

2019/1

# REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

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

## ÉTUDES

DIALOGUE SOCIAL ET DÉMOCRATIE EN TUNISIE DANS UN CONTEXTE DE TRANSITION  
NOURI MZID

LA PARTICIPATION DES TRAVAILLEURS AU NIVEAU DE L'ENTREPRISE ET DE LA  
SOCIÉTÉ EN DROIT BELGE  
FILIP DORSSEMONT, AURIANE LAMINE

INERTIES ET TRANSFORMATIONS DU DROIT DE GRÈVE DANS L'ESPAGNE  
CONTEMPORAINE  
JOSEFA DOLORES RUIZ RESA

LE DROIT DU TRAVAIL SOUS LE RÉGIME TRUMP : EST-IL « POPULISTE » ?  
MATTHEW FINKIN

LE PRINCIPE DE DILIGENCE DANS LA PROCÉDURE JUDICIAIRE SOCIALE EN ALGÉRIE  
CHAKIB BOUKLI-HACÈNE

L'ARRÊT MALADIE, MOTIF DE LICENCIEMENT EN DROIT CHYPRIOTE  
MATINA YANNAKOUROU

PROTECTION ET DROITS LIÉS À LA GROSSESSE ET À LA MATERNITÉ EN DROIT DE L'UE  
SUSANNE BURRI

LE TRAVAIL AUTONOME ÉCONOMIQUEMENT DÉPENDANT EN ESPAGNE  
ESTHER GUERRERO VIZUETE

L'ÉVOLUTION DU POUVOIR DE LICENCIEMENT SANS PRÉAVIS DE L'EMPLOYEUR : DE  
L'ANGLETERRE MÉDIÉVALE AUX COLONIES AUSTRALIENNES  
VICTORIA LAMBROPOULOS

LES SANCTIONS DU LICENCIEMENT ILLÉGITIME EN FRANCE ET EN ITALIE : DES  
DROITS SÉCURISÉS OU INCITATIFS AUX LICENCIEMENTS ?  
ANDREA ALLAMPRESE ET RAPHAEL DALMASSO

LES DÉFIS DE LA SÉCURITÉ SOCIALE MEXICAINE FACE AUX CATASTROPHES  
SOCIO-NATURELLES  
GABRIELA MENDIZÁBAL BERMÚDEZ

## ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

**AFRIQUES :** AFRIQUE DU SUD / ALGÉRIE - **AMÉRIQUES :** ARGENTINE / BRÉSIL /  
CANADA / ETATS-UNIS / PÉROU - **ASIE-OCÉANIE :** AUSTRALIE / JAPON -  
**EUROPE :** ESPAGNE / FÉDÉRATION DE RUSSIE / FRANCE / GRÈCE / ITALIE / PAYS-BAS /  
ROUMANIE / ROYAUME-UNI / SERBIE / SUISSE / TURQUIE

# REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

## Membres du Conseil scientifique :

N. Aliprantis (Grèce), G.-G. Balandi (Italie), U. Becker (Allemagne), U. Carabelli (Italie), J. Carby Hall (Royaume-Uni), A. Cissé Niang (Sénégal), L. Compa (États-Unis), W. Däubler (Allemagne), P. Davies (Royaume-Uni), M. Dispersyn (Belgique), S. Gamonal C. (Chili), Z. Góral (Pologne), M. Iwamura (Japon), J.-C. Javillier (France), P. Koncar (Slovénie), M. Nasr-Eddine Koriche (Algérie), A.-M. Laflamme (Canada), R. Le Roux (Afrique du Sud), A. Lyon-Caen (France), A. Monteiro Fernandes (Portugal), A. Montoya Melgar (Espagne), A. Neal (Royaume-Uni), R. Owens (Australie), C. Papadimitriou (Grèce), P.-G. Pougoué (Cameroun), M. Rodríguez-Piñero (Espagne), J.-M. Servais (Belgique), A. Supiot (France), M. Sur (Turquie), G. Trudeau (Canada), C. Vargha (Bureau International du Travail), M. Weiss (Allemagne), A. Zheng (Chine).

## Directrice de la publication :

Isabelle Daugareilh, COMPTRASEC (UMR CNRS 5114), Université de Bordeaux.

## Secrétaire de rédaction :

Marilyne Mondolfi, COMPTRASEC (UMR CNRS 5114), Université de Bordeaux.

## Mise en page :

Corinne Blazquez, Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine (MSHA).

## Membres du Comité éditorial :

Philippe Auvergnon (CNRS - Université de Bordeaux - France), Adrián O. Goldin (Université de San Andres et Université de Buenos Aires - Argentine), Eri Kasagi (CNRS - Université de Bordeaux - France), Risa L. Lieberwitz (Université de Cornell - États-Unis), Pascale Lorber (Université de Leicester - Royaume-Uni), Stefania Scarponi (Université de Trento - Italie), Yuki Sekine (Université de Kobé - Japon), Achim Seifert (Université Friedrich Schiller de Jéna - Allemagne) et Ousmane O. Sidibé (Mali).

## Correspondants du réseau d'Actualités juridiques internationales :

■ **AFRIQUES** : A. Govindjee et K. Malherbe (Afrique du Sud), C. Boukli-Hacène et Z. Yacoub (Algérie), B. Millefort Quenum (Bénin), P. Kiemde (Burkina-Faso), P.-E. Kenfack (Cameroun), S. Yao Dje et D. Koffi Kouakou (Côte d'Ivoire), P. Kalay (République Démocratique du Congo - Congo Kinshasa), S. Ondze (République du Congo - Congo Brazzaville), I. Yankhoba Ndiaye et M. Bachir Niang (Sénégal), N. Mzid et A. Mouelhi (Tunisie)

■ **AMÉRIQUES** : A. O. Goldin, D. Ledesma Iturbide et J. P. Mugnolo (Argentine), A. V. Moreira Gomes, S. Machado et J. Sarmento Barra (Brésil), R.-C. Drouin, A.-M. Laflamme, L. Lamarche et G. Trudeau (Canada), P. Arellano Ortiz et S. Gamonal C. (Chili), C. Castellanos Avendano, A. N. Guerrero et V. Tobon Perilla (Colombie), R. L. Lieberwitz (États-Unis), P. Kurczyn Villalobos (Mexique), L. Gamarra Vilchez (Pérou), M. Ermida Fernández et H. Barretto Ghione (Uruguay).

■ **ASIE-OCÉANIE** : D. Allen, S. McCrystal et T. Walsh (Australie), A. Zheng (Chine), J. Park (Corée du Sud), G. Davidov (Israël), S. Dake, M. Iwamura, E. Kasagi, H. Nagano, Y. Sekine et Y. Shibata (Japon), S. Taweejamsup (Thaïlande) et Tuấn Kiệt Nguyễn (Vietnam).

■ **EUROPE** : A. Seifert (Allemagne), A. Csuk et G. Löschnigg (Autriche), A. Lamine et V. De Greef (Belgique), A. Filcheva et Y. Genova (Bulgarie), C. Jacqueson (Danemark), I. Vukorepa (Croatie), J. L. Gil y Gil (Espagne), E. Serebryakova et A. Alexandrova (Fédération de Russie), M. Badel, M. Gally, J.-P. Laborde, S. Ranc et M. Ribeyrol-Subrenat (France), C. Papadimitriou et A. Stergiou (Grèce), T. Gyulavári et K. Rúzs Molnár (Hongrie), M. O'Sullivan (Irlande), A. Mattei et S. Nadalet (Italie), B. Bubilaityte Martisiene et G. Tamašauskaitė (Lituanie), S. Burri et N. Gundt (Pays-Bas), M. Gajda, A. Musiała et M. Pliszkiewicz (Pologne), T. Coelho Moreira et A. Monteiro Fernandes (Portugal), M. Stefko et V. Štangová (République Tchèque), F. Rosioru (Roumanie), J. Carby-Hall et P. Lorber (Royaume-Uni), F. Bojić et L. Kovačević (Serbie), P. Koncar et B. Kresal (Slovénie), J. Julén Votinius (Suède) K. Pärli et A. Meier (Suisse), Kübra Doğan Yenisey et M. Sur (Turquie).

REVUE

2019/1

DE DROIT COMPARÉ  
DU TRAVAIL  
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

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

# International Association of Labor Law Journals

---

## IALLJ

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

### Les autres membres de l'association sont :

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

## ÉTUDES

- p. 6**     **NOURI MZID**  
Dialogue social et démocratie en Tunisie dans un contexte de transition
- p. 18**    **FILIP DORSEMONT ET AURIANE LAMINE**  
La participation des travailleurs au niveau de l'entreprise et de la société en droit belge
- p. 40**    **JOSEFA DOLORES RUIZ RESA**  
Inerties et transformations du droit de grève dans l'Espagne contemporaine
- p. 52**    **MATTHEW FINKIN**  
Le droit du travail sous le régime Trump : Est-il « populiste » ?
- p. 62**    **CHAKIB BOUKLI-HACÈNE**  
Le principe de diligence dans la procédure judiciaire sociale en Algérie
- p. 74**    **MATINA YANNAKOUROU**  
L'arrêt maladie, motif de licenciement en droit chypriote
- p. 88**    **SUSANNE BURRI**  
Protection et droits liés à la grossesse et à la maternité en droit de l'UE
- p. 98**    **ESTHER GUERRERO VIZUETE**  
Le travail autonome économiquement dépendant en Espagne
- p. 110**   **VICTORIA LAMBROPOULOS**  
L'évolution du pouvoir de licenciement sans préavis de l'employeur : de l'Angleterre médiévale aux colonies australiennes
- p. 136**   **ANDREA ALLAMPRESE ET RAPHAEL DALMASSO**  
Les sanctions du licenciement illégitime en France et en Italie : des droits sécurisés ou incitatifs aux licenciements ?
- p. 154**   **GABRIELA MENDIZÁBAL BERMÚDEZ**  
Les défis de la sécurité sociale mexicaine face aux catastrophes socio-naturelles

## ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

### AFRIQUES

- p. 169 **AFRIQUE DU SUD** AVINASH GOVINDJEE, *Université Nelson Mandela*  
p. 172 **ALGÉRIE** CHAKIB BOUKLI-HACENE, *Université de Saïda*

### AMÉRIQUES

- p. 176 **ARGENTINE** DIEGO MARCELO LEDESMA ITURBIDE,  
*Université de Buenos Aires*  
p. 180 **BRÉSIL** JULIANO BARRA, *Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*  
p. 182 **BRÉSIL** SIDNEI MACHADO, *Université fédérale de Paraná*  
p. 184 **CANADA** GILLES TRUDEAU, *Université de Montréal*  
p. 188 **ETATS-UNIS** RISA L. LIEBERWITZ, *Université de Cornell,*  
*École des relations industrielles et du travail*  
p. 190 **PÉROU** MARIA KATIA GARCIA LANDABURU,  
*Université pontificale catholique du Pérou*

### ASIE - OCÉANIE

- p. 194 **AUSTRALIE** TAMARA WALSH, *Université du Queensland*  
p. 198 **JAPON** ERI KASAGI, *Université de Bordeaux*  
HITOMI NAGANO, *Université de Sophia*

### EUROPE

- p. 202 **ESPAGNE** JOSÉ LUIS GIL Y GIL, *Université d'Alcalá*  
p. 206 **FÉDÉRATION DE RUSSIE** ELENA SEREBRYAKOVA, *Université nationale  
de recherche « École des hautes études en sciences économiques »*  
p. 210 **FRANCE** MARION GALY, *Université Bretagne Sud*  
p. 214 **FRANCE** JEAN-PIERRE LABORDE, *Université de Bordeaux*  
p. 218 **GRÈCE** COSTAS PAPADIMITRIOU, *Université Nationale et  
Kapodistriaque d'Athènes*  
p. 222 **ITALIE** SYLVAIN NADALET, *Université de Vérone*  
p. 226 **PAYS-BAS** NICOLA GUNDT, *Université de Maastricht*  
p. 230 **ROUMANIE** FELICIA ROSIORU, *Université Babes-Bolyai de Cluj-Napoca*  
p. 234 **ROYAUME-UNI** JO CARBY-HALL, *UNIVERSITÉ DE HULL*  
p. 238 **SERBIE** LJUBINKA KOVAČEVIĆ, *Université de Belgrade*  
p. 242 **SUISSE** ANNE-SYLVIE DUPONT, *Universités de Neuchâtel et Genève*  
p. 246 **TURQUIE** MELDA SUR, *Université Dokuz-Eylül*

*Cher(e)s lecteurs (trices), chers auteur(e)s,*

*Nous dédions ce numéro à la mémoire de Sandrine Laviolette, Ingénieure d'études à l'Université de Bordeaux et rédactrice en chef de la Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale grâce à laquelle cette Revue a pu évoluer et devenir ce qu'elle est à ce jour. Sandrine Laviolette nous a laissé en héritage les liens d'une exceptionnelle qualité qu'elle avait tissés avec chaque auteur et chaque correspondant de la Revue, ce qui nous porte à poursuivre l'œuvre déjà accomplie.*

*Isabelle Daugareilh*

ÉTUDES



# L'ÉVOLUTION DU POUVOIR DE LICENCIEMENT SANS PRÉAVIS DE L'EMPLOYEUR : DE L'ANGLETERRE MÉDIÉVALE AUX COLONIES AUSTRALIENNES



## RÉSUMÉ

Le licenciement sans préavis, également appelé licenciement pour cause légitime, est un pouvoir inhérent à la qualité d'employeur dans les contrats de travail actuels. Tel n'a pourtant pas toujours été le cas. Depuis l'époque médiévale, la réglementation du travail anglaise, connue sous le nom de *loi sur les maîtres et les serviteurs*, a fortement entravé ce pouvoir et même interdit, initialement, le recours au licenciement. Cet article retrace les tentatives de réglementer ce pouvoir jusqu'au milieu du 20<sup>ème</sup> siècle. Il montre comment les législations britanniques puis australiennes ont eu recours au droit pénal pour répondre aux allégations de mauvaise conduite ou de désobéissance des serviteurs (salariés). La nature très hiérarchisée de la société britannique considérant que ces salariés appartenaient à une classe inférieure, autorisait de telles lois barbares. Les colonies australiennes y ont ajouté leurs propres mesures, tout aussi sévères. Cependant, au 20<sup>ème</sup> siècle, la contractualisation du droit a mis fin à l'emprise de la loi sur les maîtres et les serviteurs et de la loi pénale dans ce domaine. C'est ainsi que le pouvoir privé, tel que nous le connaissons de nos jours, a pu se développer. Quelques vestiges de l'ère des maîtres et des serviteurs demeurent toutefois aujourd'hui.

