

Revue de droit du travail 2019 p.277

## La « déjudiciarisation » du droit du travail

Luke Mason, Birmingham City University, Royaume-Uni

### L'essentiel

*Sur le sujet de la « déjudiciarisation », c'est-à-dire des voies par lesquelles le recours au juge est rendu moins attrayant, voire impossible, que nous apprennent les droits des autres et parmi eux, le droit allemand, le droit brésilien et le droit anglais ? Tel est le sujet des trois contributions qui suivent.*

## Déjudiciarisation et rejudiciarisation du droit du travail : perspectives anglaises

### Introduction : l'« image de soi » du juge dans le droit du travail anglais

Dans un système de *Common Law* dans lequel le droit commun du contrat et les règles de précédent sont essentiels, l'interprétation du rôle du juge par les juges eux-mêmes est cruciale. Le droit du travail anglais a connu une combinaison complexe entre l'émergence du rôle du juge dans le droit du travail, d'une part, et une tentative de limiter l'accès à ce même juge de l'autre. Les juges ont réagi de manière assez confuse. D'un côté, ils ont rejeté une partie du pouvoir qui leur a été conféré dans la législation sociale et ils ont systématiquement déféré aux traditions de la *Common Law* en matière de prérogative de gestion de l'employeur et de calcul des indemnités. D'autre part, les juges ont cherché à réagir aux limitations explicites sur leur compétence en jugeant que de telles mesures sont anticonstitutionnelles, tout en élaborant de nouveaux aspects du contrat de travail de *Common Law* qui accordent

aux juges des pouvoirs supplémentaires de contrôle du comportement des employeurs.

À bien des égards, l'histoire du droit du travail anglais au cours des cinquante dernières années a suivi ce que Simitis a rendu célèbre dans sa théorie générale <sup>[14]</sup>(43) de la *juridicisation* du droit du travail. On a connu, apparemment du moins, l'émergence d'un réseau complexe de protections législatives de l'emploi, répondant à un nombre croissant d'objectifs politiques. Le niveau de protection accordé aux salariés et la nature précise des droits ont bien sûr dépendu de l'agenda politique du gouvernement dans chaque période. Cependant, dans l'ensemble, le droit du travail a évolué vers un niveau plus élevé de réglementation technique, reflétant la notion wébérienne de *matérialisation* du droit <sup>[15]</sup>(44), y compris dans le contexte d'une pression générale en faveur de la déréglementation de la relation de travail et du marché du travail <sup>[16]</sup>(45). Ce changement a entraîné l'émergence d'un système de tribunaux du travail et donc de juges du travail, qui devraient, en théorie, être informels et facilement accessibles.

Le cadre législatif actuel a remplacé en grande partie le paradigme précédent du droit du travail au Royaume-Uni, qui reposait sur un rejet du rôle de la législation, et du juge, dans la réglementation des questions de travail. Jusqu'en 1979, l'idéologie dominante était celle du *laisser-faire collectif*, selon laquelle les partenaires sociaux négociaient et appliquaient des conditions de travail sans que leurs conventions collectives possèdent une valeur juridique <sup>[17]</sup>(46). À mesure que cette idéologie disparaissait, le contrat de travail individuel est devenu le mécanisme principal de réglementation sur lequel le droit du travail a fondé son édifice législatif <sup>[18]</sup>(47). Toutefois, cette expansion de l'intervention législative s'est accompagnée d'une curieuse réticence de la part des juges à jouer un rôle actif dans le contrôle du comportement des employeurs. Les juges ont refusé d'interpréter la législation d'une manière qui leur permette de remettre en cause les décisions des employeurs en matière de gestion.

Ces dernières années, le législateur a délibérément tenté de déréglementer indirectement la relation de travail par le biais de cadres législatifs qui visent à rendre plus difficile l'accès au juge, par exemple en créant divers types d'incitations pour éviter le recours aux tribunaux. Cette approche a atteint son apothéose lorsque des frais judiciaires élevés pour porter une affaire devant un tribunal du travail ont été instaurés. Cela a entraîné une baisse vertigineuse du nombre d'affaires devant les tribunaux du travail et le retrait effectif du juge du travail et, par extension, du droit

