of determining the minimum wage to workers of the North* (*Pravosudiye po trudovym delam: problemy opredeleniya minimal'nogo razmera zarabotnoy platy rabotnikam Severa*) "Rossiyskiy sud'ya", 2013, N 10.

⁹ Décision de la Cour suprême 3-V11-31, adoptée le 07.10.2011 ; Révision de la jurisprudence de la Cour suprême de Russie concernant les lois sur les relations au travail dans le Grand Nord et dans les zones équivalentes (26 février 2014).

¹⁰ Voir la décision du tribunal de Tungussko-Chunskii de la région de Krasnoyarsk N 2-117/2014, adoptée le 24 juin 2014 ; Décision du tribunal de Gazimuro-Zavodsky de la région Trans-Baikal N2-192/2014, adoptée le 17 juin 2014.

¹¹ D. Nikolaeva, *Northern additional payments should be calculated above the minimum wage* (*Severnyye nadbavki ukazali rasschityvat' sverkh MROT*). 28.11.2011. Disponible sur : <http://www.kommersant.ru/doc/1755914> (accès le 10.08.2015).

¹² Revue de la législation et des pratiques judiciaires de la Cour suprême pour le quatrième trimestre 2009 ; voir aussi Décision de la Cour suprême de Russie N 5-V11-15, adoptée le 01.04.2011.

tivité fournira à de nombreux salariés un moyen supplémentaire de protéger leurs droits à la rémunération. Selon les données officielles, en juillet 2015, 116 000 salariés n'ont pas été payés dans les délais¹³.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie a aussi contribué au développement des obligations implicites de l'employeur. La Cour constitutionnelle a le pouvoir de juger de la conformité de certaines dispositions légales à la Constitution, révélant ainsi le sens constitutionnel de ces dispositions. Ses interprétations engagent tout le gouvernement et constituent ainsi un outil plus efficace pour la protection des droits des salariés.

En 2012, la Cour constitutionnelle a exposé les grandes lignes d'une obligation implicite de l'employeur. Dans une affaire portée devant la Cour par Mme Trunova, les juges ont dû examiner la constitutionnalité de l'article 325 du Code du travail. Conformément à ses dispositions, les salariés qui travaillent dans le Grand Nord et dans les zones équivalentes ont droit à l'indemnisation des frais de transport (billets aller-retour et le transport des bagages vers leur destination en période de congés). En ce qui concerne les salariés du privé, le Code du travail édicte que les conditions d'indemnisation doivent être définies dans la convention collective ou dans le contrat de travail. À défaut, les Cours avaient tendance à rejeter les requêtes des salariés visant à obtenir le remboursement des frais de transport. La Cour constitutionnelle a examiné ces dispositions au regard de la Constitution et en a conclu que l'article 325 devait être interprété comme obligeant les employeurs privés à intégrer l'indemnisation des frais de transport dans les stipulations du contrat de travail ou de la convention collective¹⁴. Cette interprétation a largement servi de référence aux juridictions inférieures saisies dans des affaires similaires¹⁵ et a considérablement contribué à la protection des droits des salariés car en l'absence de telles stipulations, l'employeur est obligé de verser les frais de transport selon les conditions prévues pour les salariés du secteur public¹⁶.

La jurisprudence des juridictions supérieures russes démontre que la découverte de l'existence d'obligations supplémentaires de l'employeur, en plus de celles prévues par la loi, n'est pas une caractéristique de la Russie. Les tribunaux ont tendance à élaborer de telles obligations dans les rares affaires où les dispositions légales manquent de précision, afin de combler certaines lacunes de la loi.

II – Le développement potentiel des obligations implicites des employeurs russes

L'expérience européenne montre que l'activisme des juges dans ce domaine pourrait largement améliorer la protection des droits des salariés, en particulier en matière de santé et de sécurité au travail¹⁷. L'étude de l'approche italienne de la protection des salariés face au harcèlement moral nous pousse à nous demander si une telle évolution jurisprudentielle pourrait être possible en Russie. Nous évoquerons rapidement la jurisprudence italienne sur ce sujet puis on présentera des possibilités de reconnaissance du devoir implicite de l'employeur de protéger les salariés du harcèlement moral en Russie.

¹³ Voir le Statistical Bulletin of Federal State Statistics Service. Overdue debts in respect of wages. 01.07.2015. Disponible sur : http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/publications/catalog/doc_1237983568234 [accès le 12.08.2015].

¹⁴ Décision de la Cour constitutionnelle de Russie N 2-P, adoptée le 9 février 2012.

¹⁵ Décision du tribunal de Petropavlovsk - Kamchatsky du Kamchatka 2-9155 / 13, adoptée le 24 octobre 2013; Décision du tribunal de Raduzhinsky du district autonome des Khantys-Mansis — Iougra adoptée le 12 novembre 2014 ; Décision de la cour régionale d'Irkoutsk 33-7420/13, adoptée le 13 septembre 2013 (Cour d'appel).

¹⁶ Cette obligation implicite a été reconnue par le législateur en 2014, voir la loi fédérale N 50-FZ, adoptée le 02.04.2014, texte disponible sur : <http://www.kremlin.ru/acts/bank/38278> [accès le 12.08.2015].

¹⁷ Citons à ce titre "l'obligation de sécurité de résultat" française, développée par la jurisprudence nationale. Voir Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 01-41.220. V.; R. Vatinet, « En marge des « affaires de l'amiante », l'obligation de sécurité du salarié », *Dr. soc.*, 2002, p. 533; M. Babin, *Santé et sécurité au travail*. Wolters Kluwer France, 2011, p. 107-110.

A. L'approche italienne en matière de protection des salariés contre le harcèlement moral, en l'absence de dispositions légales, a été développée par les tribunaux qui se sont fondés sur une interprétation large de l'article 2087 du Code civil italien¹⁸. Cet article confère aux salariés le droit à la dignité et oblige les employeurs à protéger l'intégrité physique et morale du salarié. Les tribunaux italiens se réfèrent à cet article dans les affaires liées à la protection du salarié contre des comportements offensants ou humiliants lorsque le mécanisme anti-discrimination n'est pas applicable. Dans ces cas-là, le salarié italien peut dénoncer l'inaptitude de l'employeur à assurer sa protection puisque les tribunaux ont élaboré l'obligation implicite de protection des salariés contre le harcèlement moral. En l'absence d'une définition légale de cette notion, elle a été définie par la jurisprudence, influencée par la psychologie¹⁹. La Cour de cassation italienne a défini cette notion²⁰ et établi sept critères pour identifier le harcèlement²¹. Il est important de noter que l'obligation implicite de protéger contre le harcèlement est tout aussi valable lorsque les faits ont été perpétrés par un autre salarié²². Les tribunaux italiens se réfèrent largement au devoir de l'employeur de garantir la protection du salarié contre le harcèlement. Par exemple, en 2014, la Cour de cassation italienne a utilisé le terme « harcèlement moral » dans le cadre de 43 litiges de travail²³.

B. Pour en revenir à la Russie, on doit souligner une absence évidente de dispositions prévoyant un droit du salarié à la dignité et à la protection contre le harcèlement, ainsi qu'une jurisprudence presque inexistante à ce sujet. Les chercheurs ont fait remarquer que les décisions judiciaires qui abordent ces problèmes se réfèrent soit à la discrimination, soit au licenciement abusif soit aux deux, mais ne visent pas le harcèlement en tant que tel²⁴. Cependant, les salariés russes comme les italiens sont souvent confrontés au harcèlement moral sur le lieu de travail. Ces dernières années, de nombreuses recherches sur ce phénomène ont été publiées, autant d'un point de vue psychologique que juridique²⁵. Il a été remarqué que 5% à 20% des salariés russes sont victimes de harcèlement moral²⁶. La doctrine du droit du travail reconnaissait déjà, à l'époque soviétique, la nécessité de créer des conditions de travail psychologiquement saines²⁷. Aujourd'hui, les chercheurs font souvent référence à l'expérience étrangère et conseillent vivement aux autorités d'adopter des dispositions qui combler les lacunes, donnant aux salariés le droit à un environnement de travail psychologiquement favorable et fixant l'interdiction du harcèlement moral²⁸.