**MOTS CLÉS :** *Licenciement sans préavis, Angleterre médiévale, Australie, 20<sup>ème</sup> siècle.*

## ABSTRACT

Summary dismissal otherwise known as dismissal for cause is an inherent employer power in the contract of employment today. But this has not always been the case. From medieval times, English labour regulation known as the master servant law heavily interfered with this power by initially prohibiting its use. This article traces the attempted regulation of this power through to the middle of the 20th century. It is a portrayal of how successive legislation in Britain and in Australia resorted to the criminal law to respond to servants' (employees') alleged misconduct and disobedience. Furthermore, the hierarchical nature of British society that viewed these employees as lower-class gave licence to such barbaric laws. The Australian colonies added their own equally harsh measures to the laws. However, by the 20th century the contractualisation of the law released the hold which the master servant law and the criminal law had over the area. This enabled the private power as we know it today to develop. However, there are still some remnants of the master servant era which remain.

**KEYWORDS :** *Summary Dismissal, Medieval Britain, Australia, 20th Century.*

Cet article présente l'histoire du pouvoir de licenciement sommaire de l'employeur, également appelé licenciement motivé, ou pour cause légitime. Le licenciement sommaire consiste à renvoyer un salarié sans préavis. Il est immédiat et peut avoir des conséquences graves pour le salarié, tant sur le plan économique que psychologique<sup>1</sup>. Il s'agit d'un pouvoir inhérent à la qualité d'employeur dans le cadre du contrat de travail. La *common law* va même jusqu'à définir les causes ou les motifs sur lesquels un employeur peut s'appuyer pour justifier la décision de licencier un salarié sans préavis<sup>2</sup>. Un employeur n'a pas besoin de se préoccuper du contenu du contrat de travail en incluant une clause expresse concernant le licenciement motivé, car elle est toujours implicite. Notre étude commence à l'époque médiévale et se termine vers le milieu du 20<sup>ème</sup> siècle, en ce qui concerne le Royaume-Uni ; la discussion concernant le droit australien commence au moment de la colonisation britannique et se poursuit jusqu'à la période actuelle. Les récits historiques révèlent les conditions strictes régissant le pouvoir dont dispose un employeur pour licencier ses salariés avant la fin de leur contrat. Il était rare d'être employé pour une durée indéterminée. Les travailleurs étaient embauchés pour une durée déterminée ou avaient un emploi saisonnier. Le pouvoir privé de licencier un travailleur pour un motif valable est une invention relativement récente. La tradition anglaise était plutôt d'orienter ou de guider son utilisation et parfois même de l'interdire par le biais d'une intervention législative. Il n'y a eu qu'une brève période où les employeurs ont eu un pouvoir relativement sans entrave de licencier leurs salariés. Mais même à ce moment-là, ce pouvoir n'était pas véritablement absolu, dans la mesure où il existait des restrictions légales à la capacité des employeurs de licencier pour un motif valable, au moins depuis l'époque médiévale. A cela s'ajoutait la tradition consistant à donner un préavis aux salariés en cas de licenciement<sup>3</sup>. Le résumé historique montre également une criminalisation du sujet dans les lois applicables en Grande Bretagne et en Australie. Les colonies australiennes ont initialement adopté les lois draconiennes de la Grande Bretagne et, loin de les assouplir, ont renforcé leur dureté. Cependant, au moment de la Fédération, il existait déjà des signes indiquant que les cours supérieures australiennes n'allaient pas nécessairement suivre leurs homologues britanniques.

1 Voir *Rankin v Marine Power International Pty Ltd* (2001) 107 IR 117, 142 [247] (VSC) (Gillard J), *McKinley v BC Tel* [2001] 2 SCR 161, 189 [54] (Iacobucci J).

2 Les motifs implicites sont l'inconduite, la désobéissance, la négligence et l'incompétence.

3 Pour une discussion détaillée, voir S. Jacoby, "The Duration of Indefinite Employment Contracts in the United States and England: An Historical Analysis", *Comparative Labor Law*, 1982, n° 5, p. 85.

Il est important de retracer l'évolution du droit car elle révèle des informations précieuses sur le contexte et les conditions dans lesquels les lois ont évolué. Cela peut aussi révéler les postulats cachés et non contestés, appliqués par les tribunaux<sup>4</sup>. Les concepts juridiques qui régissent la relation née du contrat de travail ont évolué au fil des siècles. Ils se sont développés selon différents paradigmes sociaux et économiques et continuent de faire partie de la loi actuellement en vigueur. Dans le cas du licenciement sommaire les causes ou motifs pouvant justifier le licenciement sommaire ont pris forme dans l'Angleterre du 19<sup>ème</sup> siècle, à une époque où les valeurs de la société étaient très différentes de ce qu'elles sont aujourd'hui<sup>5</sup>. Deakin a très justement noté que « les concepts juridiques, tels que le contrat de travail... [ne sont pas]... des créations intemporelles de l'imaginaire juridique »<sup>6</sup>. Elles n'évoluent pas en vase clos. Elles sont au contraire façonnées par des facteurs complexes tels que les valeurs, la politique, la structure et l'administration des stratégies procédurales et de police ancrés dans une culture à un moment donné de l'histoire.

Après avoir clarifié un certain nombre de termes essentiels, la première partie abordera le droit légal adopté en Angleterre suite à la peste noire (I). La deuxième partie analyse l'apparition du pouvoir privé de licenciement suite à la fusion du droit et des principes du contrat (II). Enfin la troisième partie examine le droit tel qu'il a été reçu et appliqué en Australie (III).

## I - LA RELATION MAÎTRE-SERVITEUR

La relation maître-serviteur est la principale source juridique du droit du travail moderne, pour tous les pays qui faisaient partie de l'Empire britannique<sup>7</sup>. Si son degré d'influence sur le contrat de travail est contesté, il est clair que la législation du travail moderne découle de cette relation<sup>8</sup>. Ce corpus normatif a dominé la réglementation de la Grande Bretagne et de l'ensemble de l'Empire britannique pendant plus de 500 ans<sup>9</sup>. Il n'est pas surprenant que les lois diffèrent beaucoup au sein de l'Empire, y compris en Australie, car toutes les colonies avaient leur propre conception de la relation, tenant compte des conditions locales<sup>10</sup>. Hay et Craven, dans leurs travaux fondateurs sur la relation maître-serviteur au sein de l'Empire britannique identifient trois caractéristiques importantes de

4 S. Deakin, "The Contract of Employment: A Study in Legal Evolution", *Historical Studies in Industrial Relations*, 2001, vol. 11, n° 3, p. 4.

5 M.R. Freedland, *The Contract of Employment*, Clarendon Press, 1976, p. 194. Freedland note que les concepts trouvent leur origine dans les attitudes sociales du 19<sup>ème</sup> siècle.

6 S. Deakin, "The Contract of Employment", *op. cit.*, 4.

7 D. Hay, P. Craven, "Introduction" in D. Hay et P. Craven (éd.), *Masters, Servants, and Magistrates in Britain and the Empire, 1562-1955*, University of North Carolina Press, 2004, 1, 12.

8 S. Deakin, "The Contract of Employment", *op. cit.*, Deakin explique que « l'héritage de la loi sur les maîtres et serviteurs était l'assimilation par le droit coutumier d'un modèle hiérarchique et disciplinaire de service », *op. cit.*, p.24.

9 De nombreux ouvrages estiment datent l'origine de cette réglementation avec l'adoption du *Statute of Labourers 1351*, précédé de l'*Ordinance of Labourers 1349*. Ces lois ont été adoptées au lendemain de la peste noire. Voir D. Hay et P. Craven, *op. cit.*, sp.p. 5 et 33. Voir aussi M. Linder, *The Employment Relationship in Anglo-American Law: A Historical Perspective*, Greenwood Press, 1989, p. 46.

10 D. Hay, P. Craven, 'Introduction' *op. cit.*, sp.p.14.

cette relation<sup>11</sup>. La première était qu'il « s'agissait d'un contrat ou d'un accord privé, portant sur le travail et les salaires »<sup>12</sup>. Hay et Craven notent en outre que le droit de l'employeur de donner des ordres au salarié était présumé et que cela faisait donc partie intégrante de l'arrangement juridique existant entre les parties. On supposait également que le salarié avait le devoir d'obéir aux ordres de l'employeur<sup>13</sup>. La seconde caractéristique concernait l'application sommaire des lois par des juges de paix. Leurs décisions constituaient le premier niveau de l'autorité légale, au bas de la hiérarchie des tribunaux, ce qui concordait avec la nature de ces lois réglementant le travail des pauvres ; ces procédures sommaires rendaient la loi plus accessible. Cependant, de nombreuses décisions n'étaient, de ce fait, pas enregistrées et n'étaient pas supervisées par les tribunaux de niveau supérieur dans la hiérarchie judiciaire<sup>14</sup>. En Australie, il existe des raisons de penser que les magistrats appliquaient mal la loi et ont souvent, à tort, tranché des affaires en faveur des maîtres et non des serviteurs<sup>15</sup>. La troisième caractéristique, qui était peut-être la démonstration la plus évidente de la politique qui sous-tendait ces lois, était la façon dont les procédures criminalisaient les infractions aux lois sur les maîtres et les serviteurs<sup>16</sup>.

## II - QUI ÉTAIENT LES SERVITEURS ?

Tout au long de cet article, les termes de « maître » permettent de désigner l'« employeur » et celui de « serviteur » le « salarié ». Ce sont les termes juridiques désignant autrefois les parties actuelles à la relation de travail dans le droit anglais. Il est donc utile d'expliquer qui étaient les serviteurs. Selon les commentaires de Blackstone, un serviteur était un travailleur engagé par un propriétaire terrien pour travailler chez lui et dans ses propriétés en tant que domestique ou serviteur. Il fait également mention des apprentis et des ouvriers, qui étaient aussi des serviteurs. La quatrième catégorie de serviteurs mentionnée par Blackstone était celle des salariés d'un statut supérieur, considérés comme investis d'une « responsabilité officielle », comme dans le cas des intendants et des régisseurs<sup>17</sup>. Dans la littérature, il existe certaines controverses concernant la classification des serviteurs. Steinfeld indique qu'il y a plusieurs usages du mot « serviteur ». Il souligne toutefois une caractéristique constante, à savoir que ce terme désigne la personne occupant une position subalterne dans la relation de travail. La relation maître-serviteur consacre une forme de travail subordonné<sup>18</sup>. Une grande partie des lois dont il est question ici fait référence à une catégorie de travailleurs considérés comme pauvres et occupant une fonction subordonnée dans les relations de travail.

11 *Ibid.*, sp.p. 1.

12 *Ibid.*

13 Voir J. Youings, *Sixteenth-Century England* (A Lane, 1984) 292 sur la politique fondant le *Statute of Artificers 1562*.

14 D. Hay e, P. Craven, 'Introduction', *op. cit.*, sp.p.2.

15 A. Merritt, "The Historical Role of Law in the Regulation of Employment Law - Abstentionist or Interventionist?", *Australian Journal of Law and Society*, 1982, 56, 72-5.

16 Voir D. Hay, P. Craven, 'Introduction', *op. cit.*, sp.p.32..

17 Sir W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Press, 1765-1769, p. 423.

18 Voir R. J Steinfeld, *The Invention of Free Labour: The Employment Relation in English and American Law and Culture, 1350-1870*, Chapel Hill, 1991, p. 17,

Les travailleurs des classes moyennes percevaient un salaire et n'étaient pas soumis aux lois sur les maîtres et les serviteurs<sup>19</sup>. Si on ne sait pas exactement où se trouvait la ligne distinguant les travailleurs de statut plus élevé de ceux de statut inférieur, on peut dire qu'en général, les salariés de bureau, les cadres, les gouvernantes, les directeurs d'entreprise et les autres travailleurs des professions émergentes appartenaient à une classe supérieure<sup>20</sup>. Pour les travailleurs de la classe moyenne, il n'existait pas de restrictions similaires à celles imposées aux personnes soumises aux lois sur les maîtres et les serviteurs.

### III - LE DROIT LÉGAL ADOPTÉ EN ANGLETERRE SUITE À LA PESTE NOIRE

#### A - UN POUVOIR INTERDIT

##### 1 - La loi de 1351 sur le statut des travailleurs

La loi de 1351 sur le statut des travailleurs (*Statute of Labourers 1351*), précédée par l'ordonnance de 1349 sur les travailleurs (*Ordinance of Labourers 1349*), a été l'un des plus importants textes de l'histoire de la réglementation du travail anglaise. Ses principaux éléments allaient orienter la réglementation du travail en Grande-Bretagne des cinq siècles suivants. Elle a également eu l'effet à long terme d'enraciner la notion de statut dans le contrat de travail qui subsiste dans les règles régissant les contrats de travail actuels<sup>21</sup>. Cette loi s'appliquait aux travailleurs pauvres. Cette catégorie de travailleurs ne disposait pas de source de revenu indépendante ; ils devaient compter sur la vente de leur travail pour survivre. Cette loi, et celles adoptées par la suite, ont établi une structure hiérarchisée entre les travailleurs manuels ou subalternes et les travailleurs appartenant aux classes moyennes. Ces derniers étaient considérés comme des travailleurs professionnels et salariés. L'importance des modifications apportées par cette loi au droit du travail et aux coutumes préexistantes est contestée dans la littérature. Il semblerait que certaines dispositions et coutumes préexistantes aient été intégrées dans cette loi, notamment celles de Londres<sup>22</sup>.

19 On les appelait parfois employés. Voir S. Deakin, Fr. Wilkinson, "The Duty to Work" in *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, 2005, p. 79.

20 *Ibid.*

21 J. Macken, G. McGarry, C. Sappideen, *The Law of Employment*, Lawbook, 2<sup>e</sup> éd, 1984, p. 7. C'est particulièrement évident dans le contexte du devoir d'obéissance du salarié qui suppose que le salarié est subordonné à l'employeur.

22 R. Braid, "Behind the Ordinance of Labourers: Economic Regulation and Market Control in London before the Black Death", *The Journal of Legal History* 3, 2013, vol. 34, n° 1, p. 3. A. Musson, "New Labour Laws, New Remedies? Legal Reaction to the Black Death 'Crisis'" in N. Saul (ed), *Fourteenth Century England I*, Boydell Press, 2000, p. 73. E. Clark, "Medieval Labour Law and English Local Courts", *American Journal of Legal History*, 1983, n° 27, p. 330.