du travail. Cependant, la Cour suprême du Royaume-Uni a répondu en déclarant que cette mesure était en fait anticonstitutionnelle, affirmant ainsi le lien inné entre l'accès aux tribunaux et l'état de droit. Cet arrêt est le plus important en matière de droit du travail anglais depuis une génération au Royaume-Uni. Il reflète une réapparition plus générale du juge en droit du travail à travers le contrat de travail de la *Common Law*, dont les « clauses implicites » évoluent dans la jurisprudence. Contrairement à la réticence des juges à interpréter les pouvoirs qui leur sont conférés par des mesures législatives en matière sociale, la jurisprudence a développé au cours des dernières décennies une nouvelle « clause implicite de confiance mutuelle ». Cette clause implicite utilise les cadres conceptuels de la *Common Law*, qui ont traditionnellement été extrêmement permissifs en ce qui concerne le comportement des employeurs, pour conférer un nouveau rôle aux juges. Le droit du travail anglais est donc dans une situation relativement conflictuelle en ce qui concerne le rôle du juge, où les juges eux-mêmes manifestent à la fois une réticence à utiliser le pouvoir qui leur est attribué, tout en cherchant à défendre et même à élargir leur rôle lorsque cela semble diminué.

## **Le refus jurisprudentiel de la judiciarisation du droit du travail**

Depuis les années 1960, le droit anglais s'est lentement écarté de son scepticisme traditionnel concernant le rôle du juge et de la réglementation du rapport de travail individuel dans le droit du travail. Ce scepticisme était un consensus idéologique dans lequel les partenaires sociaux étaient considérés comme la source du contenu et de l'application des normes du travail (48). On considérait que le contrat de travail individuel offrait très peu de protection au salarié et qu'il était un moyen politiquement inapproprié de générer des normes d'emploi. Ce système a été en grande partie construit pour exclure le juge de la relation de travail, notamment en raison d'une suspicion d'hostilité de la part du juge de formation *Common Law* à l'égard de l'action collective et des protections sociales en général. Ce système de *laisser-faire collectif*, dans lequel le juge n'avait presque aucun rôle, a été progressivement remplacé en raison de deux processus contradictoires. D'une part, une série de protections individuelles de l'emploi a été instaurée, en partie pour réduire la nécessité de recourir à l'action collective pour contester les licenciements par exemple. On a connu donc la création et puis l'extension des tribunaux du travail (49). D'autre part, la


réglementation collective a suscité une hostilité manifeste dans les années 1980 et 1990, ce qui a entraîné le démantèlement progressif du système traditionnel de droit du travail et ses protections sociales, et la réapparition du contrat individuel en tant que noeud du rapport juridique entre travailleur et employeur. En réalité, bien que ces deux processus semblent contradictoires, ils sont étroitement liés d'un point de vue juridique, parce que ce contrat individuel est le dispositif juridique sur lequel les protections législatives ont été construites.



Cela semblerait créer un espace dans lequel le rôle du juge serait élargi dans le droit du travail anglais. À certains égards, comme l'illustrent les sections suivantes, cela a été le cas. Cependant, en règle générale, les juges anglais ont, dans leur jurisprudence, rejeté ce pouvoir, en s'en remettant à l'opinion de l'employeur où la législation semble donner au juge le pouvoir de substituer la sienne à celle de l'employeur. En général, la tendance a été de retomber sur les valeurs stéréotypées de la *Common Law*, qui considèrent la « clause » essentielle du contrat de travail comme celle de la prérogative de gestion. Trois exemples illustrent bien ce curieux particularisme anglais.

L'instauration du droit individuel « de ne pas être injustement licencié » a créé, pour la première fois en droit anglais, une protection générale contre le licenciement abusif en 1971, élargissant les protections limitées prévues par la *Common Law* (50). Ces protections continuent à exister plus ou moins sous la même forme dans l'Employment Rights Act de 1996. Dans l'article 98 de cette loi, il est indiqué que le juge doit décider si « l'employeur a agi de manière raisonnable ou déraisonnable » et cette question « doit être déterminée en fonction de l'équité et du bien-fondé de la cause ». Cette formulation semble conférer au juge en termes relativement simples le pouvoir de déterminer - conformément aux autres systèmes européens du droit du travail - la justice de la décision de licencier le salarié. Cependant, ce n'est pas l'interprétation de l'article que les juges ont eux-mêmes élaborée. Dans l'affaire *Iceland c. Jones* (51), dans laquelle un vendeur d'un supermarché avait été licencié pour avoir omis de verrouiller une porte, le juge Browne-Wilkinson a inventé le critère selon lequel les juges exercent désormais ce pouvoir dans les affaires de licenciements abusifs présumés. Le juge a conclu qu'en déterminant la légalité de la conduite de l'employeur, le tribunal du travail ne doit pas se substituer à la décision de l'employeur. En réalité, cette approche ressemble à une forme d'autocensure du juge qui réduit son pouvoir apparent qui lui est accordé par la loi. Au lieu de cela, le juge a inventé le tristement célèbre critère de la « gamme de réponses raisonnables », qui est maintenant