¹⁸ I. Valenzi, "Le trasformazioni del lavoro e l'insorgenza di nuovi rischi: mobbing e stress lavoro-correlato", *Lavoro e previdenza oggi*, N9-10(2011), pp.979-980; N. Girell, "La protezione del benessere psicofisico dei lavoratori: mobbing, molestie sessuali, straining", *Lavoro nella giurisprudenza* 5/2012, pp. 466-472; G. De Falco, "Mobbing le responsabilità del datore di lavoro", *Ambiente e sicurezza sul lavoro*, N 24 (2008) p. 22-26.

¹⁹ M. Cistaro, "Il mobbing nella dottrina e in giurisprudenza", *Diritto & Pratica Del Lavoro*, N16/2009 p. 940.

²⁰ Corte di Cassazione, Sez. lav. 17 febbraio 2009 N 3785 see also Corte di Cassazione, Sez. lav., sentenza 31 maggio 2011, N12048; Cassazione Civile, Sez. Lav., 28 agosto 2013, N19814; Cass., sez. lav., 25 settembre 2014, N 20230.

²¹ Cassazione Civile, Sez. Lav., 15 maggio 2015, N 10037.

²² Cassazione Civile, sez. lavoro, 25 luglio 2013, N 18093.

²³ Les recherches ont été menées sur le site internet officiel de la Cour de cassation : <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/> (accès le 29.08.2015).

²⁴ D. V. Chernyaeva, "The Regulation of Mobbing and Harassment in Russia: Current Challenges and Future Prospects", *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 2014. Vol. 3. No. 2, p. 14-31.

²⁵ Voir par exemple, N. Plastinina, "Kak zashchishchat'sya ot mobbinga?" (How to ensure the protection from mobbing?), *Journal "Trudovoye pravo"*, 2, 2012; D. V. Chernyaeva, "The Regulation of Mobbing and Harassment in Russia: Current Challenges and Future Prospects", *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 2014. Vol. 3. N 2, p. 14-31.

²⁶ G. Bryntseva, "Mobbing Dik", *Rossiyskaya gazeta*, 24.03.2010. Disponible sur: <http://www.rg.ru/2010/03/24/mobbing.html> (accès le 14.04.2014).

²⁷ *Trudovoye pravo i nauchno-tehnicheskij progress* (Labour law and scientific and technological progress) Ed. S.A Ivanov. Moscow, 1974. p. 329.

²⁸ A.M. Lushnikov, "The right of the worker to occupational health and safety: New Approaches"(Prav rabotnika na ohranu truda: novye podhody), *Journal "Sotsial'noye i pensionnoye pravo"*, 2009, N 1; A.B. Zherukova, *Obespecheniye prava rabotnikov na zashchitu svoeyego dostoinstva v period trudovoy deyatel'nosti* (Ensuring the right of workers to protection of their dignity at work) Abstract of thesis. Moscow,

Ces appels étant restés sans réponse, il est nécessaire de déterminer si les tribunaux russes pourraient fournir une protection face au harcèlement moral en se fondant sur des dispositions existantes en droit du travail²⁹. Pour nous, les lois russes contiennent certaines normes qui pourraient servir de base à la reconnaissance juridique du devoir de l'employeur de protéger les salariés du harcèlement moral. Tout d'abord, nous nous référons aux principes fondamentaux contenus dans l'article 2 du Code du travail russe. Celui-ci prévoit le droit des salariés à la protection de leur dignité. Ce principe n'est pas développé et les dispositions juridiques ne fixent aucun devoir de l'employeur à cet effet. Néanmoins, cette disposition pourrait être invoquée de la même façon que les tribunaux italiens utilisent l'article 2087 du Code civil italien pour en déduire une obligation de l'employeur de protéger les salariés du harcèlement moral.

Un tribunal russe, dans le cadre d'une affaire, a déjà fait référence au principe de protection de la dignité du salarié et l'a interprété comme établissant une obligation de l'employeur d'indemniser les préjudices non financiers en cas de traitement dégradant du salarié³⁰. Dans d'autres affaires qui concernent, par exemple, des situations dans lesquelles des salariés ont été sanctionnés pour des comportements immoraux ou pour harcèlement vis-à-vis de collègues, les tribunaux n'ont pas invoqué le principe de protection de la dignité du salarié et ont été réticents à déclarer les salariés harceleurs coupables d'infractions disciplinaires³¹. Malheureusement, les tribunaux russes ne font que rarement référence au principe de protection de la dignité du salarié et celui-ci n'apparaît pas dans la jurisprudence des juridictions supérieures.

L'article 237 du Code du travail russe pourrait constituer un autre fondement à l'élaboration du devoir implicite de l'employeur de protéger ses salariés du harcèlement moral. Celui-ci pose l'obligation de l'employeur d'indemniser les dommages non financiers en cas d'action illicite ou de non réalisation d'un acte qui l'engageait auprès du salarié. Si la jurisprudence de la Cour suprême de Russie déduisait du principe de protection de la dignité du salarié les devoirs de l'employeur qui correspondent, l'article 237 pourrait fournir un cadre nécessaire à l'indemnisation des dommages.

Une base supplémentaire pour la protection face au harcèlement moral est fournie par la jurisprudence de la Cour suprême de Russie. Celle-ci a indiqué que dans les affaires où le salarié prétend avoir été forcé à démissionner, les tribunaux inférieurs doivent enquêter afin de déterminer le caractère volontaire ou forcé de la démission³². La charge de la preuve incombe au salarié.

Les décisions en faveur du demandeur, considérant que le salarié a été forcé à démissionner à la suite de harcèlement moral, sont très rares. Cependant, dans le cadre d'une affaire, le tribunal a décidé que le salarié avait été forcé à démissionner car son employeur avait établi un environnement hostile et que la démission du demandeur avait été provoquée par des facteurs émotionnels négatifs³³. Dans la plupart des affaires, le demandeur qui avait subi un environnement hostile au travail, n'a pas réussi à gagner le procès et à prouver la coercition³⁴.

Il nous semble que l'élaboration du devoir implicite de l'employeur de protéger la dignité de son salarié pourrait fournir un appui juridique supplémentaire aux demandes de réintégration ou d'indemnités pour les dommages causés dans les cas de démission forcée. Les tribunaux pourraient considérer l'environnement hostile au travail comme un facteur majeur de coercition et ainsi décider en faveur du salarié.

2011, p. 7.

²⁹ Une certaine protection pourrait être obtenue par l'application de dispositions du droit pénal et administratif. En savoir plus sur : D. V. Chernyaeva, "The Regulation of Mobbing and Harassment in Russia: Current Challenges and Future Prospects", *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 2014, Vol. 3, No. 2, p. 19.

³⁰ Décision en appel de la Cour régionale de Tomsk N 33-4101/2011, adoptée le 30.12.2011.

³¹ Décision en appel du Tribunal de Saint-Petersbourg N33-5330, adoptée le 08.04.2013; Décision du Tribunal de Tcherkessk N2-634/2011, adoptée le 22.03.2011; Décision en appel du Tribunal de Saint-Petersbourg N33-6119/2012, adoptée le 17.05.2012.

³² Décision de la séance plénière de la Cour suprême "On Application of the Labour Code of the Russian Federation by the Courts of the RF" (adoptée le 17.03.2004).

³³ Décision de la Cour régionale de Tchita N 2-1055-07, adoptée le 3 mai 2007.

³⁴ Décision en cassation 33-4995 de la Cour régionale de Perm, adoptée le 23 mai 2011.

L'examen des jurisprudences italiennes et françaises prouve que l'employeur peut être jugé responsable de la création d'un environnement hostile en cas de nombreuses sanctions disciplinaires infligées au salarié sans motif suffisant³⁵, ou si les sanctions ont été imposées dans une optique de harcèlement³⁶. Les Cours russes, elles, rechignent à conclure que des sanctions disciplinaires non justifiées ont forcé le salarié à démissionner de son travail, et n'accordent pas des dommages et intérêts³⁷.

Ces exemples montrent que l'expérience étrangère pourrait servir de vecteur d'évolution au droit du travail russe. La Cour suprême de Russie devrait développer, dans sa jurisprudence, l'interprétation du principe de protection de la dignité du salarié et déterminer des obligations supplémentaires de l'employeur à cet égard. L'élaboration du devoir implicite de l'employeur de protection de la dignité du salarié pourrait constituer une base pour la protection contre le harcèlement moral et attirer l'attention sur la dimension psychologique des conditions de travail.