Adoptée à la suite de la peste noire, cette loi a été introduite en réponse à la pénurie de main-d'œuvre, conséquence de la dévastation causée par cette épidémie<sup>23</sup>. Les rédacteurs de cette loi ont répondu à ces préoccupations en limitant la mobilité de la main-d'œuvre et le niveau des salaires. En particulier, la loi a gelé les salaires au niveau atteint avant la peste<sup>24</sup>. Des sanctions sévères étaient imposées en cas d'infraction à ces dispositions, notamment une peine d'emprisonnement pour les serviteurs<sup>25</sup>. L'objectif de la loi était d'intervenir dans la dynamique de la négociation privée de la relation de travail. Son objectif premier, tel qu'exprimé par le législateur lui-même, était de faire en sorte que « tout homme ou femme apte, ayant une bonne capacité physique et âgé de moins de 60 ans soit obligé de travailler »<sup>26</sup>. L'emploi des travailleurs en Angleterre est alors devenu une branche du droit pénal. Les principales dispositions de la loi n'encourageaient pas les échanges contractuels libres ou volontaires. Toutefois, la conclusion d'accords privés demeurerait le mécanisme juridique utilisé pour coordonner les relations de travail individuelles. Il en a résulté un curieux amalgame de droit privé et droit public. Cette loi a érigé en infraction pénale le fait de quitter son emploi. Elle a également établi l'infraction du refus d'une offre d'emploi et imposé des plafonds sur les salaires. Toutes les personnes physiquement aptes qui n'étaient pas des propriétaires fonciers étaient tenues d'accepter un travail dans les conditions imposées par la loi<sup>27</sup>. Ces dispositions étaient scandaleusement déséquilibrées en faveur des propriétaires terriens de l'époque. Cependant, les recherches démontrent que les objectifs principaux de la loi n'ont pas été atteints. Les spécialistes de l'histoire économique ont identifié des infractions à la loi de travailleurs qui choisissaient de prendre le risque d'une sanction pénale pour chercher ailleurs de meilleures conditions de travail<sup>28</sup>. Postan l'explique ainsi :

La loi de l'offre et de la demande s'est avérée plus forte que la pression des employeurs et que la législation en vigueur, les salaires ayant continué à augmenter au cours du quinzième siècle<sup>29</sup>.

- 
- 23 W. P. Quigley, "Five Hundred Years of English Poor Laws, 1349-1834: Regulating the Working and Nonworking Poor", *Akron Law Review*, 1996-1997, n° 30, p. 73, 82. Selon cet auteur, les Lois ont été élaborées en réaction à plusieurs forces qui provoquèrent un bouleversement social en Angleterre dans les années 1300 : la fin du féodalisme remplacé par le capitalisme, la peste noire et la famine, qui, associées, ont touché près du tiers de la population et créaient une grave pénurie de main-d'œuvre. Quigley renvoie au aussi aux travaux de Karl Polanyi, *The Great Transformation*, Beacon Press, 1957, p. 179. Voir ses travaux sur le déclin du féodalisme au début du 14<sup>ème</sup> siècle.
- 24 *Ibid.* p. 82.
- 25 S. Penn, Ch. Dyer, "Wages and Earnings in Late Medieval England: Evidence from the Enforcement of the Labour Laws", *The Economic History Review*, 1990, vol.43, n° 3, p. 356.
- 26 Voir L. R. Poos, "The Social Context of Statute of Labourers Enforcement", *Law and History Review*, 1983, vol.21, n° 1, p. 27. Voir sur le contenu du statut, E. F. Henderson, *Select Historical Documents of the Middle Ages*, George Bell & Sons, 1896, reproduit dans *The Avalon Project*, Yale Law School, 2008 <http://avalon.law.yale.edu/medieval/statlab.asp>.
- 27 J. Bennett, "Compulsory Service in Late Medieval England", *Past and Present*, 2010, vol.209, n° 1, p. 7.
- 28 S. Penn, Ch. Dyer, *op. cit.* p. 357.
- 29 M. Postan, *The Medieval Economy and Society: An Economic History of Britain in the Middle Ages*, Pelican Books, 1975, p. 170. Voir également B. J. Putnam, *The Enforcement of the Statutes of Labourers during the First Decade after the Black Death 1349-1359*, Columbia University, 1908, p. 3-4.

## 2. La clause contractuelle

La loi prévoyait toutefois des situations dans lesquelles des serviteurs pouvaient quitter leurs fonctions avant la fin du terme convenu. Cela a été décrit dans le travail fondateur de Putnam par l'expression de « clause contractuelle »<sup>30</sup>. Il ne s'agissait pas en l'occurrence d'un pouvoir permettant de licencier un serviteur, mais d'une clause qui permettait aux serviteurs qui quittaient leur maître en raison d'une « permission ou d'un motif raisonnable » d'échapper aux dispositions pénales de la loi. Les serviteurs pouvaient gagner leur liberté s'ils étaient en mesure de prouver qu'ils avaient un « motif raisonnable » de quitter le service de leur maître.

La loi prévoyait ce qui suit : si un moissonneur, un faucheur, un autre ouvrier ou serviteur, quel que soit son statut ou sa condition, au service de quiconque, quitte ledit service avant la fin du terme convenu, sans autorisation ni *motif raisonnable*, est passible d'une peine d'emprisonnement, personne ne pouvant prétendre le recevoir ou le garder à son service<sup>31</sup>.

Bon nombre de documents des tribunaux examinés dans les travaux de Putnam font référence à des actions intentées par des maîtres contre des serviteurs partis plus tôt que prévu, sans la permission requise ni « motif raisonnable »<sup>32</sup>. Les maîtres cherchaient invariablement à invoquer les sanctions pénales. L'analyse par Clark des archives judiciaires indique que les maîtres se risquaient plus volontiers à engager des actions en justice contre des serviteurs que les serviteurs contre leurs maîtres<sup>33</sup>. Des sanctions étaient également prévues pour empêcher que l'on incite les serviteurs à quitter un maître pour un autre. On parlerait aujourd'hui du « débauchage » des serviteurs<sup>34</sup>. La loi n'était toutefois pas appliquée de manière systématique par les autorités ; il est dès lors possible que nous en ayons une image inexacte. En tout état de cause, les serviteurs et les maîtres ont souvent enfreint ces dispositions légales<sup>35</sup>. Cela démontre que malgré tout les travailleurs rompaient leurs engagements pour rechercher des salaires plus élevés. Certains refusaient également de travailler pendant certaines périodes ou choisissaient de rester « inactifs » tandis que les ouvriers ou employés agricoles se déplaçaient dans le pays à la recherche d'un meilleur salaire<sup>36</sup>. Dans l'ensemble, la loi n'a donc pas réussi à contrôler les conditions du marché dans la mesure souhaitée<sup>37</sup>. Si les cas d'application sont rares, les dispositions pénales n'ont pas dissuadé certains travailleurs d'intenter des poursuites contre leurs maîtres. Ainsi, « les serviteurs poursuivaient leurs maîtres pour les avoir expulsés sans motif valable »<sup>38</sup>. Malheureusement, les recherches ne disent rien de plus sur la façon dont le « motif valable » était plaidé et discuté.

30 B.J. Putnam, *op. cit.*, p. 71.

31 *Statute of Labourers 1351*.

32 B.J. Putnam, *op. cit.*, sp.p.71, 74, 78, 82-7.

33 E. Clark, *op.cit*, p. 335, 338 (Table 1).

34 S. Jacoby, *op.cit*, sp.p.87.

35 S. Penn, Ch. Dyer, *op. cit*.

36 *Ibid*, sp.p.360, 362.

37 M. Postan, *op. cit*.

38 E. Clark, *op. cit.*, sp.p.335.

### 3. L'absence de droit de licencier pour faute

Macdonell décrit une loi du 15<sup>ème</sup> siècle qui édictait que l'on n'avait pas le droit de renvoyer un serviteur pour désobéissance ou inconduite<sup>39</sup>. Dans son explication de la règle juridique, Macdonell cite une loi datant du règne du roi Henri VI, de 1421 à 1471 selon laquelle un maître ne peut pas renvoyer son serviteur sans le consentement de ce dernier. Le compte-rendu de Macdonell est également corroboré par les observations de Freedland dans son ouvrage sur le contrat de travail, selon lequel il n'existait aucun droit de l'employeur de congédier un salarié pour inconduite ou désobéissance jusqu'au 19<sup>ème</sup> siècle<sup>40</sup>.

Du point de vue du droit du travail moderne, l'impossibilité d'un licenciement pour faute ou désobéissance semble difficile à concevoir, car il est au cœur même des pouvoirs conférés à l'employeur par les contrats de travail modernes. Il est toutefois important de souligner qu'à cela s'ajoutait la possibilité d'éventuelles poursuites pénales prévues par la loi, pouvant être engagées par les maîtres qui souhaitaient prendre des mesures disciplinaires à l'encontre de leurs salariés. Chose étonnante, les dispositions relatives à la peine ne dépendaient pas d'une constatation d'inconduite ou de désobéissance. Le droit statutaire n'a pas été aussi loin et n'a pas défini les circonstances dans lesquelles une action pénale pouvait être intentée avant 1747, dans la première loi sur les maîtres et les serviteurs<sup>41</sup>. Les principales actions invoquées et entraînant une pénalité étaient la cessation de service avant la fin du contrat ou le refus d'accepter un travail moyennant un salaire déterminé.

## B. UN POUVOIR SOUS SURVEILLANCE

### 1. La loi de 1562 sur le statut des artisans

La loi élisabéthaine de 1562 sur le statut des artisans (*Statute of Artificers 1562*) remplaçait celle de 1351 sur le statut des travailleurs (*Statute of Labourers 1351*). Cette loi s'est immiscée dans la relation de travail d'une manière inédite pour la législation du travail anglaise. Dans ce texte, les dispositions relatives au service obligatoire étaient plus détaillées que celles de la loi précédente. Quigley souligne que le premier principe de cette loi était que tout le monde était obligé de travailler. Toute personne non mariée et même toute personne mariée âgée de moins de trente ans, qui avait moins de quarante shillings et qui n'était pas déjà employée, avait l'ordre de devenir un serviteur à l'année quel que soit le métier pour lequel elle avait été formée. Toutes les personnes âgées de 12 à 60 ans étaient obligées de travailler. Si elles n'avaient pas de travail, elles seraient obligées de travailler pour un agriculteur local pendant un an<sup>42</sup>.

39 J. Macdonell, *The Law of Master and Servant*, Stevens & Sons, 1883, p. 224.

40 M. Freedland, *op. cit.*, sp.p.195.

41 *Master and Servant Act 1747* pts II, IV.

42 W.P. Quigley, *op. cit.*, sp.p.98.

Contrairement à la loi précédente, celle-ci introduisait une disposition relative au licenciement d'un serviteur avant la fin d'un contrat. Elle conservait également l'expression « motif raisonnable » aux fins de justifier le congédiement du serviteur. L'article 5 de la loi de 1562 sur le statut des artisans prévoyait qu'« aucune personne ne retiendra un serviteur ou ne congédiera ledit serviteur... à moins qu'un *motif raisonnable et suffisant* ne soit accepté devant deux juges, ou un juge au moins...<sup>43</sup> ». Cette disposition n'allait pas jusqu'à conférer aux maîtres le pouvoir de révoquer un serviteur, puisque le licenciement était soumis au contrôle des tribunaux. Les motifs justifiant le renvoi anticipé des domestiques étaient dissimulés sous la formule « un motif raisonnable et suffisant » ; il existe peu de cas enregistrés qui concrétisent ces termes. Il est probable que les juges de paix aient appliqué ce pouvoir en faveur des maîtres. Il semble même y avoir peu de preuves d'une quelconque tentative d'élaboration d'une jurisprudence concernant l'interprétation de cette formule.

La loi restreignait toujours la mobilité de la main-d'œuvre de la même manière qu'auparavant, c'est-à-dire en condamnant à la prison les salariés qui refusaient de travailler et ceux qui quittaient prématurément leur service. Cette loi maintenait également des règles strictes concernant les plafonds de salaire pouvant être négociés entre maîtres et serviteurs. Le non-respect de ces dispositions pouvait entraîner une sanction pénale. Les pouvoirs de licenciement de l'employeur étaient également restreints, conformément aux politiques générales de limitation du taux de rémunération et de la mobilité de la main-d'œuvre. La loi visait à réglementer de nombreux domaines de la vie quotidienne, tels que les heures de travail et de repos et même les moments où les gens pouvaient faire du sport<sup>44</sup>.

## 2. La loi de 1747 sur les maîtres et les serviteurs

La loi de 1747 sur les maîtres et les serviteurs (*Master and Servant Act 1747*) énonçait des motifs précis permettant de congédier un serviteur avant la fin du terme prévu. Cette loi complétait les dispositions qui figuraient dans la loi sur le statut des artisans. Les motifs de renvoi étaient toujours traités comme des infractions pénales. Il s'agissait des délits, défaillances ou fautes<sup>45</sup>. La promulgation de 1823 modifie légèrement les termes en retenant les délits, manquements ou fautes<sup>46</sup>. Les motifs étaient vagues et indéfinis.

43 *Statute of Artificers 1562*, s 5

44 D. Birley, *Sport and the Making of Britain*, Manchester University Press, 1995, p. 65.

45 Voir *Master and Servant Act 174*, pts II, IV.

46 *Master and Servant Act 1823*, 4 Geo 4, c 34, pt III.

L'affaire sur le « droit d'installation »<sup>47</sup> présentée ci-après a été examinée à la lumière des dispositions de la loi de 1747 sur les maîtres et les serviteurs<sup>48</sup>.

Dans *R v Hulcott (habitants)*<sup>49</sup>, Lord Kenyon décrit les motifs pour lesquels un serviteur (un « indigent » en réalité puisque cette affaire portait également un litige sur le « droit d'installation ») pouvait être congédié. Les faits étaient les suivants. Une personne décrite dans le rapport du tribunal comme étant une indigente nommée E Lamb avait été engagée pour travailler dans une laiterie du village de Potterspurty. Le procès-verbal du tribunal indique qu'elle a perdu la raison. On ignore comment cela s'est passé et quelle maladie particulière a pu affecter Mme Lamb. En tout état de cause, son maître, M. J. Scrivener, l'a jugée inapte au travail. Elle a ensuite été amenée par son maître devant un juge de paix pour obtenir un ordre de renvoi de son service pour cause de maladie. Le juge de paix a accordé l'ordonnance demandée par M. Scrivener. Dix jours après que cette ordonnance ait été rendue, Mme Lamb a été renvoyée de Potterspurty par deux juges et envoyée dans le hameau de Hulcott, où elle a obtenu un « droit d'installation ». Les habitants du hameau ont fait appel de cette ordonnance et ont contesté le droit d'installation de Mme Lamb. Lord Kenyon a évoqué des décisions antérieures sur les motifs légaux du licenciement des indigents. Il souligne que le renvoi d'un serviteur pour cause d'aliénation n'était pas un motif légal de licenciement. Ainsi, dans *R v Hanbury*, le juge Lee a déclaré « Le juge ne peut congédier qu'en cas de faute. » Le [Master and Servant Act 1747] précise le [Statute of Artificers 1562] et indique que le maître ne peut demander le renvoi d'un serviteur qu'en cas de différend ou de litige avec le serviteur, ou en cas de faute de ce dernier. Dans diverses affaires, ce même tribunal a jugé que la maladie d'un serviteur constituait un motif raisonnable d'absence et si tel est le cas, cela ne peut être un motif raisonnable pour le licenciement d'un serviteur<sup>50</sup>.