devenue la manière dont les tribunaux du travail décident si le salarié a été licencié de manière abusive : si la décision de licencier un salarié se situe dans la « gamme » de réponses imaginables d'un employeur raisonnable, le licenciement n'est pas considéré comme abusif.

Cette approche délègue effectivement la décision concernant les normes d'équité aux normes des pratiques industrielles, voire aux normes les plus sévères dans ces pratiques. Le rôle du juge n'est donc pas de prendre une décision concernant la justice du licenciement mais plutôt de le comparer aux approches les plus sévères. Il est très difficile de comprendre cette approche, dans laquelle le juge se décline tout seul et porte atteinte en partie à la fonction même du droit du travail qui consiste à contrôler les abus des employeurs. Toutefois, cette approche reflète l'approche retenue traditionnelle des juges anglais en droit privé et droit public. En droit du travail même, l'approche traditionnelle de la *Common Law* consistait à considérer la prérogative de gestion comme un pouvoir relativement souverain dans le cadre contractuel, bien qu'elle ait été soumise à des limitations importantes au cours des dernières années. De même, dans le contexte du droit privé commun, les juges anglais ont toujours respecté les normes des pratiques professionnelles pour trancher les questions de négligence (52). En droit public, la norme traditionnelle selon laquelle une décision administrative est illégale consiste à demander si la décision est « tellement déraisonnable qu'aucune personne raisonnable ne pourrait la prendre » (53). L'approche dans l'affaire *Iceland* a fait l'objet de vives critiques, notamment dans la jurisprudence qui a cherché à la remettre en question, en le qualifiant de mantra (54). Cependant, la cour d'appel a par la suite réaffirmé le critère, estimant que seule une décision de la Cour suprême ou une réforme législative peut désormais annuler une jurisprudence tellement ancrée (55). Cette approche reste ainsi en place. Son application la plus infâme reste la meilleure illustration de son effet, bien que le même verdict ne serait pas rendu aujourd'hui. Dans l'affaire *Saunders* (56), un salarié avait été licencié en raison de sa sexualité et du risque perçu par l'employeur en raison du contact entre le salarié et les enfants. Le tribunal du travail a estimé que, même s'il n'existait aucune preuve de cet effet, la réaction de l'employeur se situait dans « la gamme de réponses raisonnables ». Cette conclusion a été confirmée en appel. Aujourd'hui, bien entendu, *Saunders* bénéficierait des protections contre la discrimination. Cependant, le refus fondamental des juges de mettre en cause les excès des pratiques industrielles continue de faire partie des critères que les juges se sont imposés.

L'article 123 de la même loi de 1996 ordonne au juge d'accorder un montant « juste et équitable » dans toutes les circonstances, compte tenu de la perte subie par le salarié dans une situation de licenciement abusif. Cette formulation confère clairement au juge une grande marge de manoeuvre pour déterminer le niveau d'indemnisation approprié, même s'il existe un « plafond » dans la plupart des cas. Bien que les juges utilisent souvent leur pouvoir discrétionnaire pour réduire le niveau d'indemnisation qu'ils jugent approprié dans les circonstances, reflétant par exemple le comportement du salarié, il existe une jurisprudence claire qui transforme l'indemnité compensatoire en un calcul mathématique des dommages-intérêts selon les principes de droit privé. Dans l'affaire *Newton Tool Co Ltd c. Tewson* (57), il a été jugé que ni le mode de congédiement, ni les atteintes à la dignité du salarié ne pouvaient être indemnisés. Les juges devraient plutôt calculer l'indemnité selon des calculs beaucoup plus classiques de pertes identifiables, bien que ceux-ci ne se limitent pas nécessairement aux pertes financières. Une fois encore, le juge anglais a refusé d'accepter l'invitation législative d'intervenir de manière plus proactive dans les relations de travail, cette fois-ci dans le contexte de recours utiles.