Conclusion

La jurisprudence russe a peu d'expérience en ce qui concerne l'adoption d'obligations implicites de l'employeur, car les lois du travail sont déjà riches d'une longue liste de devoirs « explicites ». Les quelques exemples abordés dans cette contribution démontrent que le besoin d'élaboration d'obligations implicites survient lorsque les dispositions légales manquent de précision ou quand il s'agit de lacunes de la loi.

Le manque de dispositions en droit du travail sur la protection des salariés face au harcèlement moral nous a conduits à faire référence à l'intéressante expérience de l'Italie, où la protection contre le harcèlement moral a été développée par les tribunaux sur la base du devoir de l'employeur de protéger la dignité de son salarié. Les recherches sur le droit russe et la jurisprudence nous ont permis de définir certains fondements pour l'élaboration d'un devoir analogue en Russie et de conclure qu'il est nécessaire de développer une législation sur le droit du salarié à une protection de sa dignité, figurant déjà comme principe fondamental du droit du travail russe.

³⁵ Cass. soc., 22-03-2007, n° 04-48308.

³⁶ Cassazione Sezione Lavoro N 6907 del 20 marzo 2009.

³⁷ Décision de la Cour régionale d'Irkoutsk N 33-7469-10, adoptée le 27 octobre 2010.

NANGA SILUE

Professeur agrégé de droit privé et de sciences criminelles à l'Université Alassane Ouattara (Bouaké, Côte d'Ivoire)

L'OBLIGATION IMPLICITE DE L'EMPLOYEUR

Dans le droit du travail ivoirien, système nourri aux sources du droit romano-germanique, par opposition au modèle anglo-saxon, le contrat de travail est un contrat semblable aux autres et est traversé par deux réalités. La première réside dans l'autonomie de la volonté selon laquelle seule la volonté exprimée crée des obligations. La seconde veut que le contrat soit bref, non détaillé, donc en fin de compte non explicite. Dans ces conditions, l'étude des obligations implicites de l'employeur est d'un intérêt indéniable puisqu'il va falloir à un moment ou à un autre déterminer ses attentes et responsabilités.

Afin d'écartier tout malentendu, ne faudrait-il pas revenir sur la notion d'obligation implicite de l'employeur ? Pour la cerner, il est possible de l'opposer à l'obligation légale, contractuelle, expresse, explicite ou écrite.

Mais avant, qu'est-ce qu'une obligation ? Sans remonter à l'origine du terme, l'obligation peut être définie en droit comme un lien contraignant entre deux ou plusieurs personnes en vertu duquel l'une d'entre elles est tenue envers une ou plusieurs autres de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose¹. En droit du travail ivoirien, est légale, l'obligation incombant à l'employeur de payer le salaire du salarié², de le déclarer à la Caisse nationale de prévoyance sociale ou encore de déclarer l'accident dont il est victime à l'occasion du travail. Est contractuelle, toute obligation stipulée par le contrat. Aux antipodes de l'obligation légale ou contractuelle, l'obligation implicite de l'employeur serait donc ce lien de droit qui permet au salarié d'exiger de ce dernier qu'il fasse, donne ou ne fasse pas quelque chose, lequel (lien) n'ayant pas sa source dans l'acte de volonté apparent des parties (le contrat) ou dans le régime légal du contrat de travail. Cette définition de l'obligation implicite n'est pas nouvelle. Une telle approche a été repérée en droit français³.

Dès lors, au moins deux questions interpellent le juriste. La première tient à l'opportunité de l'étude en droit ivoirien. Quel intérêt y a-t-il à étudier l'obligation implicite de l'employeur aujourd'hui ? En effet, si l'on met de côté les obligations implicites révolutionnaires héritées du droit français comme par exemple celle résultant de l'arrêt Teffaine⁴, l'on a été habitué à entendre parler d'obligations implicites du salarié et non de l'employeur. La familiarité avec celles-là se comprend. Elle découle du lien de la subordination du salarié et la nature particulière de l'employeur en droit ivoirien. Ce dernier n'est pas seulement un chef d'entreprise mais un chef tout court, bénéficiaire d'une sorte de confusion des pouvoirs⁵.

¹ Cette définition de l'obligation s'inspire de celle donnée par, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1 Contrat et engagement unilatéral*, Puf, 2007, pp. 1-2.

² Titre III du Code du travail intitulé Salaire.

³ G. Lyon-Caen, « L'obligation implicite », *Arch. phil. droit* 44 (2000), p.109.

⁴ Cass. 16 juin 1896, *D.* 1897, 1, 433, note Saleilles ; S. 1897, 1, 17, note Esmein.

⁵ À savoir, le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire.

La seconde question que l'on pourrait se poser utilement vise le rôle du juge chargé de constater l'obligation implicite de l'employeur. Comment l'interpréter : simple interprétation du contrat ou véritable remaniement de celui-ci ? Si l'on se place du côté du droit français qui inspire le droit ivoirien, le droit du travail est un droit inégalitaire. Sa justification repose sur la référence au modèle hiérarchique dans lequel, le plus fort, l'employeur, dicte sa loi au plus faible, le salarié. En guise d'exemple, l'on se rappelle encore l'époque où l'employeur était cru sur parole⁶ ou des moments de gloire de la théorie de l'institution en droit du travail. Pour conférer une nature humaine au rapport de travail, le droit du travail a été contraint de renier la théorie de l'institution fondée sur le libéralisme. Une partie de la doctrine française prête aux écrits du Professeur G. Lyon-Caen et au juge le changement de cap enregistré à partir de la fin des années 1960, en France. Dans ce nouveau rapport, le droit du travail dans lequel l'employeur est soupçonné d'opprimer le salarié, le juge sera applaudi toutes les fois qu'il mettra à la charge de celui-là une obligation non prévue par le contrat et perçu comme une limite à son pouvoir. C'est dans cette grille qu'il faut lire les arrêts Raquin⁷ et Hôtel le Berry⁸ et plus récemment encore les arrêts amiantes du 28 février 2002⁹ dans lesquels le juge français a consacré l'obligation de résultat de l'employeur.

Lorsque l'on suit de près l'évolution de la question en droit français, il semble que c'est le militantisme ou l'audace du juge en faveur d'un rééquilibrage du rapport contractuel qui est recherché à travers la promotion de l'obligation implicite de l'employeur. Sans pénétrer la psychologie de l'auteur de la formulation du sujet de la présente chronique, l'un des cœurs du sujet est là : vérifier que le juge en général, et le juge ivoirien en particulier, sait se montrer audacieux. À l'analyse de la jurisprudence ivoirienne, le juriste ne doit pas donner à l'obligation implicite de l'employeur plus d'importance qu'il n'en faut ; car elle est le résultat d'une banale activité d'interprétation des textes ou du contrat par le juge dont le mérite a été de révéler la pluralité qui la caractérise (I). Ce qui signifie qu'en réalité les attentes placées dans la version ivoirienne de l'obligation implicite, en contemplation de ce qui se fait en droit français, ont été déçues. Ici, une certaine timidité caractérise l'action du juge. En tout état de cause, l'obligation implicite qui en résulte est peu audacieuse (II).

I - Une obligation diversifiée

En Côte d'Ivoire, l'observation de la jurisprudence débouche sur une diversité d'obligations implicites de l'employeur. Est-ce possible d'en dégager une typologie ? Quelles en sont les sources ?

A - La typologie

En l'absence de publication régulière de la jurisprudence ivoirienne¹⁰, il est difficile de restituer chronologiquement la consécration par le juge des obligations implicites de l'employeur. La même remarque peut être faite en ce qui concerne les champs investis par l'obligation implicite.

L'un des terrains d'élection de l'obligation implicite de l'employeur qui apparaît dans les arrêts analysés est celui qui a trait à la qualification de la relation de travail en contrat de travail. Dans la plus grande partie du contentieux social, le juge met à la charge de certains entrepreneurs l'obligation de se considérer comme des employeurs alors même qu'aucun acte écrit n'existe dans ce sens. En Côte d'Ivoire, si l'on met de côté les grandes entreprises, la plupart des relations de travail

⁶ Cf. ancien article 1781 du Code civil abrogé en 1862 : « le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le paiement des salaires de l'année échue et pour les acomptes donnés dans l'année courante ».