47 Le droit d'installation est une coutume selon laquelle il incombe à une paroisse ou un village d'aider les pauvres qui s'installent dans son périmètre. Dès le 17<sup>ème</sup> siècle, ce droit est légiféré et il est devenu essentiel pour pouvoir bénéficier de l'aide d'une paroisse donnée, l'administration des secours relevant en effet en Angleterre de la responsabilité de la paroisse. Par conséquent, si quelqu'un avait le droit de s'installer dans ladite paroisse, il avait droit également à ces secours. C'est devenu un principe crucial de l'aide aux plus démunis. Il existait de nombreux moyens d'obtenir un droit d'installation. Il semble que l'on ait pu avoir plusieurs droits d'installation. Par exemple, une personne avait un droit d'installation automatique dans la paroisse où elle était née. Cependant, elle pouvait aussi acquérir des droits en étant embauchée comme domestique pour une période ininterrompue de 365 jours. Les paroisses ont été à l'origine de nombreux litiges visant à contester les prétentions au droit d'installation des personnes, car la législation donnait également aux paroisses le droit de renvoyer des personnes de leur territoire. Voir S. Deakin et Wilkinson, *op. cit.*, sp.p. 115-20.

48 S. Deakin, Fr. Wilkinson, *op. cit.*, sp.p. 63. Les lois sur les maîtres et les serviteurs, dont la première a été adoptée en 1747, ont été introduites pour mieux réglementer les serviteurs et certains apprentis. Le préambule de la loi de 1747 indiquait que l'objectif était de mieux réglementer ces relations et de faciliter « la récupération du salaire de certains serviteurs », Voir *Master and Servant Act 1747* Préambule.

49 (1796) 6 TR 583.

50 *R v Hulcott (Inhabitants)* (1796) 6 TR 583. Voir *Master and Servant Act 1747* pts II, IV.

L'ordonnance de licenciement a été annulée par la Cour, non pour cette raison mais pour le motif que l'ordonnance avait été rendue pour défaut de compétence<sup>51</sup>. On ne sait pas ce qui est arrivé à Mme Lamb. Morris note également que si un serviteur était en phase terminale d'une maladie, son maître était tenu de subvenir à ses besoins, y compris en finançant les soins médicaux<sup>52</sup>. Les travaux de Steedman sur les femmes impliquées dans ces affaires de « droit d'installation » ne révèlent pas ce qui est arrivé à Mme Lamb ; mais compte tenu de cette obligation, si sa maladie était considérée comme incurable, il est possible que Mme Lamb soit retournée à Potterspurty où son maître a été obligé de prendre soin d'elle<sup>53</sup>. Etant donné que le maître de Mme Lamb voulait qu'elle cesse d'être à son service, il est probable qu'il ne lui ait pas réservé le meilleur accueil à son retour<sup>54</sup>.

L'autre motif pouvant influencer sur un licenciement non prévu par la loi était lié à des raisons morales, par exemple, lorsqu'une servante non mariée tombait enceinte. Le jugement rendu en 1777 dans une demande de « droit d'installation » dans l'affaire *R v Brampton (habitants)* était invoqué pour montrer aux juges de paix qu'ils n'avaient pas le pouvoir d'intervenir dans le licenciement d'un serviteur par son maître en cas de « turpitude morale<sup>55</sup> ».

Même si la possibilité d'un renvoi anticipé était prévue par la loi, en passant par l'ordonnance d'un juge de paix, il est probable que d'autres types pénalités aient été appliquées plus fréquemment comme la prison, le retrait du salaire ou des amendes. Les recherches de Naidu et Yuchtman indiquent que des ordonnances autorisant un licenciement anticipé n'étaient pas souvent rendues. Les juges de paix rendaient des ordonnances qui établissaient que le serviteur était toujours lié légalement à son maître « lésé » qui avait été affecté par la mauvaise conduite, la désobéissance ou la faute de ce serviteur<sup>56</sup>.

## IV - L'EXPANSION DU POUVOIR PRIVÉ DE LICENCIEMENT

### A - LE POUVOIR DE LICENCIEMENT : SPAIN V ARNOTT

[Cela] peut-être difficile pour le serviteur mais il serait extrêmement gênant qu'il soit autorisé à dicter à son maître ses règles domestiques, telles que le moment du dîner (...); le maître n'est pas tenu de garder un serviteur pesant et inutile jusqu'à la fin de l'année. Dès lors, qu'il pourrait être très gênant pour

51 C. Steedman, "Lord Mansfield's Women", *Past and Present*, 2002, 105, 124.

52 R. Morris, *Government and Labour in Early America*, North Eastern University Press, 1981, p. 18.

53 C. Steedman, *op.cit.*, 124-125.

54 L'obligation d'entretenir un serviteur gravement souffrant d'une maladie en phase terminale a été supprimée dans les années 1800. Voir Fr. Raleigh Batt, *The Law of Master and Servant*, Pitman, 1967, p. 92.

55 (1777) 34 Digest 77. Voir C. Steedman, *op. cit.* sp.p.128.

56 S. Naidu, N. Yuchtman, "Coercive Contract Enforcement: Law and the Labor Market in 19<sup>th</sup> Century Industrial Britain", *American Economic Review*, 2013, vol.103, n° 1, p. 107.

le maître de changer l'heure du dîner, la question se pose de savoir qui, du maître ou du serviteur, doit avoir une autorité supérieure<sup>57</sup>.

C'est au début des années 1800 que les tribunaux britanniques ont écarté les dispositions de l'article 5 du *Statute of Artificers 1562* et ont accordé aux employeurs le droit légal de licencier des salariés pour désobéissance. La légalité de ces décisions est mise en doute, car elles contrevenaient directement à la loi. Malgré cela, ces décisions ont été reprises par la suite par les tribunaux sans remettre en question leur légitimité.

La plupart des commentaires citent la décision de 1817 dans l'affaire *Spain v Arnott* comme celle reconnaissant la première le droit de l'employeur de licencier sans préavis<sup>58</sup>. Il y avait eu des décisions antérieures concernant le licenciement de serviteurs qui n'étaient pas couverts par le régime des maîtres et des serviteurs. L'une de ces décisions concernait l'affaire *Robinson v Hindman*<sup>59</sup> jugée en 1800. Lord Kenyon reconnaissait au maître le droit de licenciement justifié sur la base de la conduite négligente de son domestique. Les domestiques étaient formellement exclus du champ d'application de la loi sur les maîtres et les serviteurs à cette époque, bien que, selon les commentaires de Blackstone, cela n'ait pas toujours été le cas<sup>60</sup>.

Lord Ellenborough (qui a succédé à Lord Kenyon comme *Chief Justice*) a décidé dans l'affaire *Spain v Arnott* de ne pas tenir compte des dispositions du *Statute of Artificers 1562* et a validé la décision du maître de congédier son serviteur pour désobéissance<sup>61</sup>. Ceci a été exécuté sans ordonnance du juge de paix<sup>62</sup>. Dans cette affaire, le serviteur avait intenté une action en justice contre son maître qui l'avait congédié avant la fin de son engagement d'un an. Lord Ellenborough a non seulement ignoré les dispositions légales, mais il a également annulé le versement de la totalité du salaire au serviteur. En règle générale, les serviteurs engagés pour une période d'un an étaient payés en une fois, au moment où leur engagement arrivait à son terme. Cela laissait donc le serviteur dans une position de dénuement jusqu'au terme du contrat. Les serviteurs n'étaient pas non plus soutenus par la doctrine du *quantum meruit* qui ne s'appliquait pas aux serviteurs engagés avec des contrats d'un an<sup>63</sup>. Le compte rendu du tribunal est bref mais les faits notés sur le procès-verbal sont les suivants : Le serviteur a refusé l'ordre de son maître « d'aller avec les chevaux à l'étang, qui se trouvait à un mile de là, avant le dîner, qui était prêt à ce moment-là. Le plaignant a déclaré qu'il avait fait son travail et n'irait pas avant d'avoir pris son dîner. Le défendeur lui a dit de vaquer à ses occupations et le plaignant est donc parti, sans montrer aucune soumission et sans obéir aux ordres de son maître<sup>64</sup>.

57 *Spain v Arnott* (1817) 2 Stark 256, 256-7.

58 (1817) 2 Stark 256, I. Neil, D. Chin, *The Modern Contract of Employment*, Lawbook, 2012, p. 244 [11.130].

59 (1800) 3 Esp 235, 170 ER 599.

60 Voir S. Deakin, Fr. Wilkinson, *op. cit.*

61 (1817) 2 Stark 256.

62 (1817) 2 Stark 256.

63 S. Deakin, 'The Contract of Employment', *op. cit.*, sp.p.23.

64 (1817) 2 Stark 256, 256.

Il a donc été renvoyé en raison de sa désobéissance à un ordre de son maître. On ne sait pas s'il avait désobéi à plus d'un ordre, mais Lord Ellenborough était d'avis que le maître avait raison de le renvoyer car il persistait à refuser d'obéir à ses ordres. Il existe dans la décision des allusions qui suggèrent que Lord Ellenborough s'est intéressé à l'impact de sa décision sur le serviteur, mais cette préoccupation a néanmoins été écartée au profit des intérêts du maître : cela peut être difficile pour le serviteur, mais il serait extrêmement gênant qu'il se croit autoriser de dicter à son maître ses règles domestiques, telles que le moment du dîner<sup>65</sup>.

La justification invoquée ici démontre de manière tout à fait frappante les valeurs sociétales du 19<sup>ème</sup> siècle. Elle laisse peu de place au doute sur le déséquilibre de la relation entre maître et serviteur et sur la manière dont il a été propagé par le droit coutumier de l'époque. Lord Ellenborough a également noté que le maître n'est pas tenu de garder un serviteur désobéissant<sup>66</sup>.

La reconnaissance du droit désormais privé de licenciement sommaire est allé de pair avec une libéralisation des obligations de prise en charge et d'entretien du serviteur. Les raisons possibles du non-respect de la loi sont examinées dans les travaux de Deakin et Wilkinson. Ils décrivent comment le *Statute of Artificers 1562* était en train de perdre de son influence dans les tribunaux, au début des années 1800. Les dispositions de la loi élisabéthaine étaient en train de tomber en désuétude, ce qui a contribué en partie à l'introduction des statuts du 18<sup>ème</sup> siècle sur les maîtres et les serviteurs, afin de les compléter<sup>67</sup>.

Le principe de la décision dans l'affaire *Spain v Arnott*, adopté également dans des affaires ultérieures, était le suivant : la seule chose nécessaire pour justifier un renvoi sans préavis est d'établir que la décision était légale et que le serviteur avait volontairement désobéi. L'autre aspect de l'affaire, le plus préjudiciable pour les serviteurs concerne la réparation. Les serviteurs étaient privés de la totalité de leur salaire<sup>68</sup>.

Cette décision a défini l'orientation que prendraient les affaires à venir, en établissant le pouvoir de direction de l'employeur sur la base du devoir d'obéissance illimité imposé au salarié<sup>69</sup>. Ceci est illustré par l'affaire *Turner v Mason*<sup>70</sup>. Il s'agissait d'une employée de maison qui avait demandé à s'absenter un soir en raison de la maladie de sa mère dont elle craignait qu'elle ne soit mortelle. Les rapports sur la décision suggèrent qu'il y avait une certaine confusion sur les détails fournis au maître concernant la situation de la mère<sup>71</sup>. Cependant, cette permission lui a été refusée et elle est partie au mépris de cet ordre. Le tribunal a décidé que l'obligation de ne pas quitter la maison était « parfaitement légale »<sup>72</sup>. Elle avait quitté la maison volontairement et par conséquent la décision prise par le maître

65 (1817) 2 Stark 256, 257-8.

66 (1817) 2 Stark 256, 257.

67 S. Deakin, Fr. Wilkinson, *op. cit.*, sp.p.50.

68 *Turner v Robinson* (1883) 5 B & AD 789, 119 ER 982, *Ridgway v The Hungerford Market Co* (1835) 3 A & E 171, 111 ER 378, *Lamburn v Cruden* (1841) 2 Man & G 253, *Giraud v Richmond* (1846) 2 CB 835, 135 ER 1172.

69 S. Deakin, Fr. Wilkinson, *op.cit*, 61,103

70 (1845) 14 M & W 112, 153 ER 411.

71 (1845) 14 M & W 112, 115.

72 (1845) 14 M & W 112, 116.

de la renvoyer était justifiée. Un argument selon lequel le contrat d'embauche et de service devrait être « interprété, comme tous les contrats, de façon raisonnable » a été rejeté<sup>73</sup>. Alderson B était particulièrement préoccupé par la limitation de l'autorité du maître si on estime qu'il avait d'éventuelles obligations morales envers ses serviteurs. Il a donc préféré se fier à la certitude apparente des obligations purement juridiques<sup>74</sup>.

Au 19<sup>ème</sup> siècle, les obligations imposées aux maîtres de subvenir aux besoins de leurs serviteurs ont été dissociées des plaintes impliquant des serviteurs de classe inférieure. Cette période a également vu l'émergence de la notion centrale de la liberté des individus, et notamment du droit de conclure des accords régis par des normes contractuelles<sup>75</sup>. Mais cette liberté n'était pas accordée aux travailleurs relevant du régime des maîtres et des serviteurs<sup>76</sup>.

## B - LA CONTRACTUALISATION DU LICENCIEMENT SOMMAIRE

Le *common law* reposant sur des centaines de décisions judiciaires, parfois adoptées sur de longues périodes, il est fréquent que le cadre conceptuel qui structure un groupe de principes juridiques connexes soit, au début, imparfait et flou. Il incombe aux juges et aux juristes de s'efforcer d'élaborer des règles cohérentes et pratiques, conformes aux décisions passées (dans la mesure du possible)<sup>77</sup>.