Un troisième exemple du même phénomène est également intéressant. Il s'agit de la définition du licenciement économique, qui constitue un motif de licenciement « potentiellement juste » au regard de la loi de 1996. Les licenciements économiques supposés doivent appartenir à l'une des deux catégories pour être qualifiés de « redondance » dans le droit anglais. En vertu de l'article 139, un employeur peut licencier un salarié équitablement en cas de fermeture de l'entreprise (ou de la partie de l'entreprise dans laquelle le salarié travaille) ou lorsque l'employeur décide qu'il exige moins de salariés « d'un type particulier ». Si la première situation est relativement simple, la seconde est plus complexe car de nombreux salariés souhaitent contester l'affirmation selon laquelle leur rôle n'est plus nécessaire, en particulier si le nombre total de salariés reste le même, voire augmente. L'approche initiale (58) de la jurisprudence consistait à contester l'affirmation selon laquelle il y avait un licenciement dans les cas où les tâches du salarié, telles qu'elles étaient définies dans le contrat de travail ou ailleurs, semblaient inclure les tâches encore accomplies par les salariés restants, ce qui signifiait que l'employeur avait toujours besoin de salariés de ce « type ». Cependant, ce large pouvoir discrétionnaire du juge pour déterminer la « rationalité » de la décision de licencier une personne pour des raisons économiques a par la suite été entièrement enlevé par la jurisprudence ultérieure dans un autre exemple d'autodéjudiciarisation. Dans l'affaire *Murray c. Foyle Meats Ltd* 

(59), la Chambre des lords a conclu que le juge devrait se limiter à la question de savoir si la décision de licencier le salarié était liée à une décision générale de réduire le nombre de salariés d'un type particulier, mais pas nécessairement le type de salarié en question. Les juges se sont donc écartés de la question de savoir si le salarié est effectivement *redondant*. Cela a conduit à la situation, par exemple, dans laquelle un employeur peut licencier un salarié A puis confier cet emploi à son collègue B, au motif que le poste original du collègue B n'existe plus (60). Le juge se limite donc à se demander seulement si l'employeur a décidé de réduire le nombre total de salariés mais ne se pose pas la question de savoir pourquoi cette décision a été prise ni si elle est justifiée.

Ces trois exemples simples sont une illustration frappante du curieux particularisme du juge anglais qui rejette le pouvoir discrétionnaire d'intervenir dans la relation de travail, même lorsque cela est autorisé par la loi. Il est très difficile d'expliquer ce phénomène, bien qu'il reflète une idéologie générale traditionnellement présente dans la *Common Law* consistant à privilégier la prérogative de gestion de l'employeur, tant en général que dans le contrat de travail. Il est également vrai que la cour d'appel et la Cour suprême, qui ne sont pas des tribunaux du travail et dont les juges ont souvent une formation en droit commercial, établissent la jurisprudence la plus importante en droit du travail. Cependant, il est très difficile de comprendre cette réticence persistante à intervenir dans la relation de travail à la lumière de la nouvelle approche du contrat de travail dans la *Common Law*, comme l'expliquent les sections suivantes de cet article.

## **La déjudiciarisation législative indirecte**

Bien que le nombre de protections individuelles en matière de travail ait continué de croître en droit anglais depuis les années 1990, une politique économique générale de « flexibilisation » de la relation de travail s'est poursuivie. Cela ne s'est toutefois pas accompagné de la suppression des droits du travail, qui sont parfois présentés comme une menace pour la compétitivité, la croissance économique ou les taux d'emploi. Dans certains cas, cela a impliqué la réduction du champ d'application des droits eux-mêmes, à travers l'extension des périodes de qualification pour la protection contre le licenciement abusif ou la création de nouveaux statuts permettant aux salariés de « vendre » un

