Libertés fondamentales et droit du travail

29 JANVIER 2021 - FRANÇOISE CHAMPEAUX

Comment s'y retrouver dans les multiples droits et libertés fondamentaux ? Nous faisons le point avec le doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation, Jean-Guy Huglo qui s'est exprimé lors d'une séance commune AFDT/Commission ouverte de droit social du barreau de Paris.

Le 25 janvier 2021, avait lieu la traditionnelle séance organisée conjointement par l'Association française de droit du travail et de la sécurité sociale et la Commission ouverte de droit social du barreau de Paris. Elle portait cette année sur les libertés fondamentales et le droit du travail. Autour des organisateurs Pascal Lokiec, Yasmine Tarasewicz, Florence Aubonnet et Frédéric Benoist, se sont exprimés successivement le Professeur Véronique Champeil Desplats, Professeur et Vice-présidente de l'Université Paris Nanterre, Jean-Guy Huglo, Doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation, Christophe Pettiti et Henri-José Legrand, avocats au barreau de Paris. Nous vous proposons un compte rendu de l'intervention de M. Huglo.

Qu'est-ce qu'une liberté fondamentale en droit du travail ?

Le doyen Huglo s'est d'abord interrogé sur le point de savoir si la célèbre distinction du Professeur Rivero entre les droits-libertés et les droits-créances n'était pas pertinente pour envisager la thématique des libertés fondamentales en droit du travail. Il s'est aussi demandé si les droits sociaux fondamentaux ne constituaient pas une catégorie intermédiaire entre les droits-libertés et les droits-créances.

Les droits-libertés

L'étude de la jurisprudence de la chambre sociale montre qu'un certain nombre de libertés fondamentales relève de droits-libertés.

- ***La liberté d'expression : nullité du licenciement du lanceur d'alerte fondé sur la liberté d'expression***.

*« Vu l'article 10 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;Attendu qu'en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est frappé de nullité. » (**Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557**)*

- ***Le droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances reconnu dès l'arrêt Nikon :***

« Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 9 du Code civil, l'article 9 du nouveau Code de procédure civile et l'article L.120-2 du Code du travail ;

Attendu que le salarié a droit, ***même au temps et au lieu de travail****, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur. » (****Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942****)*

- ***Le droit au libre choix de son domicile :***

« Vu les articles L. 122-14-4 et L. 120-2 du Code du travail [...] *;*

Attendu, cependant, qu'une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile et, si elle peut priver de cause réelle et sérieuse le licenciement du salarié qui la refuse lorsque l'employeur la met en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle, elle ne justifie pas la nullité de ce licenciement ;

*Qu'en statuant comme elle l'a fait la cour d'appel a violé les textes susvisés. » (****Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-41.016****)*

- ***Le droit à l'activité professionnelle : nécessité d'une contrepartie financière pour la validité des clauses de non-concurrence*** :

*« L'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle ; dès lors, loin de violer les articles 1, 2 et 1134 du Code civil et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une cour d'appel en fait au contraire une exacte application en décidant que cette exigence était d'application immédiate. » (****Cass. soc., 19 déc. 2004, n° 03-40.008****)*

- **Le droit au juge, droit sanction de toutes les libertés fondamentales :**

*« Est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié. » (****Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-23.589****)*

Les droits-créances

*« Le droit à l'emploi ne constitue pas une liberté fondamentale qui justifierait la poursuite du contrat de travail au terme de la mission de travail temporaire, en cas d'action en requalification en contrat à durée indéterminée. » (****Cass. soc., 21 sept. 2017, n°s 16-20.270 et 16-20.277****)*

En effet, le droit à l'emploi n'est pas une liberté fondamentale qui est à la main du juge car il dépend de multiples conditions économiques et sociales. Selon le doyen Huglo, le juge est confronté à cette question lorsqu'il examine quels sont les préjudices réparables. La chambre

sociale de la Cour de cassation a reconnu un préjudice tenant à la perte de chance de conserver son emploi dans le seul cas spécifique de la violation par l'employeur d'une garantie d'emploi ***(Cass. soc., 6 mai 1998, n° 95-45.464 ; 25 nov. 2003, n° 01-17.501)***. Dans ces deux arrêts, l'employeur s'était engagé à ne pas procéder à des licenciements pendant une certaine période. Dès lors que cet engagement a été violé, le préjudice subi par le salarié correspond à la perte de chance de conserver son emploi. En dehors de ces cas, la chambre sociale s'est toujours refusée à entrer dans la reconnaissance d'un préjudice réparant la perte de chance de conserver son emploi.

Entre les droits-libertés et les droits-créances

Dans cette catégorie intermédiaire, figurent les droits fondamentaux dont la liste est vaste.