Durant cette période, la loi est passée d'une approche basée sur l'infraction à une approche régie par les principes du contrat. Cette métamorphose s'est faite de manière fragmentaire. Certaines des premières affaires montrent que les avocats ont eu recours à des principes contractuels pour étendre la portée de la loi et aider les domestiques, dans l'espoir de réduire la dureté de la loi sur les maîtres et les serviteurs<sup>78</sup>. C'est également au cours de cette période que l'on voit apparaître le *critère de l'inconciliabilité ou de l'incompatibilité avec le service*<sup>79</sup>. Cependant, presque toutes ces affaires impliquaient des salariés de statut supérieur ou des cols blancs qui n'étaient pas soumis au régime des maîtres et des serviteurs. Ce critère « d'incompatibilité ou d'inconciliabilité » avec la relation maître-serviteur concernait principalement des travailleurs de statut supérieur occupant des postes de confiance et de responsabilité. Ils se voyaient « confier les biens ou des informations confidentielles de leur employeur »<sup>80</sup>. Ils étaient congédiés pour des infractions telles que « la fraude, la malhonnêteté, la corruption » ou tout autre comportement considéré comme allant généralement à l'encontre du devoir de fidélité<sup>81</sup>.

73 (1845) 14 M & W 112, 114.

74 (1845) 14 M & W 112, 117.

75 P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, 1979, p. 60-9, 126.

76 S. Deakin, Fr. Wilkinson, *op.cit.*, sp.p.74-82.

77 *Koompahtoo Council v Sanpine Pty Ltd* (2007) 233 CLR 115, 152 [92] (Kirby J).

78 *Lilley v Elwin* (1848) 11 QB 749.

79 M. Freedland, *op. cit.* sp.p. 215.

80 *Ibid.*

81 *Ibid.*

Freedland explique l'influence du critère « d'incompatibilité ou d'inconciliabilité » avec le service dans la jurisprudence du 19<sup>ème</sup> siècle de la façon suivante : Ce critère permettait aux tribunaux d'examiner l'importance de la rupture de contrat dans le contexte de la relation de travail. Il était donc moins sévère pour le salarié que les règles relatives à « la faute, la désobéissance ou la négligence » et était plus proche des principes généraux du contrat concernant la résiliation pour rupture des conditions ou en réponse à la répudiation...<sup>82</sup>

Les principes adoptés par les juristes au cours de cette période semblent parfois désordonnés et mal définis. Cependant, on peut voir que les juges s'efforçaient de déterminer les limites du droit de licenciement sans préavis de l'employeur ou du maître. En outre, le critère de « l'incompatibilité ou de l'inconciliabilité avec la poursuite » de la relation de travail était initialement préféré aux analogies contractuelles qui existaient à l'époque<sup>83</sup>.

En revanche, des jugements tels que ceux rendus dans les affaires *Bettini v Gye*<sup>84</sup> ou *Poussard v Spiers*<sup>85</sup> démontrent que les tribunaux statuaient sur certains litiges en matière de licenciement uniquement sur l'interprétation des termes du contrat plutôt que sur la lecture de concepts étrangers<sup>86</sup>. Les deux décisions concernent des chanteurs engagés pour se produire dans des opéras du 19<sup>ème</sup> siècle. Dans les deux cas, il n'était pas question d'incompatibilité avec la relation de service, il s'agissait simplement de l'inexécution des obligations contractuelles. Ces affaires concernaient également des travailleurs susceptibles d'être considérés comme des travailleurs indépendants. Freedland note que le fait qu'ils aient été considérés comme des travailleurs indépendants ou des salariés n'est pas le facteur déterminant de l'adoption d'une approche différente. Les chanteurs appartenaient plutôt à une classe sociale des autres travailleurs de l'époque et en particulier des ouvriers<sup>87</sup>. Les procès-verbaux judiciaires ne permettent pas de comprendre pourquoi des professions telles que les chanteurs d'opéra ont été traitées différemment des commis de société<sup>88</sup> ou des gouvernantes<sup>89</sup>. Mais il est clair que certaines formes de travail exigeaient un service exclusif et la loyauté envers les maîtres, contrairement à d'autres.

## C - LES AFFAIRES JUDICIAIRES DU 20<sup>ème</sup> SIÈCLE APRÈS L'ABROGATION DE LA LOI SUR LES MAÎTRES ET LES SERVITEURS

La décision de 1906 du Privy Council dans l'affaire *Clouston & Co Ltd v Corry*<sup>90</sup> introduisit dans le domaine de l'inconduite des salariés un principe considéré comme fondamental et adopté par la suite par les tribunaux. L'affaire comportait à la fois une inconduite et des notions de rupture de contrat. Lord James a énoncé ce principe de la manière suivante : le

82 M. Freedland, *op. cit.*, sp.p.216, citation [1906] AC 122.

83 M. Freedland, *op. cit.* J. W Carter, Ch. Hodgekiss, "Conditions and Warranties: Forebears and Descendants", *Sydney Law Review*, 1977, vol. 8, n° 1, p. 31, A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*, Clarendon Press, 1975.

84 (1876) 1 QBD 183.

85 (1876) 1 QBD 410, voir aussi M. Freedland, *op. cit.*, sp.p.212-4.

86 *libid*

87 *Ibid*

88 *Ridgway v The Hungerford Market Co* (1835) 3 A & E 171, 111 ER 378.

89 *Proctor v Bacon* (1886) 2 TLR 845.

90 [1906] AC 122.

caractère suffisant de la justification dépend de l'étendue de l'inconduite. *Il n'y a aucune règle de droit fixe qui définisse le degré de la faute qui justifie le renvoi.* Il peut y avoir une faute d'un serviteur qui ne justifiera pas la résiliation unilatérale du contrat de service. En revanche, une inconduite incompatible avec le respect des conditions explicites ou implicites du service justifiera le licenciement<sup>91</sup>.

Freedland a noté que, dans l'affaire *Clouston & Co Ltd v Corry*, la Commission avait fusionné le critère de « l'incompatibilité » avec les principes du contrat en incorporant la violation des clauses explicites et implicites du contrat à la notion d'incompatibilité ou d'inconciliabilité avec la relation maître-serviteur<sup>92</sup>. Dans la plupart des raisonnements des juges, il manque une identification précise des conditions du contrat. Il manque aussi une explication cohérente de l'articulation entre « l'incompatibilité avec le maintien de la relation de travail » du 19<sup>ème</sup> siècle et la résiliation du contrat pour violation des obligations.

### D - L'AFFAIRE *LAWSON V LONDON CHRONICLE (INDICATOR NEWSPAPERS) LTD* [1959] 1 WLR 698

C'est l'arrêt rendu en 1959 par la Chambre des lords dans l'affaire *London Chronicle*<sup>93</sup> qui a fondé l'approche moderne de la justification du licenciement sans préavis dans la *common law*. Le raisonnement ayant abouti à la décision est que la désobéissance ou toute autre forme d'inconduite du salarié doit démontrer un « non-respect des conditions essentielles » du contrat ou démontrer que le salarié rejette le contrat pour justifier un licenciement sans préavis<sup>94</sup>.

L'affaire concernait une représentante publicitaire qui avait été licenciée pour avoir désobéi à un ordre du président de ne pas quitter une réunion après une altercation entre le président et le supérieur hiérarchique immédiat du salarié. Le supérieur a quitté la réunion et a demandé à la salariée de partir avec lui. Le président lui a dit (ainsi qu'à un autre salarié subalterne qui a également quitté la réunion) de rester où ils étaient, remettant ainsi en cause l'ordre du responsable immédiat. Ils ont tous deux refusé. La salariée a ensuite été renvoyée pour avoir désobéi à l'ordre du président. La Chambre des lords s'est prononcée en faveur de la salariée. L'avocat de l'employeur a cité des affaires antérieures dans lesquelles des salariés avaient été licenciés pour avoir désobéi à un seul ordre, notamment les affaires *Turner v Mason*<sup>95</sup> et *Spain v Arnott*<sup>96</sup> susévoquées. La Chambre des lords a rejeté le critère de la désobéissance justifiant le renvoi dans ces décisions. Lord Evershed a rejeté la proposition selon laquelle « tout acte de désobéissance à un ordre légitime doit donner le droit à l'employeur de licencier ». Ceci, a-t-il dit, est « une proposition trop étroite pour être une proposition de loi ». Cependant, Lord Evershed a souligné que s'il est généralement vrai que la désobéissance délibérée à un ordre justifie un licenciement sans préavis, car la désobéissance volontaire à un ordre légal et raisonnable dénote un mépris - un mépris total - d'une condition essentielle du contrat, à savoir que le serviteur doit obéir aux ordres

91 [1906] AC 122, 129.

92 M. Freedland, *op. cit.* sp.p. 216, faisant référence à *Clouston & Co Ltd v Corry* [1906] AC 122.

93 [1959] 1 WLR 698.

94 [1959] 1 WLR 698, 700-1.

95 (1845) 14 M & W 112, 153 ER 411.

96 (1817) 2 Stark 256.

du maître et, à moins que ce ne soit le cas, la relation est, pour ainsi dire, attaquée dans ses fondements mêmes<sup>97</sup>.

Le jugement soulève des doutes sur les aspects « qualitatif et quantitatif de la désobéissance qui justifient un licenciement »<sup>98</sup>. Cela tient au sens trop imprécis du critère de la volonté (de désobéir). En général, la volonté est considérée comme équivalent à un acte intentionnel<sup>99</sup>. La salariée, dans cette affaire, a délibérément ignoré l'ordre du président, mais cela ne suffisait pas pour justifier un licenciement sans préavis. Le juge note qu'il doit s'agir du « mépris délibéré »<sup>100</sup> d'un ordre. Cependant, en quoi est-ce différent d'un acte intentionnel ? Où doit se situer la limite ? Ceci n'est pas clarifié. En tout état de cause, le refus était trop insignifiant pour porter atteinte au cœur de la relation de travail et justifier un licenciement sans préavis.

La Cour était en outre spécifiquement tenue d'examiner les paramètres précis des pouvoirs de l'employeur, notamment dans des affaires portant sur des cas isolés d'inconduite ou de désobéissance<sup>101</sup>. La Cour a refusé de limiter le pouvoir de l'employeur en se référant à une norme claire qui aurait sans doute été plus équitable pour les salariés. Lord Evershed n'était pas prêt à exiger que l'acte de désobéissance soit « de nature grave et sérieuse » pour pouvoir justifier un congédiement. La règle applicable qui reste en vigueur est contenue dans l'extrait suivant de la décision : Un acte unique de désobéissance ou d'inconduite ne peut justifier un licenciement que s'il est de nature à démontrer (de fait) que le serviteur est en train d'enfreindre le contrat ou l'une de ses conditions essentielles... la désobéissance doit au moins avoir un caractère « délibéré » : cela signifie (en d'autres termes) que l'on doit bafouer délibérément les conditions essentielles du contrat<sup>102</sup>.

Par conséquent, un acte unique peut entraîner un licenciement sans préavis s'il est contraire à une condition essentielle ou s'il montre un rejet du contrat. Cela conduit en effet à penser que tous les cas d'inconduite ou de désobéissance ne justifieront pas le renvoi. Certains cas pourraient constituer une violation des conditions implicites d'un contrat sans pour autant constituer un rejet du contrat ou une violation d'une condition essentielle. Cela a été le résultat de la décision dans l'affaire *London Chronicle*, où la salariée avait enfreint l'obligation implicite d'obéissance.

La Chambre des lords a également contourné la nécessité de formuler un principe clair définissant le degré ou la qualité du comportement qui justifierait le licenciement. Au lieu de cela, le juge a réitéré la déclaration de *Clouston & Co Ltd v Corry* « selon laquelle il n'y a aucune règle de droit qui définisse le degré de faute justifiant le renvoi »<sup>103</sup>. En tout état de cause, la décision dans l'affaire *London Chronicle* a établi le principe selon lequel un comportement qui justifie un licenciement doit être assimilé à une violation des conditions

97 *London Chronicle* [1959] 1 WLR 698, 700.

98 J. C. Wood, "The Disobedient Servant", *Modern Law Review*, 1950, vol. 22, p. 526.

99 Voir *Maritime Union of Australia v D P World Melbourne Ltd* [2014] FCA 1321 (10 décembre 2014) [182] (Jessup J).

100 *London Chronicle* [1959] 1 WLR 698, 701.

101 *London Chronicle* [1959] 1 WLR 698, 700-1.

102 *London Chronicle* [1959] 1 WLR 698, 701.

103 *London Chronicle* [1959] 1 WLR 698, 700, citant *Clouston & Co Ltd v Corry* [1906] AC 122, 129 (Lord James). L'inconduite dans ce contexte est constituée par le non-respect d'une instruction légale. Voir *Rankin* (2001) 107 IR 117, 144 [262] (Gillard J).

essentiels du contrat ou constituer une répudiation de ces conditions. C'est l'énoncé normatif le plus important découlant de cette décision<sup>104</sup>.

Vers le milieu du 20<sup>ème</sup> siècle, la loi britannique en était venue à admettre qu'un salarié ne pouvait être licencié sans préavis à moins d'avoir enfreint une condition essentielle ou répudié le contrat d'une autre manière. Ce principe s'appliquait à tous les salariés, y compris les travailleurs qui étaient considérés comme appartenant à la classe inférieure de la société britannique.

## 1 - Le droit australien

L'Australie est devenue une colonie pénale britannique en 1788 et a donc été soumise aux règles et normes juridiques britanniques à compter de cette date. C'est ce que l'on appelle la doctrine de la réception<sup>105</sup>. Les colonies étaient censées être une extension des structures juridiques, sociales et économiques britanniques. Par conséquent, les lois australiennes, y compris les lois sur l'emploi, provenaient de la Grande-Bretagne<sup>106</sup>. Un texte australien de premier plan en droit du travail l'explique de la manière suivante: « Le travailleur australien doit se tourner vers l'Angleterre pour rechercher les origines de son statut actuel de salarié et les origines de la loi qui régit son statut »<sup>107</sup>. Les lois anglaises ont ensuite été modifiées et, dans certains cas, considérablement changées pour répondre aux conditions de vie au début de la période coloniale australienne. Au début de la colonisation australienne, les lois étaient plus sévères en Australie que dans l'Angleterre du 19<sup>ème</sup> siècle. Il s'agira ici de donner une brève description des lois sur les maîtres et les serviteurs (A), l'accent étant mis principalement sur les restrictions légales sur le licenciement des serviteurs couverts par les statuts australiens des maîtres et des serviteurs. La discussion montre à quel point l'amalgame malheureux d'une colonie pénale et d'une réglementation du travail imposant des sanctions pénales aux travailleurs a abouti à une législation sévèrement normative<sup>108</sup>.

---

104 Voir ces affaires en Australie. *Bruce v A W B Ltd* [2000] FCA 594 (10 mai 2000) [14] (Sundberg J), *McGarry v Boonah Clothing Pty Ltd* (1988) 49 IR 66, 73 (Gray J) (Federal Court of Australia), *Australasian Meat Industry Employees Union v Australian Meat Holdings Pty Ltd* (1999) 93 IR 308 (Federal Court of Australia), *Shanahan v Australian Industrial Relations Commission [No 2]* 160 IR 386 [74] (Marshall, Graham et Jessup JJ), *Rankin* (2001) 107 IR 117 ci-dessus n 1, *Connor v Grundy Television Pty Ltd* [2005] VSC 466 (30 novembre 2005) [41] (Osborn J), *North v Television Corp Ltd* (1976) 11 ALR 599, 609 (Smithers et Evatt JJ).