certain nombre de leurs droits en matière d'emploi en échange d'actions de la société<sup>(61)</sup>. Cependant, les gouvernements successifs ont également cherché à réduire l'accès aux tribunaux du travail, et donc aux juges du travail. Le premier exemple de ce type se trouvait dans une loi de 2002 du gouvernement travailliste<sup>(62)</sup>, qui tentait de bloquer totalement l'accès aux tribunaux du travail lorsque l'une des parties n'avait pas utilisé pleinement les procédures disciplinaires et d'appel au sein de l'entreprise employeuse<sup>(63)</sup>. Cette réforme a été un échec spectaculaire et pourrait être qualifiée de « privatisation » du droit du travail. Elle a rapidement été abrogée et ensuite remplacée par une autre approche, qui reste en vigueur : en vertu de l'article 207A, inséré dans une loi de 1992<sup>(64)</sup>, toute indemnité compensatrice accordée par le tribunal du travail peut être réduite ou augmentée par le juge de jusqu'à 25 % si les procédures internes appropriées ne sont pas utilisées.

En 2013, un nouvel article 111A a été inséré dans la loi de 1996 qui a instauré un nouveau concept de « conversations protégées » qui permet à un employeur de discuter de la rupture du contrat de travail avec un salarié lorsqu'il existe des raisons potentiellement insuffisantes pour justifier un licenciement pour des motifs équitables, ou lorsque l'employeur ne souhaite pas profiter de la possibilité de licenciement du salarié pour une autre raison. De telles conversations ne sont pas admissibles dans les procédures ultérieures du tribunal du travail, créant ainsi un espace dans lequel les employeurs sont non seulement en mesure de négocier un règlement mettant fin à la relation par « consentement mutuel », mais qui constitue également un mur autour de cette conversation, éliminant ainsi toute possibilité de supervision par le juge. Il s'agit d'un moyen indirect de licenciement déréglementé, et le changement a été introduit à la suite d'un rapport recommandant au gouvernement d'abroger la législation sur les licenciements abusifs. Il existe certaines limites à la protection dont bénéficient les employeurs en vertu de l'article 111A. Les discussions ne doivent pas porter sur des questions liées à des motifs de licenciement « automatiquement abusives » et l'employeur ne doit adopter aucun comportement « inapproprié », bien que le sens précis de ce concept ne soit pas clair et n'ait pas été élaboré dans la jurisprudence. Il est extrêmement difficile de comprendre l'impact précis de cette réforme, précisément parce qu'elle a créé un « espace sûr » pour que les employeurs procèdent à des licenciements « négociés » protégés par la loi du contrôle judiciaire.


Cependant, l'exemple le plus frappant de la tentative législative de déjudiciariser le droit du travail anglais se trouve



dans l'instauration des « frais judiciaires » afin de porter une affaire devant un tribunal du travail (65). Alors que les frais variaient selon le type de cas, le montant pour un cas moyen était d'environ £ 1 200. Cette réforme était motivée par des préoccupations parallèles. D'une part, le gouvernement a fait valoir que, en période d'austérité, les coûts de fonctionnement des tribunaux du travail ne pouvaient plus être justifiés et que ces coûts devaient être répercutés sur les parties en cause. D'autre part, et plus important encore, le gouvernement a affirmé que de nombreux salariés présentaient des réclamations vexatoires ou sans fondement, ce qui était coûteux pour les employeurs, à la fois en raison de la menace de tels litiges et du coût de défense contre les poursuites éventuelles. Le résultat de la réforme a été dramatique. Il y a eu une baisse de 80 % du nombre d'affaires devant les tribunaux du travail. Une baisse aussi brutale du nombre de plaignants signifiait clairement que de nombreuses personnes avaient décidé de ne pas déposer de demandes qui auraient été acceptées, et, ce qui est peut-être plus important encore, en raison de la diminution du niveau de contrôle exercé par les juges, les employeurs étaient en mesure d'agir avec un certain niveau d'impunité, sachant que le risque de litige a été considérablement réduit. Dans un système de *Common Law* où le droit du travail se développe par précédent, un nombre réduit de décisions de la part des juges signifie également qu'il existe une autre forme de déjudiciarisation : la réduction de la possibilité pour les juges de trouver de nouvelles réponses aux nouvelles situations, aux pratiques industrielles innovantes et aux changements technologiques. En cette période de mutation rapide du monde du travail, il est de plus en plus important que les « causes types » aient recours aux procédures judiciaires. Comme l'explique la section suivante, une telle cause lancée par un grand syndicat britannique a conduit à l'abrogation judiciaire de ces frais : un exemple de la « rejudiciarisation » du droit du travail par les juges eux-mêmes.