⁷ Cass. Soc. 8 octobre 1987, *Bull.* n°V, n°541, p. 344.

⁸ Cass. Soc. 16 juin 1998, *Bull.* n°V, n°320, p. 243.

⁹ Cass. Soc. 28 février 2002, *Bull.* n°II, n°V, p. 74.

¹⁰ En France, il existe plusieurs supports de publication de la jurisprudence : les revues, travaux et rapports de la Cours de cassation, les revues scientifiques, les sites spécialisés, Légifrance etc. Cette publicité dont fait l'objet la jurisprudence a un avantage certain. Elle permet un suivi de l'évolution jurisprudentielle pour en repérer les constances, les contrariétés ou les revirements de jurisprudence. En droit ivoirien, ce n'est pas le cas. Les supports de publications sont quasi inexistantes.

se noue de façon informelle. En outre, contrairement au système juridique français, le salariat n'est pas le principe mais plutôt l'exception. Le plus souvent, quand bien même la relation de travail réunirait les conditions du salariat, il ne vient pas à l'esprit des parties de se considérer comme salarié ou employeur¹¹. C'est seulement à l'occasion des contentieux que le juge procède à cette qualification.

Un autre terrain sur lequel l'obligation implicite de l'employeur a été repérée est celui de la mise en œuvre et de la cessation du contrat de travail. Une fois la qualification de contrat de travail admise, le juge fait peser sur l'employeur l'obligation de rendre possible le maintien des relations de travail alors que ni le contrat ni la loi n'abonde dans ce sens¹². Dans le même ordre d'idées, ont été consacrées, l'obligation de maintien du lieu du travail au lieu où est exercé le contrat de travail en l'absence de tout contrat écrit y faisant allusion¹³, celle de mettre à la disposition du salarié tous les moyens nécessaires à l'exécution de sa prestation de travail¹⁴, l'obligation de courtoisie¹⁵ ou encore de sécurité¹⁶.

L'étude de l'obligation implicite de l'employeur n'a pu donner lieu à un fil conducteur qui la caractériserait. Seule l'impression d'un fourre-tout juridique apparaît à la lecture des arrêts. Ce qui incline à penser que le seul constat qui vaut la peine d'être noté est celui de la pluralité des obligations implicites. C'est d'ailleurs dans ce sens que semble abonder l'analyse de ses sources.

B - Les sources

De l'analyse des décisions constatant des obligations implicites, au moins, deux sources peuvent être relevées : l'article 1134 du Code civil et les techniques d'interprétation des contrats.

Le plus souvent, c'est l'article 1134 du code civil qui est utilisé par le juge ivoirien pour fonder les obligations implicites de l'employeur. Ce fut le cas dans une affaire dans laquelle les parties n'arrivaient pas à s'accorder sur la nature de leur relation contractuelle. Alors que l'une d'entre elles estimait être dans les liens d'un contrat de travail, l'autre prétendait être liée par un contrat de prestation de service. En se fondant sur l'article 1134 du Code civil, la Cour suprême de Côte d'Ivoire a conclu à l'existence d'un contrat de travail¹⁷ et partant à l'obligation pour la banque, donneuse d'ordre et de travail, de se considérer comme un employeur.

Mais, l'on peut se demander si le fondement de l'obligation implicite de l'employeur ne doit pas être recherché en d'autres lieux, notamment dans les dispositions relatives aux techniques d'interprétation des conventions¹⁸ mises à la disposition du juge. Par exemple, selon l'article 1156 du Code civil français applicable en droit ivoirien et mis en œuvre par le juge en matière sociale¹⁹, « on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». En application de ce texte, le juge social recherche

¹¹ CSCJ, Formation sociale, arrêt n°304 du 20 mai 2009, *Le Juris-social*, n°115, juill. 2010, p. 3. Dans cet arrêt l'employeur estimait entretenir des relations de mandant à mandataire.

¹² Abidjan, 2^{ème} Chambre sociale, arrêt n°584 du 6 juillet 2006, *Juris-social*, n°74, févr. 2007, p. 18 et s : « qu'en fait l'employeur, en ordonnant à madame K d'avoir à quitter son bureau, ce en présence des clients qu'il recevait, en même temps qu'il la traitait de voleuse, a rendu impossible le maintien des relations de travail de travail, ce qui s'interprète comme un licenciement ».

¹³ Cour d'Appel de Bouaké Arrêt n° 41 du 22 avril 1998, *Le Juris-social*, n°11, octobre 2004, p. 1 et s. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Bouaké a estimé que le lieu de travail est un élément du contrat de travail que l'employeur ne peut modifier sans l'accord du salarié.

¹⁴ Cour Suprême, Chambre Judiciaire, Formation sociale, Arrêt n° 34 du 23 janvier 2003, *Juris-social* n°37, p. 43.

¹⁵ Abidjan, 1^{ère} chambre sociale, arrêt n°92 du 08 juillet 2011, *Juris-social*, mai 2012, n°137, p. 11.

¹⁶ Cours suprême, Chambre Judiciaire, Formation sociale, arrêt n°314/11 bis du 21 juillet 2011, *Juris-social*, n°133, janv.2012, p. 19.

¹⁷ CSCJ, Formation sociale, arrêt n°547 du 19 juillet 2012, *Juris-social* n°150, juillet 2013, p. 4.

¹⁸ Il s'agit des articles 1156 à 1164 du Code civil applicable en Côte d'Ivoire.

¹⁹ Abidjan, 16 février 1968, TPOM, 264, du 16 septembre 1969, p. 5852 [répertoire, n°1383, p. 218].

régulièrement cette commune intention des parties en vue de la détermination des obligations des parties, notamment les obligations de l'employeur.

Il est vrai que de façon constante, la jurisprudence a tenté de poser quelques limites. Dans un arrêt ancien applicable en droit ivoirien, le juge a estimé qu'« il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elle renferme »²⁰. Il n'empêche qu'au regard du pouvoir d'appréciation souveraine²¹ dont dispose les juges du fond, des risques de dénaturation ou de réfaction du contrat ne sont pas exclus.

En réalité, c'est parce que tout pouvoir est donné au juge pour interpréter le contrat de travail, qu'il peut constater des obligations qu'il estime résulter de celui-ci. C'est bien le cas de l'article 1156 du Code civil précité mis en œuvre par le juge social²² en présence de clause obscure du contrat de travail. Dans ce cas, le juge est invité à procéder à une interprétation du contrat conformément à la commune intention des parties²³. Cependant, qu'en est-il si la commune intention des parties ne peut être décelée ? Il est proposé d'interpréter le contrat selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation. Qu'est-ce qu'une personne raisonnable ? Seul le juge peut le dire et il n'est pas exclu qu'il aille au-delà de ce qui est attendu de la simple interprétation du contrat.

Que l'obligation implicite de l'employeur ait sa source dans la loi ou dans le contrat, un constat s'impose. L'obligation implicite doit son existence au travail du juge. Cette posture rend inutile la question de savoir si le juge en est l'auteur ou au contraire un simple découvreur de cette obligation. Le plus important, nous semble-t-il, demeure le manque d'audace du juge ivoirien dans le processus d'éclosion de l'obligation implicite de l'employeur.

II - Une obligation peu audacieuse

Jusqu'à-là l'obligation implicite de l'employeur n'a pas fait partie des préoccupations de la doctrine ivoirienne. Ce manque d'engouement s'explique par la discrétion qui la caractérise. Deux raisons, tantôt prétorienne, tantôt institutionnelle, expliquent ce manque d'audace, cette discrétion.

A - Les raisons prétoriennes

La discrétion de l'obligation implicite de l'employeur tient à la timidité du juge ivoirien. Mais pour comprendre ce jugement et le décrire, il est nécessaire d'insister sur son rôle dans l'apparition de l'obligation implicite de l'employeur. Il est vrai que le juge n'est pas le seul artisan du processus qui conduit à la découverte de l'obligation implicite. Dans la pratique, il est aidé par le salarié ou son représentant qui suggère l'obligation étudiée.