105 Pour un bref résumé de l'évolution de la législation australienne, voir N. James, R. Field, *The New Lawyer*, John Wiley & Sons, 2013, sp.p. 98. Voir également B. Kercher, *An Unruly Child: A History of Law in Australia*, Allen & Unwin, 1995.

106 A. C Castles, *An Australian Legal History*, Lawbook, 1982, p.1.

107 J. Macken et al, *The Law of Employment*, Lawbook, 5<sup>e</sup> éd, 2002, p. 1.

108 M. Quinlan, "Australia, 1788-1902: A Working Man's Paradise?" in Hay et Craven, *Masters, Servants and Magistrates*, op. cit., 108225.

## E - L'ADOPTION DES LOIS SUR LES MAÎTRES ET LES SERVITEURS DANS LES COLONIES AUSTRALIENNES

Au début des années 1860, chaque colonie avait adopté ses propres lois sur le statut des maîtres et des serviteurs. La Nouvelle-Galles du Sud fut la première à promulguer une telle loi en 1828. La Tasmanie et l'Australie-Méridionale suivirent neuf ans plus tard, et l'Australie-Occidentale 12 ans plus tard. Victoria et le Queensland étaient régis par la loi de la Nouvelle-Galles du Sud jusqu'à ce que ces colonies adoptent leurs propres lois dans les années 1860<sup>109</sup>. Quinlan note que les lois introduites une décennie après la Nouvelle-Galles du Sud, à savoir celles de Tasmanie (Van Diemen's Land), d'Australie-Méridionale et d'Australie-Occidentale ont d'abord été refusées par le secrétaire d'Etat en Angleterre, « pour leur portée trop large et leur caractère inégal et arbitraire »<sup>110</sup>. Ces colonies ont ensuite dû adopter de nouvelles lois pour répondre à certaines de ces préoccupations, bien que, comme le note Quinlan, il en soit résulté des lois encore plus sévères que celles alors en vigueur en Grande-Bretagne<sup>111</sup>. C'est particulièrement vrai dans le cas des pouvoirs de licenciement des serviteurs avant la fin du terme convenu. L'une des peines les plus sévères a été introduite par la loi de 1854 sur les maîtres et les serviteurs en Tasmanie, qui prévoyait la possibilité d'ordonner une période d'isolement cellulaire pendant l'emprisonnement auquel le serviteur était condamné pour violation du contrat de travail<sup>112</sup>. La législation britannique ne prévoyait pas la mise à l'isolement<sup>113</sup>.

L'Australie n'a pas non plus suivi l'exemple britannique de l'abrogation ou de la modification du titre des lois sur les maîtres et les serviteurs à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle<sup>114</sup> qui ont été conservés jusqu'au 20<sup>ème</sup> siècle, bien que, pendant la majeure partie de ce siècle, l'application en ait été presque « entièrement limitée au recouvrement des salaires »<sup>115</sup>. Le Queensland a été le premier à prendre des mesures décisives en abrogeant la législation sur les maîtres et les serviteurs en 1916<sup>116</sup>. Ceci étant, une partie du contenu avait déjà été soit abrogée, soit du fait d'autres lois<sup>117</sup> soit selon certains auteurs de l'inapplication de la législation<sup>118</sup>. Il semble que des peines d'emprisonnement pour violation du contrat de

109 *Masters and Servant Acts 1828* (NSW) 9 Geo 4, No 9, *Masters and Servants Act* (SA) 7 Wm 4, n 3, *Masters and Servants Act 1837* (Van Diemen's Land) 1 Vic n 15, *Masters and Servants Act 1840* (WA) 4 Vic n 2, *Masters and Servants Act 1861* (Qld) 25 Vic n 11, *Masters and Servants Statute 1864* (Vic) 27 Vic 198.

110 M. Quinlan, 'Australia, 1788-1902', *op. cit.*, sp.p.225.

111 *Ibid.*

112 *Master and Servant Act 1854* (Van Diemen's Land) 18 Vic No 18 s 16.

113 Voir une description des lois de Tasmanie et de leur dureté dans A. P. Davidson, *An Analytical and Comparative History of Master and Servant Legislation in Tasmania*, LLM Thesis, University of Tasmania, 1975. Voir également A. P. Davidson, « A Skeleton in the Cupboard: Master and Servant Legislation and the Industrial Torts in Tasmania », *University of Tasmania Law Review*, 1976, vol. 5, n°2, p. 123, 125.

114 M. Quinlan, 'Australia, 1788-1902', *op. cit.*, sp.p.226.

115 J. Howe, R. Mitchell, "The Evolution of the Contract of Employment in Australia: A Discussion", *Australian Journal of Labour Law*, 1999, n° 12, p. 113, 118-19.

116 J. Howe, R. Mitchell, *op. cit.*

117 Voir par exemple sur les Federal Awards, *Ex Parte McLean* (1930) 43 CLR 472.

118 A. P. Davidson, "A Skeleton in the Cupboard", *op. cit.* sp.p.141, E. I. Sykes, *Strike Law in Australia*, Lawbook, 1960, sp.p.70, J. H. Portus, *The Development of Australian Trade Union Law*, Melbourne University Press, 1958, p. 93. Merritt, *op. cit.* sp.p. 61.

travail aient encore existé dans certaines colonies australiennes après que l'Angleterre eut abrogé les dispositions équivalentes<sup>119</sup>.

Les dispositions permettant l'emprisonnement des salariés pour rupture du contrat en raison d'une désobéissance, d'une inconduite, d'un méfait ou d'un comportement répréhensible ont été largement abrogées à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle dans l'Australie. La Nouvelle-Galles du Sud, la Tasmanie et le Queensland ont été les premiers à le faire bien avant du reste de l'Angleterre (1867)<sup>120</sup> tandis que les tribunaux conservaient le pouvoir d'ordonner une sanction pécuniaire et de retenir les salaires. L'emprisonnement pouvait toujours être ordonné en cas de non-paiement des amendes<sup>121</sup>.

En résumé, le droit australien s'écartait du droit anglais de trois manières. Premièrement, la portée des lois maîtres-serviteurs était plus étendue en Australie qu'en Angleterre.<sup>122</sup> Deuxièmement, les lois régissant les maîtres et les serviteurs dans la plupart des Etats australiens n'ont été complètement abrogées que vers la fin du 20<sup>ème</sup> siècle. Troisièmement, le droit du maître de licencier avant l'échéance du terme du contrat des serviteurs pour cause d'inconduite, de désobéissance ou de faute ou pour un comportement autrement délictueux, comme la possibilité de résilier rapidement un contrat de service ne figuraient pas dans les lois australiennes sur les maîtres et les serviteurs jusqu'au milieu du 19<sup>ème</sup> siècle, seule la loi de Tasmanie prévoyait cette possibilité. Même en 1902, la Nouvelle-Galles du Sud n'avait toujours pas la possibilité de résilier de manière anticipée le contrat des serviteurs régis par la loi en vigueur dans cet Etat<sup>123</sup>. Comme en Grande-Bretagne, les restrictions au licenciement ne s'appliquaient pas aux travailleurs de statut élevé pour lesquels les cas de licenciement injustifié étaient jugés sur la base des principes contractuels.

### F - LE DROIT DE LICENCIER DANS LES PREMIÈRES LOIS AUSTRALIENNES SUR LES MAÎTRES ET LES SERVITEURS

C'est seulement en 1856, lorsque la Tasmanie a modifié ses lois, que la possibilité de renvoyer des serviteurs avant l'expiration du contrat a été rendue possible, du moins dans cette colonie<sup>124</sup>. Il semble que cela ne se soit produit que plus tard dans les autres colonies. D'après l'article 11 du *Masters and Servants Statute 1864* (Vic) 27 Vic 198, les tribunaux avaient le pouvoir de mettre fin au contrat de service ou à l'emploi d'un serviteur pour des motifs de désobéissance, d'inconduite ou de faute. La possibilité d'infliger des peines plus

119 Par exemple, le Victoria a abrogé leurs dispositions en 1891. Dans le Victoria, the *Master and Servant Statute 1864* (Vic) 27 Vic 198 a été remplacée par l'*Employers and Employés Act 1890* (Vic) 54 Vic n° 1087. Voir *Employers and Employés Act 1891* (Vic) 55 Vic 1291 s 10.

120 Voir M. Quinlan, « Australia, 1788-1902' », *op. cit.* sp. 226. Voir A.P. Davidson, "A Skeleton in the Cupboard", *op. cit.*, sp.p.132. Voir également *Master and Servant Act 1861* (Qld) 25 Vic n 11, *Master and Servant Act 1856* (Tas) 19 Vic n° 28 ss 8-10.

121 See, eg, *Master and Servants Act 1902* (NSW) s 4.

122 J. Howe, R. Mitchell, *op. cit.*, sp. p. 118, M. Quinlan, "Pre-Arbitral Labour Legislation in Australia and its Implications for the Introduction of Compulsory Arbitration", S. Macintyre, R. Mitchell (eds), *Foundations of Arbitration: The Origins and Effects of State Compulsory Arbitration 1890-1914*, Oxford University Press, 1989, sp. p. 25, 30, M. Quinlan, M. Gardner, "Researching Australian Industrial Relations in the Nineteenth Century", in G. Patmore (ed), *History and Industrial Relations*, University of Sydney, 1990, p. 68, 71-4

123 *Master and Servants Act 1902* (NSW) s 4.

124 A.P. Davidson, "A Skeleton in the Cupboard", *op. cit.* sp.p. 129.

draconiennes figurait dans les dispositions de la loi victorienne, notamment une peine de trois mois d'emprisonnement ou la réduction de tout ou partie du salaire. Ceci fut modifié seulement dans les années 1890<sup>125</sup>. L'obtention d'une ordonnance de licenciement relevait cependant de la volonté du maître<sup>126</sup>. Par ailleurs la mise à pied d'un serviteur était une sanction supplémentaire et non une alternative, les peines les plus fortes étant toujours l'emprisonnement et la retenue du salaire. En revanche, les dispositions anglaises contenues dans les lois de 1747 et 1823 sur les maîtres et les serviteurs traitaient le licenciement comme une alternative aux autres peines<sup>127</sup>.

Les motifs indiqués dans les différentes lois sur les maîtres et les serviteurs variaient également. La loi tasmanienne de 1856 prévoyait les motifs de désobéissance à un ordre légitime ou « tout autre comportement répréhensible »<sup>128</sup>. Davidson note que « rien n'a été fait pour... définir plus précisément ce qui constitue un « autre comportement répréhensible »<sup>129</sup>, laissée à la libre interprétation des juges de paix locaux. A Newcastle, en Nouvelle-Galles du Sud, un mineur libre du nom de John Lindsay fut condamné à trois mois d'emprisonnement en vertu des dispositions relatives aux fautes et aux délits de la loi de 1845 sur les maîtres et les serviteurs<sup>130</sup>. Sa faute était d'avoir utilisé un langage insultant à l'égard de son supérieur. Il s'agissait d'une infraction expressément inscrite dans la loi de l'époque<sup>131</sup>. La loi de Nouvelle-Galles du Sud comportait d'autres formes de comportement répréhensible, dont la négligence et la désobéissance<sup>132</sup>.

A la fin du 19<sup>ème</sup> siècle, les dispositions prescriptives visant des comportements spécifiques tels que l'ivresse ou un langage insultant avaient disparu de la plupart des lois, en Australie. Les motifs les plus courants encore présents à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle étaient l'inconduite, la désobéissance, les comportements répréhensibles ou les délits mineurs<sup>133</sup>. En outre, dans les cas (peut-être rares), où une ordonnance de licenciement était obtenue d'un juge de paix, celle-ci n'était pas définitive. Certaines des lois australiennes exigeaient que le serviteur obtienne également un certificat de licenciement de son maître. Si ce dernier refusait de délivrer ledit document sans motif raisonnable, il pouvait être condamné à une amende de 20 £<sup>134</sup>. Les sections équivalentes de la loi victorienne prévoyaient une amende de 5 £ pour un tel refus de la part du maître<sup>135</sup>. Il semble n'y avoir aucun équivalent dans les lois anglaises sur les maîtres et les serviteurs.

125 Voir ci-dessus, n 293 pour plus d'informations sur l'*Employers and Employés Act 1890* (Vic) 54 Vic, n° 1087 s 10, qui contenait toujours la possibilité d'un emprisonnement.

126 *Master and Servant Statute 1864* (Vic) 27 Vic 198.

127 Concernant la loi de 1823, voir *Master and Servant Act 1823*, 4 Geo 4, c 34 pt III in *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland* (Butterworths, 1823).

128 *Master and Servant Act 1856* (Tas) 19 Vic n° 28 ss 9-11

129 A.P. Davidson, "A Skeleton in the Cupboard", *op. cit.* sp.p.132.

130 *Master and Servant Act* (NSW) 9 Vic n°27 1845 s 2.

131 J. W. Turner, "Newcastle Miners and the Master and Servant Act, 1830-1862", *Labour History*, 1969, sp.p.30.

132 Ibid

133 Voir les exemples des lois de Victoria et de Nouvelle-Galles du Sud.

134 A.P. Davidson, "A Skeleton in the Cupboard", *op. cit.*

135 *Masters and Servants Statute 1864* (Vic) 27 Vic 198 ss 21, 22.

## G - L'IMPACT DU SYSTÈME DE CONCILIATION ET D'ARBITRAGE<sup>136</sup>

L'impact des lois sur les maîtres et les serviteurs restées en vigueur après le 19<sup>ème</sup> siècle a été atténué à certains égards par l'introduction de systèmes de conciliation et d'arbitrage, fédéraux et étatiques<sup>137</sup>. Toutefois, l'octroi d'indemnités fédérales et étatiques aux travailleurs qui auraient été régis par les lois sur les maîtres et les serviteurs était limité en raison du sens restreint donné à « l'industrie » par les tribunaux. Cela a eu pour effet d'exclure de nombreuses catégories de travailleurs de la portée du système fédéral pendant de nombreuses années<sup>138</sup>. C'est seulement avec la décision de la Haute Cour<sup>139</sup> dans l'affaire charnière *R v Coldham, Ex Parte Social Welfare Union* (« affaire de la *Social Welfare Union* »)<sup>140</sup> en 1983 que cette situation a été rectifiée. Cela signifiait que, théoriquement, les lois sur les maîtres et les serviteurs pouvaient toujours s'appliquer à ces travailleurs si la description de leur profession ou de leur secteur d'activité correspondait à la description fournie dans les diverses lois sur les maîtres et les serviteurs. En Nouvelle-Galles du Sud, il y aurait eu 32 000 poursuites engagées en vertu des lois sur les maîtres et les serviteurs au cours de la période de 1930 à 1963<sup>141</sup>.