## **La « rejudiciarisation » du droit du travail par le juge**

Les sections précédentes ont illustré comment la jurisprudence et le législateur ont, de différentes manières, cherché à limiter la capacité du juge, soit en refusant une conception interventionniste de son rôle de supervision, soit en limitant ou en décourageant l'accès au juge sans forcément abroger les protections sociales. Cependant, il y a eu un phénomène tout aussi important de *rejudiciarisation* au cours des dernières années. Tout d'abord, il y a la

récente affaire *UNISON*  (66), où la Cour suprême a déclaré que les frais judiciaires étaient considérés comme anticonstitutionnels. Deuxièmement, on assiste depuis de nombreuses années à l'évolution générale d'une nouvelle compréhension des *clauses implicites* du contrat de travail et à la création consécutive de nouveaux « espaces » dans lesquels les juges sont en mesure de contrôler le comportement des employeurs.

Dans l'affaire *UNISON*, mentionnée ci-dessus, un grand syndicat a contesté la constitutionnalité des mesures législatives déléguées qui ont instauré les frais. Dans le tribunal de première instance et devant la cour d'appel, le plaignant a perdu parce que les juges ont estimé qu'il n'y avait aucune preuve qui suggérait que l'instauration de frais était illégale pour quelque raison que ce soit. Toutefois, devant la Cour suprême, la décision unanime d'un groupe élargi de sept juges a statué que l'ordonnance était *ultra vires*. La Cour suprême a estimé que, même si une loi précédente autorisait juridiquement le gouvernement à instaurer des frais de ce type, l'exercice de ce pouvoir devait être interprété à la lumière des principes constitutionnels fondamentaux de l'accès à la justice et de l'état de droit. Dans un arrêt extraordinaire, la Cour a estimé que le concept de l'état de droit nécessitait un système judiciaire accessible, sans lequel les lois perdent tout leur sens, tant pour le demandeur en cause que pour le public en général. La Cour a estimé que le niveau élevé des frais, en particulier par rapport au faible niveau d'indemnisation disponible dans la plupart des affaires de droit du travail, impliquait un risque évident de réduction de l'accès à la justice. S'il reste la possibilité que, dans le cadre du système de souveraineté parlementaire inscrit dans la constitution britannique, le législateur pourrait peut-être chercher à rétablir les frais par le biais d'une législation primaire, le gouvernement n'a montré aucune intention de le faire. Quoi qu'il en soit, il est probable que de tels frais seraient aussi illégaux aux termes de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et des principes généraux du droit de l'Union européenne concernant l'applicabilité effective des droits, du moins lorsqu'un salarié tente de défendre un droit dont la source est le droit de l'Union européenne.

Au-delà de cette forme dramatique de rejudiciarisation, il y a eu également un deuxième processus plus créatif de rejudiciarisation du droit du travail par les juges. Traditionnellement, les juges anglais ont utilisé les principes ordinaires du droit privé pour comprendre le contrat de travail et son contenu. En conséquence, la relation entre l'employeur et le salarié a été comprise comme une relation contractuelle régie par des clauses explicites et

implicites du contrat. Ces conditions implicites étaient généralement de nature limitée et reflétaient une compréhension de la relation de travail dans laquelle l'employeur dirige le travail du salarié d'une manière sans entrave (l'obligation implicite d'obéissance) et le salarié est payé (l'obligation implicite de rémunération). L'approche générale adoptée par le juge consistait à respecter l'autorité de gestion de l'employeur, ce qui était conforme à l'idéologie dominante du laisser-faire collectif au cours de la plus grande partie du XX<sup>e</sup> siècle. Cependant, au cours des dernières décennies, l'attitude des juges à l'égard du contrat de travail a nettement évolué. Les juges eux-mêmes ont « inventé » une série de clauses implicites du contrat de travail qui imposent certaines normes d'équité et de bonne foi, leur permettant de surveiller la conduite de l'employeur de manière plus proactive. En particulier, dans la jurisprudence, la genèse de la notion de la clause implicite de confiance mutuelle a donné au juge un large pouvoir discrétionnaire pour constater que les employeurs ont agi de manière abusive pendant le contrat de travail (67). Bien que ce terme n'ait pas été étendu au comportement des employeurs en matière de licenciement (68), il existe maintenant le principe général selon lequel l'employeur ne peut agir de manière à nuire à la confiance nécessaire à la pérennité du contrat relationnel de travail (69). Plus important encore, cela permet aux salariés de démissionner à la suite d'un tel comportement et d'affirmer qu'ils ont été licenciés de manière abusive, en utilisant le concept de « licenciement constructif » (congédiement implicite) selon lequel l'employeur enfreint le contrat de travail et le salarié démissionne. La nature précise de cette clause implicite et sa fonction de régulation ne sont pas encore parfaitement claires. D'autres systèmes de *Common Law*, comme l'Australie, ont refusé de suivre la même logique, et leur jurisprudence rejette cette clause implicite (70). Toutefois, l'incidence majeure de sa « découverte » dans le droit anglais réside dans le rôle plus important que joue le juge dans la surveillance du comportement de l'employeur et dans l'élaboration, par le biais du système de précédents, de principes généraux en matière de comportement loyal dans la relation de travail.