Ce fut le cas dans l'arrêt Teffaine précité applicable en droit ivoirien. Il en a été de même en droit français dans les arrêts amiante du 28 février 2002 qui ont donné naissance à l'obligation de sécurité de résultat dans lesquels la proposition de qualification de l'avocat a prospéré. Toutefois, le juge demeure la pièce maîtresse dans la mesure où c'est, en définitive,

²⁰ Civ. 15 avril 1872 *GAJC*, 11 éd., n°160, DP 1972, 1, 176.

²¹ Civ. 2 févr. 1808, *GAJC*, 11 éd., n°159, jur. gén. v° Cassation, n°1573, concl. Merlin.

²² Abidjan, 16 février 1968, TPOM, n°264, du 16 septembre 1969, p. 5852 [répertoire n°1383, p. 218].

²³ CSCJ, Formation sociale, arrêt n°707 du 18 décembre 2003, *Le Juris-social*, 2004, p. 4 et s « Mais attendu que la commune intention des parties étant seule déterminante, en l'espèce, dans la qualification juridique du contrat litigieux, et ce, à l'exclusion de la forme du contrat dont la méconnaissance ne saurait à elle seule justifier la cassation, la Cour d'Appel qui, adoptant les motifs du jugement entrepris, s'est appuyée non seulement sur l'annonce de presse sus indiquée dont les termes clairs et non équivoques n'exposent à aucune interprétation, et aussi sur la correspondance du 21 juin 1993 précisant la nature de l'apport personnel de V., pour considérer qu'il s'agit plutôt d'un contrat de gérance libre et non d'un contrat de travail, n'a pas violé les textes visés par les différentes branches du moyen ; d'où il suit que celui-ci n'est pas fondé ».

lui qui fera rentrer dans la catégorie juridique envinée les faits objet du litige.

Dans les deux arrêts précités, l'on note une certaine audace du juge français qui est allé au-delà de la simple interprétation du contrat ou de la loi. À la réflexion, en droit comparé, lorsque le travailleur évoque l'obligation implicite de l'employeur, il fait allusion à cette capacité du juge à proposer une rallonge de droit pour le salarié, rallonge qui grignote sur la liberté de l'employeur.

Le juge ivoirien n'en est malheureusement pas là. Il n'en est pas à ce niveau, dans la mesure où l'impression générale qui se dégage est que les obligations implicites de l'employeur découvertes résultent d'interprétations *a minima* et par conséquent non audacieuses du contrat ou de la loi. C'est le cas par exemple de toute la jurisprudence ivoirienne qui, en l'absence de tout contrat écrit, va exiger d'un entrepreneur (offreur de travail) de considérer son cocontractant comme un salarié dès lors que les éléments constitutifs du contrat de travail sont réunis. Ce qui importe pour le juge, c'est de sortir la relation de travail de l'informel, de la distinguer du travail non salarié. Dans le contexte ivoirien, ce travail du juge constitue déjà une véritable avancée.

Dans ce contexte caractérisé par « l'informalisation » de la relation de travail, l'informel, la qualification d'une relation de travail de salarié est déjà une œuvre audacieuse qui place le salarié dans une situation privilégiée. Aller au-delà pour exiger d'autres protections du salarié à travers la restriction de la liberté de l'employeur serait de nature à décourager l'initiative privée et le passage d'une relation de travail informelle à une relation formalisée.

La timidité du juge semble avoir été organisée également par le législateur qui fixe la politique de l'emploi. C'est le cas par exemple implicitement avec le Code du travail de 1995 qui a repris à son compte un grief qui avait été formulé à l'encontre du juge sous l'égide de du Code du travail de 1964.

En effet, avant la loi de 1995, le juge avait la possibilité de moduler les dommages et intérêts en fonction du préjudice réellement subi. Estimant que cette possibilité conduisait au prononcé de dommages et intérêts excessifs de nature à décourager l'investissement privé, le législateur a procédé à un cantonnement²⁴ des dommages et intérêts. Or, un tel cantonnement porte atteinte au principe de la réparation intégrale.

Dans le même ordre d'idées, le législateur a adopté certaines dispositions réductrices des droits des salariés et qui étendent les pouvoirs de l'employeur. Ce sont, par exemple, la consécration des emplois précaires²⁵, l'abrogation de l'auto-résiliation administrative de licenciement. À travers cette politique de l'emploi, favorable à la dégradation des droits des salariés, le juge est invité à ménager l'employeur perçu comme un investisseur, d'où la discrétion de l'obligation implicite de l'employeur qu'il découvre.

D'autres raisons, cette fois, inhérentes à la nature du droit du travail ivoirien permettent de comprendre les réticences du juge à découvrir les obligations implicites de l'employeur.

B - Les raisons institutionnelles

Comprendre le manque d'audace de l'obligation implicite de l'employeur dans la jurisprudence ivoirienne requiert de prendre au sérieux l'analyse institutionnelle qui fonde encore le pouvoir de l'employeur dans l'entreprise ivoirienne. Hérité du droit français, cette théorie considère que l'entreprise est une institution et la personne placée à sa tête, l'employeur, est le propriétaire de celle-ci et par conséquent titulaire d'un certain nombre de pouvoirs. Il s'agit comme le rappelle si bien Paul Durand : d'« un pouvoir législatif, manifesté par un règlement intérieur, un pouvoir exécutif que traduit le droit de

²⁴ Art. 16.11 du Code du travail. Selon ce texte, le juge ne peut fixer des dommages et intérêts supérieurs à une année de salaire. Au-delà, sa décision doit être spécialement motivée.

²⁵ Décret n°96-202 du 7 mars 1996 relatif au travail à temps partiel, *JORCI* du 9 mai 1996, pp. 435-437

direction, un pouvoir disciplinaire qui permet de réprimer les manquements aux lois internes de l'institution »²⁶.

En vertu de ses pouvoirs et surtout du pouvoir de direction que Durand appelle le « droit de direction », l'employeur est en droit de prendre toutes les mesures nécessaires, y compris des sanctions disciplinaires, au bon fonctionnement de l'entreprise et ce en l'absence de toute stipulation contractuelle. La survivance dans la jurisprudence ivoirienne de la théorie de « l'employeur seul juge » léguée par le droit français²⁷ en constitue l'une des meilleures illustrations. La Cour suprême de Côte d'Ivoire donne inéluctablement crédit à cette analyse qui voit en l'employeur le propriétaire de l'entreprise avec tout ce que cela comporte comme attribut du droit de propriété²⁸. Mais au-delà d'un héritage, la théorie de l'employeur seul juge correspond à la conception ivoirienne de la direction des communautés humaines dans lesquelles non seulement le chef dispose des pouvoirs assimilables à ceux décrits par Durand, mais en plus, il a droit de vie et de mort sur ses sujets.

En effet, en Côte d'Ivoire, deux dimensions caractérisent le chef. Il est perçu comme un bienfaiteur mais en même temps, il peut décider des malheurs des membres de sa communauté. Son pouvoir est fondé sur la crainte de la communauté (groupe) pour ses pouvoirs surnaturels et son sentiment de dépossession, d'où la croyance que sa survie dépend de ses pouvoirs occultes. Ce qui fait que les rapports du groupe au chef sont des rapports de soumission et non d'obéissance à une loi.

Certes, même si la conception des rapports du chef à sa communauté qui touche à la vie humaine est remise en cause, tous les autres aspects (attributs) du pouvoir du chef, notamment la soumission, restent intacts. C'est pourquoi justement la doctrine reconnaît qu'en Afrique, l'employeur n'est pas seulement un chef d'entreprise mais un chef tout court, c'est-à-dire un bienfaiteur qui peut, à tout moment priver le salarié des droits qu'il a été seul à lui consentir.

L'employeur serait un bienfaiteur dans la mesure où en créant son entreprise, il procure au travailleur une activité salariée réservée aux privilégiés de la société. Auréolé de cet avantage, il n'est plus question pour le salarié d'entraver les bonnes intentions de l'employeur avec des revendications qui relèveraient du luxe car réservées aux systèmes juridiques dans lesquels l'emploi salarié est le principe. Le juriste comprend dès lors que le salarié convaincu de cette conception du chef ne saisira presque jamais le juge dans le sens d'une réduction des pouvoirs de l'employeur et à plus forte raison de la consécration d'obligations implicites pesant sur lui. Et le juge, qui vit dans un tel contexte, hésite de son côté à franchir le pas même lorsque l'occasion lui est offerte.