L'autre question qui a eu un impact dans ce domaine était celle de savoir si les systèmes de conciliation et d'arbitrage étaient compétents pour traiter des différends individuels, et notamment des différends relatifs au licenciement<sup>142</sup>. Au niveau fédéral, cela venait principalement des limites imposées à l'interprétation du pouvoir de conciliation et d'arbitrage dans la Constitution australienne. Ces incertitudes ont limité la capacité de la Commission australienne des relations professionnelles<sup>143</sup> de statuer sur des litiges individuels concernant le licenciement et en particulier la réintégration<sup>144</sup>. Cela signifiait également que la Commission ne pouvait pas élaborer de principes substantiels dans ce domaine. Cependant, la décision de 1984 dans l'affaire *Amalgamated Metals, Foundry & Shipwright' Union v Broken Hill Pty Co Ltd* (« Résiliation, modification et licenciement ») a permis l'inclusion de clauses sur le licenciement abusif comme dispositions standard donnant lieu à l'octroi d'indemnités<sup>145</sup>. Cela a donné à la Commission fédérale le pouvoir de statuer sur de telles questions dans le contexte des réparations accordées<sup>146</sup>. Les

136 Pour une discussion détaillée, voir M. J. Pittard, R. B. Naughton, *Labour Law: Texts, Cases and Commentary*, LexisNexis, 5<sup>e</sup> éd, 2010. Voir également B. Creighton, A. Stewart, *Labour Law*, Federation Press, 5<sup>e</sup> éd, 2010.

137 R. Mitchell, "State Systems of Conciliation and Arbitration: The Legal Origins of the Australasian Model" in S. Macintyre, R. Mitchell (ed.), *Foundations of Arbitration: The Origins and Effects of State Compulsory Arbitration 1914*, Oxford University Press, 1989, sp.p. 74. *Ex Parte McLean* (1930) 43 CLR 472.

138 J. Howe, R. Mitchell, *op. cit.* sp.p. 128.

139 En Australie, la Haute Cour est la Cour d'appel en dernier ressort pour les affaires fédérales comme pour celles des Etats.

140 (1983) 153 CLR 297. Voir J. Howe, R. Mitchell, *op. cit.* sp.p.128.

141 Merritt, *op. cit.* sp.p. 61.

142 J. Pittard, R.B. Naughton, *op. cit.*, sp.p.488.

143 Le nom de la Commission a changé de multiples fois au cours du dernier siècle.

144 Voir A. P Davidson, "Reinstatement of Employees by State Industrial Tribunals", *The Australian Law Journal*, 1980, n° 54, sp.p. 706. Voir également E. Stern, *Industrial Disputes and the Jurisdiction of the Federal Industrial Tribunal*, Thèse de maîtrise, The University of Melbourne, 1993, sp.p. 166.

145 (1984) 8 IR 34, M.J. Pittard, R.B. Naughton, *op. cit.* sp.p. 479.

146 Voir M.J. Pittard, R.B. Naughton, *op. cit.*, sp.p.488-90.

incertitudes concernant les pouvoirs de la Commission n'ont été résolues qu'en 1993. Le gouvernement fédéral dirigé par Paul Keating a présenté une législation fondée sur les pouvoirs en matière de relations extérieures et des sociétés dans la Constitution australienne, plutôt que de continuer à s'appuyer sur le pouvoir traditionnel de conciliation et d'arbitrage. La validité de cette loi fut ensuite confirmée par la Haute Cour<sup>147</sup>. La Commission fédérale n'avait pas non plus de compétence en matière de réintégration dans les affaires générales de licenciement jusqu'en 1993. Toutefois, en raison de l'incertitude juridique qui régnait depuis des décennies, il n'existait aucun fondement clair permettant à une juridiction opérant en dehors de la *common law* de se développer au niveau fédéral jusqu'aux années 1990<sup>148</sup>.

## H - LE POUVOIR DE LICENCIEMENT SOMMAIRE EN AUSTRALIE

Les distinctions de statut qui existaient dans le droit anglais entre les travailleurs relevant des lois sur les maîtres et les serviteurs et les travailleurs de statut supérieur ont été largement maintenues en Australie<sup>149</sup>. En tant que colonie de l'Empire britannique, l'Australie avait hérité de la *common law* et des lois britanniques. Par conséquent, les affaires évoquées plus haut et jugées dans l'Angleterre du 19<sup>ème</sup> siècle faisaient également jurisprudence dans le droit du travail australien.

Aucune jurisprudence n'est citée dans l'arrêt rendu en Nouvelles-Galles du Sud dans l'affaire de licenciement abusif *Davidson v Hardy* en 1859<sup>150</sup>. Cette affaire concernait un berger qui recevait un salaire annuel de 80 £ et qui avait été renvoyé pour « ivrognerie, insubordination, incompétence et négligence du troupeau confié à sa charge »<sup>151</sup>. Le procès devant jury, qui a duré trois jours, a donné raison au défendeur, son employeur. Aucun précédent de la jurisprudence anglaise n'est mentionné dans le texte de la décision. L'affaire a été traitée comme un différend factuel. Il était également considéré comme évident que s'il était prouvé que le salarié avait commis les actes reprochés par son employeur, il s'agissait alors d'un motif suffisant pour justifier un licenciement sans préavis. Il n'a pas été question de savoir si le comportement devait constituer une violation fondamentale ou de rejet du contrat. Le jury a conclu que le salarié avait bel et bien commis ces actes et sa plainte pour licenciement injustifié a donc été rejetée. De plus, dans le texte de la décision, il est fait référence au devoir d'obéissance, mais sans référence aux précédents juridiques anglais.

147 Les dispositions ont été considérées comme valables dans l'affaire *Victoria v Commonwealth* (1996) 70 ALJR 680.

148 R. Mitchell et al, "The Evolution of Labour Law in Australia: Measuring the Change", *Australian Journal of Labour Law*, 2010, vol. 23, n° 1, p. 16. Cet article montre le niveau très faible de la protection contre le licenciement jusqu'aux années 1990.

149 J. Howe, R. Mitchell, *op. cit.* sp.p. 114, 116, 118. Voir, par exemple, les cas dans lesquels des travailleurs n'étaient pas visés par la loi sur les maîtres et les serviteurs : *Johnstone v Wright* [1833] NSW SupC 16. *Chadley v Wyatt* [1835] NSW SupC 60. *Coser v Gordon* [1841] NSW SupC 79. T Ces exemples sont tirés de Macquarie University, *Colonial Case Law*, Macquarie Law School [http://www.law.mq.edu.au/research/colonial\\_case\\_law](http://www.law.mq.edu.au/research/colonial_case_law).

150 [1859] NSW SupCMB 43.

151 [1859] NSW SupCMB 43.

L'une des premières décisions de la Haute Cour après la fédération a été l'affaire *Adami v Maison De Luxe Ltd*<sup>152</sup>, en 1901. Elle concernait le gérant d'une salle de danse qui avait été licencié pour désobéissance. Les propriétaires de la salle avaient décidé d'ouvrir le samedi et le gérant était donc obligé de s'y trouver. Ayant refusé, il a été renvoyé sans préavis. Le gérant a donc intenté une action en licenciement abusif, qui a été infructueuse. La décision est notable en raison de la position du juge Isaacs, minoritaire dans le raisonnement et qui était troublé par le critère de l'acte « délibéré » utilisé dans des affaires de désobéissance en Angleterre, notamment dans l'affaire *Turner v Mason*<sup>153</sup>. Le juge a mis en doute la justesse des affaires britanniques. Il n'était pas disposé à appliquer aveuglément ces principes. Cela l'a conduit à conclure que M. Adami n'avait pas désobéi délibérément : en refusant de travailler le samedi, M. Adami « agissait uniquement pour défendre ses droits supposés - c'est son unique intention et son seul objectif »<sup>154</sup>. Le juge Isaacs soulève des points importants concernant l'injustice et le caractère déraisonnable de principes issus des affaires datant du début du 19<sup>ème</sup> siècle en Angleterre, préférant se baser sur le droit des contrats pour éliminer l'idée d'« arbitraire » de ces lois et garantir un traitement équitable dans les relations de travail. Ses commentaires témoignent d'une clairvoyance remarquable pour son époque. Le jugement conjoint des juges majoritaires Gavan, Duffy et Starke ne fait pas allusion aux mêmes considérations que celles du juge Isaacs<sup>155</sup>. S'appuyant sur l'autorité britannique de *Turner v Mason*<sup>156</sup>, les trois juges estiment qu'il est fort possible que lorsque l'obéissance du serviteur aux ordres légaux de son maître est une condition du contrat, une désobéissance volontaire ou délibérée à l'un de ces ordres constitue un refus d'être lié par les conditions du contrat, ce qui autorise l'autre partie à considérer qu'il a pris fin et à renvoyer le serviteur. Il est tout à fait indésirable que la Cour dise quoi que ce soit qui affaiblisse l'autorité du précédent *Turner v Mason*, car les actions du plaignant constituaient en l'espèce un refus très clair d'être lié par les termes de son contrat, et sa désobéissance aux instructions était de nature à entamer la base et le fondement du contrat entre les parties<sup>157</sup>. Ils ont considéré que la désobéissance à un ordre donnait le droit à l'employeur de résilier le contrat, car cela attaquait le « fondement du contrat »<sup>158</sup>. Le critère utilisé pour évaluer le degré de gravité du comportement est la formule, bien connue en droit des contrats, selon laquelle on s'attaque au « fondement du contrat ».

152 (1924) 35 CLR 143. *London Chronicle* [1959] 1 WLR 698.

153 (1845) 14 M & W 112.

154 (1924) 35 CLR 143, 153.

155 (1924) 35 CLR 143. See 155.

156 *Turner v Mason* (1845) 14 M & W 112.

157 *Adami* (1924) 35 CLR 143, 156, citant *Turner v Mason* (1845) 14 M & W 112.

158 L'expression « aller à la racine du contrat » peut prêter à confusion car cela paraît décrire toutes les violations du contrat considérées comme graves. Par exemple, elle était utilisée pour identifier des violations des conditions essentielles, des violations graves des conditions non essentielles. Voir *Hongkong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 QB 26, 37, 59 (essential terms), 52 (repudiation), 57 (Salmon J). See *Koompahtoo* (2007) 233 CLR 115, 156 [106] (Kirby J). Voir également la discussion dans *Pastrycooks Employees, Biscuit Makers Employees & Flour & Sugar Goods Workers Union (NSW) v Gartrell White* [n° 3] (1990) 35 IR 70, 76 (Hungerford J).

Les affaires jugées depuis *Adami v Maison Deluxe* témoignent d'un respect accru des normes et des principes contractuels. Ces affaires ont été jugées avant même la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *London Chronicle*<sup>159</sup>. Cependant, il reste encore quelque chose des notions « d'incompatibilité ou d'inconciliabilité » avec la poursuite de la relation de travail dans le droit australien. Il s'agit d'une relation inexprimée entre ce critère et les principes du contrat en Australie<sup>160</sup>. On constate des signes au niveau des tribunaux, cependant, qui annonceraient une éventuelle clarification future<sup>161</sup>.

## Conclusion

La réaction à la grave pénurie de main-d'œuvre provoquée par la peste noire au milieu du 14<sup>ème</sup> siècle a été de contrôler étroitement la mobilité de la main-d'œuvre dans toute l'Angleterre. Cela a d'abord entraîné l'interdiction du licenciement des travailleurs avant la fin d'une période convenue. Cette mesure était en outre accompagnée d'actions pénales sévères destinées à punir les serveurs fuyant le service de leurs maîtres. C'était probablement une réaction exagérée dont les conséquences n'ont pas été prévues, puisque cela réduisait la liberté du maître concernant le traitement des serveurs dont il n'était pas satisfait. Les maîtres étaient forcés de garder les serveurs qui ne leur donnaient pas satisfaction jusqu'au terme du contrat ou jusqu'à la fin de la saison. Compte tenu de l'extrême pénurie de main-d'œuvre à l'époque, la qualité du travail n'était sans doute pas le principal problème. Les décideurs politiques de l'époque craignaient peut-être aussi que certains propriétaires fonciers ne soient en mesure de s'enrichir plus que les autres en attirant des salariés grâce à des salaires plus élevés, tandis que la richesse des autres propriétaires diminuerait faute de main-d'œuvre. En tout état de cause, il s'agissait d'une réponse législative étonnante qui selon les auteurs s'est avérée un échec en pratique. Sous l'ère élisabéthaine, trois siècles plus tard, les législateurs ont assoupli les contrôles sur la mobilité de la main-d'œuvre en introduisant un pouvoir supervisé de licenciement sommaire des serveurs. Cette mesure a été complétée par la loi sur les maîtres et les serveurs dans les années 1700 et l'on a commencé à voir apparaître dans certaines affaires mention de l'inconduite et de la désobéissance des serveurs.

Cependant, ce n'est qu'avec la montée des principes contractuels, qui s'est manifestée à peu près à l'époque de la révolution industrielle en Grande-Bretagne, que l'on a pu constater la reconnaissance du pouvoir unilatéral de l'employeur de licencier sans préavis. Initialement, ce pouvoir s'appliquant aux salariés des classes inférieures était principalement régi par les lois sur les maîtres et les serveurs et connaissait donc peu d'entraves, les motifs du licenciement étant en grande partie indéterminés et mal définis. Cela permettait aux juges d'avoir une approche déséquilibrée de la relation entre les parties en matière de licenciement sans préavis. Ceci a été démontré de manière frappante dans des jugements des affaires *Spain v Arnott* et *Turner v Mason*. Au début du 20<sup>ème</sup> siècle, le droit des contrats

159 Voir par exemple la décision de la Haute Cour en 1933. *Blyth Chemical Ltd v Bushnell* (1933) 49 CLR 66.

160 Voir V. Lambropoulos, "When Repudiation and Notice is Not Enough to End the Contract of Employment", *Melbourne Stadiums Ltd v Sautner* [2015] FCAFC 20' (2015) 6(1) *Workplace Review* 28. See decision of *Melbourne Stadiums Ltd v Sautner* [2015] 229 FCR 221. Voir également V. Lambropoulos, "Unravelling the Muddles of Summary Dismissal under Contracts of Employment", *Australian Business Law Review*, 2016, n° 44, p. 119.

161 *Hansen v Mt Martha Community Learning Centre Inc* [2015] FCA 1099 (Jessup J) [125].