Luke Mason

(43) S. Simitis, « The Juridification of Labor Relations », *Comparative Labor Law*, 1986, vol. 7, p. 93 ; J. Clark, «

The Juridification of the Industrial Relations : A Review Article », *Industrial Law Journal*, 1985, vol. 14, p. 69.

(44) M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, Mohr, 1922.

(45) P. Davies et M. R. Freedland, *Towards a flexible labour market : labour legislation and regulation since the 1990s*, Oxford University Press, 2007.

(46) O. Kahn-Freund, « Legal framework », in A. Flanders et H. Clegg (eds.), *The System of Industrial Relations in Great Britain : its History, Law and Institutions*, Blackwell, 1954.

(47) M. Freedland, *The personal employment contract*, Oxford University Press, 2003.

(48) O. Kahn-Freund, « Intergroup conflicts and their settlement », *British Journal of Sociology*, 1954, vol. 5, n° 3, p. 193-227.

(49) J.K. MacMillan, « Employment tribunals : philosophies and practicalities », *Industrial Law Journal*, mars 1999, vol. 28, n° 1, p. 33-56.

(50) H. Collins, « The Meaning of Job Security », *Industrial Law Journal*, déc. 1991, vol. 20, n° 4, p. 227-239.

(51) *Iceland Frozen Foods Ltd v. Jones* [1983] ICR 17.

(52) *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 582.

(53) *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

(54) *Haddon v. Van den Bergh Foods Ltd* [1999] ICR 1150.

(55) *HSBC Bank plc v. Madden and Post Office v. Foley* [2000] EWCA Civ 330.

(56) *Saunders v. Scottish National Camps* [1980] IRLR 174.

(57) *Norton Tool Co Ltd v. Tewson* [1972] EW Misc 1.

(58) *Nelson v. BBC* 1977 ICR 649 et *Nelson v. BBC n° 2* 1980 ICR 110.

(59) [1999] UKHL 30.

(60) *Safeway Stores plc v. Burrell* [1997] ICR 523.

(61) L. Mason, « Le salarié-actionnaire en droit anglais : l'histoire d'un échec législatif », in E. Mazuyer (dir.), *La place des salariés dans l'entreprise*, Éditions Mare et Martin, 28 mars 2019.

(62) Employment Act de 2002.

(63) B.H. Qc et G.S. Morris, « The Employment Act 2002 and the Crisis of Individual Employment Rights », *Industrial Law Journal*, sept. 2002, vol. 31, n° 3, p. 245-269.

(64) Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act de 1992.

(65) Employment Tribunals and the Employment Appeal Tribunal Fees Order 2013 (SI 2013/1893).

(66) *R (UNISON) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51.

(67) *Malik and Mahmud v. Bank of Credit and Commerce International SA* [1997] UKHL 23.

(68) *Johnson v. Unisys Limited* [2001] UKHL 13.

(69) D. Cabrelli, « The Implied Duty of Mutual Trust and Confidence : An Emerging Overarching Principle ? », *Industrial Law Journal*, déc. 2005, vol. 34, n° 4, p. 284-307.

(70) *Commonwealth Bank of Australia v. Barker* [2014] HCA 32.

Copyright 2019 - Dalloz – Tous droits réservés