²⁶ P. Durand, « Rapport sur la notion d'entreprise », *Travaux de l'association Henry Capitant*, t.3, 1947, p. 45 et s ; P. Durand et R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, t. 1, 1947, Dalloz, p. 430 et s.

²⁷ Cass. Soc. 31 mai 1956, *Bull. civ. IV*, n° 499, D. 1958, p. 21 note G. Levasseur.

²⁸ CSCJ, Formation sociale, arrêt n°357 du 21 juillet 2011, *Juris-social*, n°135/mars 2012, p. 15.

JUAN PABLO MUGNOLO

Professeur associé à l'Université de Buenos Aires et à l'Université de St Andrews

DIEGO LEDESMA ITURBIDE

Enseignant contractuel à l'Université de Buenos Aires
Avocat spécialisé en droit du travail

LES OBLIGATIONS IMPLICITES DE L'EMPLOYEUR :

LES DROITS FONDAMENTAUX INÉDITS, LA LIBERTÉ SYNDICALE, LA SANTÉ ET LA SÉCURITÉ AU TRAVAIL

En droit du travail argentin, le contrat de travail occupe une place centrale dans les rapports entre les parties en présence, dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle est donc encadrée par le législateur dans un souci de protection des travailleurs, partie la plus vulnérable à la relation de travail. Le droit du travail a pour but non seulement de garantir la dignité personnelle des travailleurs dans leur carrière et leur vie professionnelle, mais aussi de limiter le pouvoir d'organisation et de direction des employeurs¹.

Il convient également de souligner que le système juridique argentin subit depuis plus de vingt ans une profonde transformation en raison du droit constitutionnel mais également à cause d'une novation de la notion même de norme en droit social. Désormais, celle-ci est conçue de manière anthropocentrique et non plus comme une règle libérale. L'épicentre de ce bouleversement juridique a été l'insertion du droit international des droits de l'homme dans les rapports salariés. Cela a profondément changé la manière de concevoir notre discipline.

En effet, le droit positif se caractérise aujourd'hui par une forte prégnance du droit constitutionnel², d'un intérêt particulier ici, ainsi que par une « internationalisation » croissante de la matière. Ces deux tendances loin d'être isolées l'une de l'autre s'enrichissent mutuellement. À cet égard, il convient de noter que depuis 1994, la Constitution a accordé le statut de lois constitutionnelles à un ensemble de conventions et de déclarations internationales sur les droits de l'homme, qui constituent désormais le « bloc de constitutionnalité ».

¹ Rivero Lamas, Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial, *op.cit.* p. 18, Vid. U. Romagnoli, "Aiutare Sisifo", Spazio Impresa, N° 16, p.71 y ss. par Antonio Baylos dans "Sistema de empresa y reforma del mercado de trabajo", TySS, 1996-65.

² Pour d'autres études, voir P. Häberle, dans *El Estado Constitucional*. Traduit par H. Fix-Fierro, UNAM. Mexico, 2003.

Cette réglementation d'origine internationale est complétée par les conventions de l'OIT ratifiées par notre pays, et qui bénéficient désormais de la reconnaissance constitutionnelle d'un statut supra-légal³.

Cette place croissante dévolue au droit international trouve un écho dans la jurisprudence de la Cour suprême, dans la structure même de ses décisions. En effet, ses arrêts relatifs aux droits de l'homme (notamment au droit du travail) débutent par une analyse des règles éventuellement contenues dans des textes internationaux. Son avis sur la constitutionnalité d'une norme nationale dépend du respect par celle-ci de la lettre ou de l'esprit du droit international. Cette approche a été adoptée dans des décisions particulièrement importantes en droit du travail et a été reprise par les juridictions inférieures en Argentine.

I - Les droits fondamentaux inédits

L'intensité de la protection offerte par la législation du travail a diminué. En conséquence, de nouveaux outils ont progressivement été élaborés pour limiter le pouvoir de direction des employeurs.

Les « droits fondamentaux inédits » sur le lieu de travail sont un de ces nouveaux outils créés pour compenser la défection du législateur national en droit du travail⁴. Il s'agit de la reconnaissance des droits fondamentaux de la personne appliqués dans l'entreprise. En d'autres termes, il s'agit de l'association des droits fondamentaux et du contrat de travail, ainsi que de leur coexistence sur le lieu de travail⁵.

Les droits fondamentaux inédits sont parfois une forme d'adaptation d'autres droits constitutionnels plus généraux. À l'origine, ils ne sont pas spécifiques à la relation de travail mais ils peuvent être revendiqués par les salariés sur leur lieu de travail, acquérant ainsi une forme de particularité.

Les caractéristiques des droits fondamentaux inédits sont l'universalité, l'indisponibilité et leur reconnaissance par la Constitution⁶. Après cet examen des droits fondamentaux inédits, on relèvera les décisions judiciaires en Argentine ayant une base constitutionnelle à partir de l'analyse du professeur Goldin⁷.

En Argentine, le droit à la vie privée est garanti par les articles 18 et 19 de la Constitution, ainsi que par les traités internationaux sur les droits de l'homme qui ont expressément valeur de loi constitutionnelle.

Dans le cas particulier de l'utilisation du courrier électronique sur le lieu de travail, la jurisprudence argentine a jugé que l'absence de restrictions explicites imposées aux salariés implique un respect des correspondances afin de protéger leur vie privée, sauf quand les salariés envoient des messages aux concurrents de leur employeur.

De la même manière, les tribunaux du travail argentins ont été très restrictifs en ce qui concerne la surveillance des salariés par des caméras ou des inspections physiques abusives.

³ Cf. section 75 sous-section 22 NC.

⁴ Cfr. M. Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer : «La huida del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 12 1992, p. 7, et A. Baylos Grau, *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid, 1991, pp. 63 y ss.

⁵ A. Ojeda Avilés : "Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa", *Revista de Derecho Social*, n° 35, 2006, pág.15.

⁶ J. C. Cortés Carcelén, "Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del tribunal constitucional, in *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Academia de la Magistratura", 2004, Pág. 60.

⁷ A. Goldin, « Droits fondamentaux de la personne et relations du travail en Argentine » in Ph. Auvergnon, *Libertés individuelles et relations de travail : le possible, le permis et l'interdit*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2011.

En ce qui concerne les examens médicaux du VIH, la jurisprudence argentine a jugé qu'ils n'étaient possibles qu'avec le consentement exprès du salarié. Cependant, la Cour suprême a admis une exception lorsque le travailleur est un fonctionnaire, afin de préserver la santé publique⁸ (par exemple, pour l'admission à l'académie de police⁹).

En ce qui concerne l'apparence physique, les tribunaux ont jugé préjudiciable l'obligation imposée à un travailleur de raser sa barbe.

En ce qui concerne le droit à une protection égale devant la loi et à la non-discrimination (article 16, Constitution nationale), la jurisprudence a limité les licenciements injustifiés – acceptés par le système juridique argentin avec l'obligation d'une indemnité de licenciement – dans les cas où il est prouvé que le licenciement est dû à une discrimination, auquel cas, il est considéré comme nul et de nul effet¹⁰.

Concernant le droit à la liberté de religion (article 14, Constitution nationale, ainsi que les traités sur les droits de l'homme qui ont expressément valeur de loi constitutionnelle), la jurisprudence a établi que le temple d'un employeur ne pouvait être saisi à la suite d'une dette du travail impayée¹¹.

De la même manière, en ce qui concerne la liberté de conscience, la jurisprudence a protégé un salarié d'Argentine Airlines qui refusait de procéder à l'enregistrement d'un militaire qui avait été membre de l'ancienne dictature au pouvoir dans notre pays (1976 – 1983)¹².

Enfin, point important, en ce qui concerne le droit à l'honneur et la réputation (article 16, Constitution nationale¹³), la jurisprudence a invalidé un licenciement fondé sur une prétendue conduite criminelle qui n'a jamais pu être prouvée. Une décision similaire a été prise dans le cas d'un licenciement fondé sur l'homosexualité¹⁴.