était bien développé par les juges de *common law*. Cela a facilité la fusion des lois sur les contrats avec la loi sur les maîtres et les serviteurs. C'est à ce moment-là que l'on a assisté à la transformation de la loi reposant sur une vision très hiérarchique de la relation maîtres / serviteurs en une loi reposant sur la conclusion d'ententes privées régies par des principes contractuels, ce qui a abouti à la décision désormais décisive de la Chambre des lords dans l'affaire *London Chronicle*. La contractualisation de la loi visait à injecter un certain égalitarisme dans ce domaine.

Au début de l'histoire des colonies australiennes, la loi britannique sur les maîtres et les serviteurs était appliquée avec une extrême sévérité, notamment en ce qui concerne l'isolement cellulaire pour punir des manquements mineurs au contrat de travail. Cependant, à l'époque de la fédération de l'Australie, au début du 20<sup>ème</sup> siècle, les tribunaux supérieurs ont montré des signes de rejet de la jurisprudence britannique, en manifestant une adhésion plus forte aux principes contractuels. Le système de conciliation et d'arbitrage en Australie a permis d'atténuer la dureté des lois régissant le statut des maîtres et des serviteurs de façon à protéger les salariés si bien que l'abrogation tardive de la loi sur les maîtres et les serviteurs en Australie n'a eu qu'un effet relativement modéré.

Aujourd'hui, le licenciement sans préavis est régi par les principes du contrat, mais la jurisprudence australienne montre que des vestiges de l'époque de la loi sur les maîtres et les serviteurs subsistent encore, puisque l'on fait référence au critère de l'incompatibilité ou de l'inconciliabilité dans le cadre de l'évaluation du comportement du salarié. Il reste à déterminer si ce critère est simplement une autre façon d'exprimer des principes contractuels bien établis ou s'il s'agit d'un motif indépendant de licenciement sans préavis.

### VICTORIA LAMBROPOULOS

Senior Lecturer, School of Business & Law, Central Queensland University.

Thèmes de recherche : Emploi, droit du travail.

#### Publications :

~ V. Lambropoulos (avec R. Guthri), «Misconduct, Self-Inflicted Injury, and Suicide» in *Workers Compensation; A Review of the Australian Legal Framework,* *Journal of Law & Medicine*, 2018, n° 26, p. 389.

~ V. Lambropoulos, «Unravelling the Muddles of Summary Dismissal under Contracts of Employment», *Australian Business Law Review*, 2016, vol. 44, n° 2, p. 119.

~ V. Lambropoulos (avec M. Wynn), «Unfair labour practices, trade union victimisation and voice: a comparison of Australia and the United Kingdom», *Adelaide Law Review*, 2013, vol. 34, n° 1, p. 43.



Les manuscrits soumis pour publication dans la *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* doivent être adressés par courrier électronique ou par voie postale avant le **1<sup>er</sup> février** de chaque année (pour les **Études**, la **Jurisprudence Sociale Comparée**, et la **Jurisprudence Sociale Internationale**) et avant le **1<sup>er</sup> juin** de chaque année pour le **Dossier Thématique**. Concernant les contributions à la rubrique **Actualités Juridiques Internationales**, elles doivent être adressées avant le **1<sup>er</sup> février** (pour le premier numéro) et avant le **1<sup>er</sup> septembre** (pour le troisième numéro).

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

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

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



## CONTACT

### COMPTRASEC - UMR 5114

Université de Bordeaux

16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - F 33608 PESSAC cedex

Tél: 33(0)5 56 84 54 74 - Fax: 33(0)5 56 84 85 12

[comptrasec@u-bordeaux.fr](mailto:comptrasec@u-bordeaux.fr)

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/revue-de-droit-compare-du-travail-et-de-la-securite-sociale>

# RECOMMANDATIONS AUX AUTEURS

## MANUSCRITS

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

Les textes devront comporter :

- **40 000 caractères** - notes de bas de pages et espaces compris - pour les rubriques « **Études** » et « **Dossier Thématique** » lorsqu'ils sont soumis en Français. La limitation est fixée à **30 000 caractères** lorsqu'ils sont soumis en Anglais ou en Espagnol ;
- **25 000 caractères** - notes de bas de pages et espaces compris - pour la rubrique « **Jurisprudence Sociale Comparée** » et de « **Jurisprudence Sociale Internationale** » quelle que soit la langue de soumission de l'article ;
- **15 000 caractères** - notes de bas de pages et espaces compris - pour la rubrique « **Actualités Juridiques Internationales** » lorsqu'ils sont soumis en Français. La limitation est fixée à **12 000 caractères** lorsqu'ils ont soumis en Anglais ou en Espagnol.

Par ailleurs, tous les manuscrits devront être accompagnés des éléments suivants :

- 5 mots clés (en français et en anglais) permettant d'identifier le contenu de l'article ;
- l'institution de rattachement, le titre, ainsi que l'adresse postale et électronique de l'auteur ;
- le titre de l'article.

Les manuscrits destinés aux rubriques « **Études** », « **Dossier Thématique** » et « **Jurisprudence Sociale Internationale** » devront également comporter :

- un résumé, en français et en anglais (de **400 caractères** chacun) ;
- deux publications au choix.



## NOTES ET RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

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

Leur présentation sera la suivante :

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



## IALLJ CALL FOR PAPERS ~ 2019 MARCO BIAGI AWARD

To stimulate scholarly activity and broaden academic interest in comparative labour and employment law, the [International Association of Labour Law Journals](#) announces a **Call for Papers** for the **2019 Marco Biagi Award**. The award is named in honor of the late Marco Biagi, a distinguished labour lawyer, victim of terrorism because of his commitment to civil rights, and one of the founders of the Association. The Call is addressed to doctoral students, advanced professional students, and academic researchers in the early stage of their careers (that is, with no more than three years of post-doctoral or teaching experience).



1. The Call requests papers concerning *comparative and/or international* labour or employment law and employment relations, broadly conceived. Research of an empirical nature within the Call's purview is most welcome.

2. Submissions will be evaluated by an academic jury to be appointed by the Association.

3. The paper chosen as the winner of the award will be assured publication in a member journal, subject to any revisions requested by that journal.

4. Papers may be submitted preferably in English, but papers in French, or Spanish will also be accepted. The maximum length is 12,500 words, including footnotes and appendices. Longer papers will not be considered.

5. The author or authors of the paper chosen as the winner of the award will be invited to present the work at the [Association's 2017 meeting](#), to be announced on the website of the Association. Efforts are being undertaken to provide an honorarium and travel expenses for the presentation of the paper. Until that effort bears fruit, however, the Association hopes that home institutional funds would be available to support the researcher's presentation.

6. The deadline for submission is [March 31<sup>st</sup>, 2017](#). Submissions should be sent electronically in Microsoft Word to Frank Hendrickx, the President of the Association, at [Frank.Hendrickx@kuleuven.be](mailto:Frank.Hendrickx@kuleuven.be)

### Prior Recipients of the Marco Biagi Award

**2018 Matteo Avogaro** (University of Milan, Italy), « New perspectives for worker organization in a changing technological and social environment ».

**2017 Nicolas Buenos** (University of Zurich, Switzerland, Institute of Law), « From the right to work to the freedom from work ».

**2016 Mimi Zou**, « Towards Exit and Voice: Redesigning Temporary Migrant Workers's Programmes ».

**2015 Uladzislau Belavusau** (Vrije Universiteit Amsterdam, Pays-Bas), « A Penalty Card for Homophobia from EU Labor Law: Comment on Asociația ACCEPT (C-81/12) ».

**2014 Lilach Lurie** (Bar-Ilan University, Israel), « Do Unions Promote Gender Equality? ».

**2013 Aline Van Bever** (University of Leuven, Belgium), « The Fiduciary Nature of the Employment Relationship ».

**2012 Diego Marcelo Ledesma Iturbide** (Buenos Aires University, Argentina), « Una propuesta para la reformulación de la conceptualización tradicional de la relación de trabajo a partir del relevamiento de su especificidad jurídica ».

Special Commendation : **Apoorva Sharma** (National Law University, Delhi), « Towards an Effective Definition of Forced Labor ».



# BON DE COMMANDE / ORDER FORM / HOJA DE PEDIDO

## TARIFS 2019

REVUE DE DROIT COMPARÉ  
DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

(PAPIER) ISSN 2117-4350  
(E-JOURNAL) ISSN 2262-9815

COMPTRASEC  
UMR 5114

UNIVERSITÉ DE BORDEAUX  
Avenue Léon Duguit - 33608 PESSAC cedex  
Tél. 33(0)5 56 84 54 74  
Fax 33(0)5 56 84 85 12  
Email : revue.comptrasec@u-bordeaux.fr

PAR AN

3 NUMÉROS PAPIERS (FRANÇAIS)  
1 NNUMÉO ÉLECTRONIQUE (ANGLAIS)

Nom/Name/Nombre .....

Adresse/Address/Direcció .....

Code postal/Zip Code/Codigo postal ..... Ville/City/Ciudad .....

Pays/Country/Pais .....

① ..... / ..... @ .....

		Prix/Price/Precio
Abonnement Annuel Annual Subscrip- tion Suscripción anual	<b>Revue Papier</b> / Print Journal / Revista Impresa (3 n° en français / 3 issues in French / 3 números en francés)	105 €
	<b>Revue électronique</b> / E-journal/ Revista Electrónica (1 n° en anglais/1 issue in English, 1 número en inglés)	70 €
	<b>Pack Revues papier et électronique</b> / Printed copies & E-journal / Revistas impresa y electrónica (3 n° en français & 1 n° en anglais/ 3 issues in French & 1 in English/ 3 números en francés & 1 en inglés)	145 €
Prix à l'unité Unit Price Precio unitario	<b>Revue Papier</b> / Print Journal/ Revista Impresa	40 €
	<b>Revue électronique</b> /E-Journal/Revista Electrónica	70 €
	<b>Article</b> / Journal article/Artículo	6 €
<i>Frais de port compris / Postal charges included / Gastos de envío incluidos</i>		
TVA VAT IVA	<b>Livraison / Delivery/Entrega :</b> 2,10% France / 1,05% DOM & Corse / 0% CEE & hors CEE	<b>TOTAL</b>

### MODE DE RÈGLEMENT/MODE DE PAYMENT/FORMA DE PAGO

PAIEMENT EN LIGNE / ONLINE PAYMENT / PAGO EN LINEA  
(Carte de crédit - Credit card - Tarjeta de credito)

CHÈQUE / CHEK  
À libeller à l'ordre de / Make out to / A la orden de  
Monsieur l'agent comptable de l'Université de Bordeaux

**NB : Le paiement en ligne est à privilégier**

Online payment is preferred / El pago en linea se prefiere

Date ..... Signature

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

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



ABONNEMENT PERMANENT  
PERMANENT SUBSCRIPTION  
SUSCRIPCIÓN PERMANENTE



Dépôt légal : Avril 2019

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



REVUE

2019/1

DE DROIT COMPARÉ  
DU TRAVAIL  
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

La Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale est publiée par le COMPTRASEC, UMR 5114 CNRS de l'Université de Bordeaux depuis 1981. Elle est diffusée trois fois par an dans le but de contribuer au développement des analyses et des échanges sur le droit du travail et de la sécurité sociale à travers le monde. La Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale est membre de l'International Association of Labour Law Journals (IALLJ), réseau international d'échange d'idées et de publications en droit du travail et de la sécurité sociale.

Pour toute correspondance ou proposition de contribution écrire à :

COMPTRASEC - UMR CNRS 5114 - Université de Bordeaux  
16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - F 33608 PESSAC cedex

E-mail : [revue.comptrasec@u-bordeaux.fr](mailto:revue.comptrasec@u-bordeaux.fr)

Téléphone : 33 (0)5 56 84 85 42 - Télécopie : 33 (0)5 56 84 85 12

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr>

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

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

Conception graphique : Collectif UBIK - <http://collectif-ubik.com>

Impression : Imprimerie de l'Université de Bordeaux

ISSN 2117-4350





## NUMÉRO PRÉCÉDENT **2018/4**

---

### STUDIES

THE VARIED AND CHANGING FORMS OF ACTIVATION IN BELGIUM  
VANESSA DE GREEF

TOWARDS EXIT AND VOICE: REDESIGNING TEMPORARY MIGRANT  
WORKERS' PROGRAMMES  
MIMI ZOU

EU ANTIDISCRIMINATION LAW AND DUTY OF CARE: FELLOWS  
IN THE REGULATION OF MNEs' BUSINESS RELATIONSHIPS  
SILVIA BORELLI

BREXIT AND SOCIAL RIGHTS  
CATHERINE BARNARD

### THEMATIC CHAPTER

WORKER PARTICIPATION RIGHT IN PUBLIC AND PRIVATE COMPANY  
COORDONATED BY GILLES AUZERO AND MICHEL COUTU

### COMPARATIVE LABOUR CASE LAW

BULLYING AT WORK  
COORDONATED BY ALLISON FIORENTINO AND LOÏC LEROUGE

### COMPARATIVE LABOUR LAW LITERATURE

LABOUR LAW BEYOND NATIONAL BORDERS: MAJOR DEBATES IN 2017  
MARIAPAOLA AIMO, RUDOLF BUSCHMANN AND DANIELA IZZI

---

## À PARAÎTRE

**2019/2**

### JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

Thème : L'ubérisation des relations de travail  
Coordination par ALLISON FIORENTINO et  
ISABELLE DAUGAREILH

### JURISPRUDENCE SOCIALE INTERNATIONALE

### LITTÉRATURE DE DROIT SOCIAL COMPARÉ

## LA REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

À compter de 2017

### 3 numéros papier en français :

- I - Études  
Actualités Juridiques Internationales
- II - Jurisprudence Sociale Comparée  
Jurisprudence Sociale Internationale  
Littérature de Droit Social Comparé
- III - Dossier thématique  
Actualités Juridiques Internationales

### et 1 numéro électronique en anglais :

- IV - Studies  
Thematic Chapter  
Comparative Labour Case Law  
International Legal News  
Comparative Labour Law Literature

## REVUE



DE **DROIT COMPARÉ**  
DU **TRAVAIL**  
ET DE LA **SÉCURITÉ SOCIALE**

Pour plus d'informations :

[http://comptrasec.u-bordeaux.fr/  
revue-de-droit-compare-du-travail-  
et-de-la-securite-sociale](http://comptrasec.u-bordeaux.fr/revue-de-droit-compare-du-travail-et-de-la-securite-sociale)

Contact :

[revue.comptrasec@u-bordeaux.fr](mailto:revue.comptrasec@u-bordeaux.fr)

**COMPTRASEC**

Centre de droit comparé du travail  
et de la sécurité sociale

université  
de **BORDEAUX**



40 euros  
ISSN 2117-4350