II - La liberté d'association

La liberté d'association est reconnue dans les réglementations nationales à différents niveaux, dans la Constitution et dans les conventions internationales des droits de l'homme. À cet égard, sont particulièrement pertinentes la convention 87 sur la liberté d'association (1948) de l'OIT, et la convention 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective (1949) de l'OIT. Outre ces conventions, il convient d'inclure la doctrine sur ce thème émanant des instances de contrôle de l'OIT¹⁵. Ce droit fondamental est important pour l'employeur et, en principe, implique une obligation générale d'abstention qui a pour but de garantir à ses détenteurs l'exercice régulier de tous les droits syndicaux, librement et sans interférence

⁸ Cour suprême (CSJN) sur "R.E.B. s/ amparo", 17/12/96.

⁹ Cam Nac. Civ. y Com. Federal, Chambre 3^a B.H.E. c/ELMA, 17/07/03.

¹⁰ Certaines de ces solutions : CNAT, Chambre VI in re Balaguer Catalina Teresa c/Pepsico de Argentina SRL 10/03/2004, CNAT Chambre V sin re Quispe Quispe, Nectar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria S.A., del 20/12/07, CNAT, Chambre II, in re Alvarez c/CENCOSUD DEL 25/06/07, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Chambre H, en autor "Fundación de Mujeres en Igualdad c/ Freddo S.A. s/ amparo, le 15/9/2000.

¹¹ CNAT, Chambre III, in re Balbuena c/Consejo Ortodoxo, 28/05/01.

¹² CNAT, Chambre VI Armella, Miguel A. c/Aerolíneas Argentinas, le 26/10/00.

¹³ Art. V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, del art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del artículo 11 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y del artículo 17 y 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁴ CNAT, Chambre VII, T.C. c/ O.G.A. SRL le 26/05/93.

¹⁵ La mise en application de ces déclarations a été reconnue par la Cour suprême dans la jurisprudence 331:2499

indésirable. Dans notre pays, ce droit est encadré par la loi sur les syndicats (TUA)¹⁶. Celle-ci a édicté les fondements de notre « modèle syndical », un système basé sur le « statut juridique » des syndicats, qui est un ensemble de prérogatives que l'autorité administrative a accordées au syndicat considéré comme le plus représentatif. Cette représentativité a pour conséquence l'attribution de l'exercice exclusif de presque tous les droits syndicaux. Ce « modèle de syndicat » va de pair avec l'attribution d'obligations spécifiques faites à l'employeur et expressément prévues par la loi sur les syndicats¹⁷.

Compte tenu des caractéristiques et des effets de ce « modèle syndical », il a fait l'objet d'une désapprobation marquée, inhabituelle et soutenue de la part des organes de contrôle de l'OIT en raison de l'incompatibilité de plusieurs aspects du régime par rapport aux dispositions de la convention 87 de l'OIT. Il a été critiqué principalement en raison du fait que l'octroi de droits exclusifs risque d'avoir une influence exagérée sur la liberté des travailleurs de choisir le syndicat auquel ils souhaitent adhérer. Bien entendu, le problème ne s'arrête pas là, car il a des répercussions négatives sur l'exercice des droits de négociation collective¹⁸, de formulation et de mise en œuvre des revendications syndicales, et/ou de participation aux procédures de conciliation et d'arbitrage¹⁹.

La Cour suprême a également sévèrement critiqué le « modèle de syndicat » et ses effets : la création d'un « monopole syndical établi et maintenu par la loi »²⁰. Cette critique a été faite à travers les décisions de la Cour dans les affaires suivantes : « Association des fonctionnaires v. Ministère du travail sur la TUA », du 11/11/2008, « Rossi, Adriana María v. Etat. Armée sur Sumarísimo », du 9/12/2009, et « Association des fonctionnaires sur une revendication anticonstitutionnelle », du 17/6/2013. Toutes ces décisions ont en commun l'hostilité de la Cour a fait que l'attribution des droits et obligations dérive du « modèle syndical ». Cette jurisprudence a provoqué, depuis 2008 et jusqu'à ce jour, une vague de contestations directes, absolues et totales du régime de droits exclusifs reconnus à un seul syndicat. Le juge a également attiré l'attention sur la situation précaire de l'activiste qui n'est pas membre d'une association ayant ce « statut juridique » et qui subit un harcèlement en raison de son activité syndicale. La jurisprudence se montre particulièrement attentive à l'exercice effectif du droit à la liberté sans discrimination (c'est-à-dire le droit de ne pas être privé arbitrairement de la jouissance de ses droits fondamentaux). C'est une réaction compréhensible et qui devrait être reliée à l'argument constitutionnel précédemment évoqué contre notre « modèle syndical ».

Compte tenu de ces faits, la doctrine de la Cour suprême a suivi la tendance initiée par la jurisprudence antérieure de la Cour d'appel nationale du travail (NLCA). Cette jurisprudence a débuté par un arrêt rendu en 2001²¹ concernant l'application de la loi contre la discrimination²² dans les affaires portant sur les relations de travail. L'arrêt a conclu à la nullité des licenciements motivés par une discrimination, et a entraîné la réintégration des travailleurs licenciés. Dans cette affaire,

¹⁶ Loi n° 23.551.

¹⁷ Il s'agit de l'obligation pour l'employeur ou ses représentants de fournir un lieu dans les locaux de l'entreprise pour les activités syndicales des comités d'entreprise (Art. 44 Section a) TUA), de les rencontrer régulièrement, (Art. 44 Section b) TUA), l'obligation de l'employeur d'être « l'agent de retenue à la source » des cotisations syndicales sous peine d'être considéré comme un débiteur direct (Art. 39 TUA) et l'interdiction pour l'employeur de suspendre, licencier, ou modifier les conditions de travail d'un comité d'entreprise dans la société sans avoir préalablement procédé à une procédure sommaire d'exclusion et si la tutelle n'a pas ordonné sa réintégration ou le paiement d'une indemnité majorée, comme il est possible de le faire pour le travailleur concerné.

¹⁸ Loi n° 14.250 Adoption des conventions collectives (adoptée en 1953).

¹⁹ Loi n° 14.786 Conciliation obligatoire et arbitrage volontaire (adoptée en 1958).

²⁰ Jurisprudence 331:2499 "Association des fonctionnaires v. Ministère du travail sur TUA" du 11/11/2008.

²¹ NLCA, Chambre X, 06/29/2001, "Stafforini, Marcelo v. Etat et autres sur Droit applicable", NLCA, Chambre VI, 3/10/2004, "Balaguer Catalina v. Pepsico de Argentina SRL sur Sumarísimo", NLCA, Chambre IX, 31/05/2005, "Greppi, Laura Karina v. TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. sur Licenciement", NLCA, Chambre V, 5/15/2006, "Parra Vera Máxima v. San Timoteo SA sur Amparo".

²² Loi n° 23.592.

les motifs discriminatoires étaient liés à la liberté d'association d'un activiste qui n'était pas affilié à un syndicat ayant le « statut juridique » nécessaire et par conséquent, n'était pas protégé par la loi sur les syndicats. Cette position a été indubitablement consacrée par la Cour suprême dans l'affaire « *Alvarez, Maximiliano et autres v. Cencosud SA sur Amparo* » du 7/12/2010, à laquelle il convient d'associer l'arrêt « *Pellicori, Lilita Silvia v. association du barreau de la capitale fédérale sur Amparo* » du 15/11/2012 plus spécifiquement relatif au fardeau probatoire.

En conséquence, sous l'impulsion du juge, il y a eu une extension de la protection accordée par la loi au seul syndicat bénéficiant d'un « statut juridique » à l'activiste syndical, indépendamment du type d'association à laquelle cet activiste est affilié. Ceci a généré une situation clairement dysfonctionnelle et, au-delà de la décision du tribunal qui concerne un cas particulier, cela entraîne une incertitude légale pour l'employeur dont le pouvoir de direction est limité dès lors qu'il entre en conflit avec la protection légale du syndicat.

III - La santé et la sécurité au travail

Les obligations de l'employeur dans ce domaine sont consacrées par les traités des droits de l'homme et des instruments figurant au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. Elles sont également intrinsèquement liées au contrat de travail. Au titre des normes les plus importantes en droit argentin ayant trait à cette question, il faut citer la Constitution qui comporte des dispositions relatives à la santé et à la sécurité des travailleurs²³, certains textes internationaux des droits de l'homme²⁴, plusieurs conventions adoptées par l'organisation internationale du travail (OIT) et ratifiées par notre pays²⁵, et au niveau régional la Déclaration sociale et professionnelle du Mercosur²⁶. S'agissant du thème du présent article (les obligations de l'employeur), il convient de distinguer celles concernant la prévention de la santé et la sécurité (1) et celles concernant la réparation des dommages subis par les travailleurs en raison de leur activité professionnelle (2).

A - Les devoirs de prévention et de sécurité

L'employeur est tenu de se conformer à la législation en vigueur²⁷ sous peine de s'exposer à des sanctions administratives prévues par la loi 25,212, 24,557. Au-delà de la responsabilité à caractère administratif, le manquement aux obligations légales, même lorsqu'il est justifié par l'exécution du contrat de travail²⁸, donne le droit au salarié de déposer une plainte aux torts exclusifs de l'employeur²⁹ lorsqu'il a été victime d'une blessure. Les précédents jurisprudentiels en Argentine sont principalement relatifs à des cas de violence au travail ou de non-respect du devoir constitutionnel d'assurer des conditions de travail décentes³⁰.

Deux jurisprudences particulièrement innovantes dans ce domaine peuvent être citées.

²³ Constitution nationale argentine Art. 14 bis

²⁴ Convention internationale sur les droits économiques, sociaux et culturels (ICESCR) arts. 7.b, 10.3 et 12.2.b., Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination contre les femmes, Art. 11 1.f et 11.2.d.

²⁵ Convention de l'OIT sur la protection contre les radiations 1960 (No. 115.), Convention de l'OIT sur le cancer professionnel, 1974 (No. 139.), Convention de l'OIT sur la santé et la sécurité du travail, 1981 (No. 155.), Convention de l'OIT sur la santé et la sécurité dans l'agriculture, 2001 (No. 184.), Convention de l'OIT sur le cadre promotionnel pour la santé et la sécurité dans le travail, 2006 (No. 187.).

²⁶ Art. 17.

²⁷ Envisagé en particulier dans la loi 19,587 (adoptée en 1972) et ses règlements.

²⁸ Art. 75 de la loi sur les contrats de travail

²⁹ Arts. 242 et 245 de la loi sur les contrats de travail.

³⁰ Art. 14 bis Constitution nationale. Cour d'appel du travail - chambre II, of 27/4/2012 "J., N.M. c/Icna SA et autres sur le harcèlement".

- « Constitue un acte de violence contre un salarié, le fait de lui laisser la démission comme seule alternative pour réaliser son projet de vie de fonder une famille et de devenir mère ». Dans cette affaire, l'employée avait demandé la modification de son lieu de travail, qui avait été refusée par l'employeur. La portée de cette décision du tribunal est que toute demande du travailleur mérite une réponse raisonnable de son employeur sous peine de commettre un acte de violence au travail, en particulier quand la décision de l'employeur concerne les droits fondamentaux.

- « L'employeur a le devoir constitutionnel d'assurer des conditions de travail décentes et une obligation légale d'assurer la sécurité et la santé au travail »³¹. Ici, le salarié subissait un harcèlement infligé par ses pairs et le tribunal en a attribué la « responsabilité directe » à l'employeur. Le juge a constaté l'existence d'un environnement de travail hostile causé par l'omission coupable de l'employeur de son obligation de diligence.

B - L'obligation de réparer les dommages causés à l'occasion de la prestation de travail

En droit argentin, il existe un système juridique spécifique aux risques professionnels qui est appliqué aux préjudices résultant du travail. Il s'agit d'un système financé exclusivement par la contribution des employeurs, géré par des entités privées à but lucratif - les assureurs des risques du travail (ORI) - et contrôlé par l'Etat par l'intermédiaire de la Surintendance des risques du travail (SOR). Ce régime a été édicté par la loi 24,557 de 1995 (ORA) et impose un système de responsabilité individuelle de l'employeur avec obligation de souscrire une assurance. Les ORI sont les seules entités auxquelles il incombe d'apporter l'assistance au travailleur ayant subi des dommages et de verser les indemnités financières prévues par le système. Ces ORI doivent également adopter les mesures de prévention des risques professionnels. Le régime a été fortement critiqué, la Cour suprême ayant mis en doute la constitutionnalité de plusieurs dispositions de la loi sur les risques professionnels (ORA) dans quelques décisions célèbres établissant des lignes directrices pour la détermination de la responsabilité de l'employeur concerné et de l'ORI auprès duquel le salarié était affilié³².

L'ORA s'est efforcée d'éliminer l'obligation de l'employeur de réparer les dommages causés à l'occasion du travail sauf dans trois situations :

- en cas de faute intentionnelle de l'employeur (et dans ce cas l'employeur doit entièrement assumer la charge des dommages),
- pour les employeurs non affiliés auprès d'un ORI (Art. 28 de l'ORA)
- pour les employeurs « auto-assurés » (Art. 3 de l'ORA). Dans ces deux dernières situations l'employeur est responsable seulement dans la limite des indemnités allouées par le système.

La situation a sensiblement évolué sous la pression du droit prétorien en raison de décisions relatives à la réparation intégrale des dommages lorsque la responsabilité civile de l'employeur est engagée. La Cour suprême a tout d'abord nié l'inconstitutionnalité de l'interdiction d'une telle responsabilité³³. Quelques années plus tard, dans un jugement passé à

³¹ Cour d'appel du travail - Chambre II, le 10/12/2007, "R., F. c/Cablevisión SA sur le licenciement ". Dans le même sens : Cour d'appel du travail - Chambre II, le 04/27/2012 "J., N.M. c/Icona SA et autres sur le harcèlement ", Cour d'appel du travail - Chambre II, le 11/30/2012 "Q. V. V. vs. Consolidar ART SA et autres sur les accidents du travail - action civile ", Cour d'appel du travail - Chambre III, le 05/23/2012, "P., L. vs. Bayton SA sur les accidents du travail - loi spéciale "

³² Cette jurisprudence a été initiée par plusieurs célèbres décisions, dont les affaires «Aquino», «Milone» et «Castillo», et elle s'est maintenue dans plusieurs autres arrêts d'une importance exceptionnelle en ce domaine («Llosco», «Arostegui» «Cachambi», «Torrillo», etc.). En réalité, on a dit à juste titre que le régime argentin de réparation des dommages ne pouvait être compris sans tenir compte de la jurisprudence dictée à ce sujet par la Cour suprême.

³³ Cour suprême, 2/1/2002, "Gorosito, Juan Ramón vs. Riva S.A. et autres sur les accidents du travail art. 1113 Code Civil - Dommages", Jurisprudence n°. 325:11.

la postérité, la Cour composée de membres différents est revenue sur sa précédente position. Elle a posé le principe de l'inconstitutionnalité d'une clause contractuelle éliminant le principe de la réparation intégrale. Elle s'est fondée, pour cela sur des dispositions du droit international qui ont valeur de lois constitutionnelles. Il s'agit de la symbolique décision « Aquino »³⁴, un arrêt d'une portée importante et qui a justifié, par la suite, des actions en justice pour obtenir la réparation intégrale des dommages subis par les travailleurs victimes d'un accident du travail. Une telle action en justice peut être engagée contre l'employeur ou l'ORI auquel le travailleur est affilié.

Il résultait de cette jurisprudence que les protections accordées au salarié se cumulaient. Le travailleur victime d'un accident du travail pouvait demander des indemnités financières prévues par le système classique des ORI et l'indemnisation intégrale des dommages. Il pouvait également choisir de déposer une autre plainte ou même combiner toutes ces actions. Dans ce dernier cas, l'indemnisation intégrale avait pour but de s'efforcer de réparer les dommages non couverts par les indemnités financières du système.

Cependant, cette combinaison est désormais interdite par la loi 26,773 (adoptée en 2012). Ce texte a apporté une amélioration aux indemnités financières du système mais a également supprimé la possibilité de cumuler les actions. Désormais, le travailleur ayant subi des dommages, doit choisir entre les deux. Dans le cas où il choisit l'indemnisation intégrale, le travailleur devra déposer une demande d'indemnisation devant les tribunaux civils³⁵.

³⁴ Cour suprême, 9/21/2004, "Aquino, Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S.A. sur les accidents du travail loi 9688", Jurisprudence n°. 327:3753.

³⁵ Le dernier cas ne s'applique qu'à la capitale fédérale. Les provinces ont été invitées à adopter la même résolution (Art. 17.2).