Les sources juridiques sont très hétérogènes :

- **La Convention européenne des droits de l'homme :**

La liberté syndicale définie à l'article 11 de la CEDH est un droit fondamental. La Cour de Strasbourg a déduit de l'article 11 de la convention sur la liberté syndicale un corollaire qui est le droit à la négociation collective qui est donc aussi une liberté fondamentale ***(CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97, Demir et Baykara c. Turqui ; Cass. soc., 14 avr. 2010, n° 09-60.426)***.

- ***Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 :***

Il a donné lieu à la jurisprudence de la chambre sociale sur la nullité du licenciement et sur l'absence de prise en compte des revenus de remplacement durant la période d'éviction qui va du licenciement jusqu'à la réintégration du salarié dans l'entreprise. Le doyen Huglo a rappelé que cette solution a été adoptée à propos de l'alinéa 6 sur la liberté syndicale, puis étendue à l'alinéa 7 sur le droit de grève, à l'alinéa 11 sur le droit à la santé, à l'alinéa 8 sur le droit à la participation des salariés à la définition de leurs conditions de travail dans l'entreprise et plus récemment dans un arrêt du 29 janvier 2020 à l'état de grossesse de la salariée, en se fondant sur l'alinéa 3 du Préambule sur l'égalité entre les hommes et les femmes, arrêt selon lequel : *« Tout licenciement prononcé à l'égard d'une salariée en raison de son état de grossesse est nul. Dès lors qu'un tel licenciement caractérise une atteinte au principe d'égalité de droits entre l'homme et la femme, garanti par l'alinéa 3 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la salariée qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'elle aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, sans déduction des éventuels revenus de remplacement dont elle a pu bénéficier pendant cette période. »* (***Cass. soc., 29 janv. 2020, n° 18-21.862***)

- ***La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne annexée au Traité de Nice et qui date de l'année 2000*** :

Cette charte est plus moderne que la Convention européenne des droits de l'homme. Elle comporte un titre IV intitulé *« Solidarité »* et un certain nombre de dispositions reconnaissant des droits sociaux fondamentaux : l'article 27 sur le droit à l'information-consultation au sein de l'entreprise, l'article 28 sur la grève et le droit de la négociation collective, l'article 30 sur

la protection en cas de licenciement injustifié (sur cet article, le doyen Huglo a indiqué qu'en droit français, la protection en cas de licenciement injustifié n'avait jamais été considérée jusqu'ici comme un droit social fondamental), l'article 31, § 1 sur le droit à la santé et à la sécurité, l'article 31, § 3 sur le droit au repos et l'article 33, § 2 sur le droit d'être protégé contre tout licenciement lié à la maternité, à un congé paternité ou à un congé parental.

- ***La Charte sociale du Conseil de l'Europe.***

- ***Les conventions de l'OIT considérées comme fondamentales :***

Selon la Déclaration de l'OIT relative aux *« principes et droits fondamentaux au travail et son suivi »* de 1998, elles sont au nombre de huit : Convention n° 87 sur la liberté syndicale et le droit d'organisation, Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, Convention n° 100 sur l'égalité de rémunération, Convention n° 111 sur la discrimination en matière d'emploi et profession, Convention n° 29 et Convention n° 105 sur le travail forcé, Convention n° 138 sur l'âge minimum, Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants. Tout membre de l'OIT doit les respecter.

L'applicabilité des libertés fondamentales par le juge

Il n'y a pas de difficulté s'agissant des sources françaises. Désormais, que ce soit le Préambule ou la Déclaration de 1789, ils sont applicables. La difficulté provient davantage des sources européennes et internationales.

L'effet direct de la Charte des droits fondamentaux

La question de l'effet direct de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est complexe. À cet égard, la CJUE a décidé dans un arrêt, en réponse à une question préjudicielle posée par la chambre sociale de la Cour de cassation, que l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux (droit à l'information-consultation du salarié dans l'entreprise) n'était pas d'effet direct car, dans son libellé même, il renvoie au droit de l'Union européenne et aux pratiques et jurisprudences nationales. L'article 27 n'est donc pas suffisamment inconditionnel et précis pour être d'effet direct *(**CJCE, 15 janv. 2014, aff. C-176/12, Association de médiation sociale**)*.

Si on applique ce raisonnement à d'autres articles de la Charte, certains ne peuvent pas être d'effet direct : les articles 28 sur la grève, 30 sur le licenciement injustifié et 16 sur la liberté d'entreprendre (que la Charte appelle la *« liberté d'entreprise »*). Ces articles renvoient eux aussi au droit de l'Union européenne et aux pratiques et législations nationales, ce qui signifie qu'ils ne se suffisent pas à eux-mêmes.

En revanche, la CJUE a reconnu l'effet direct de l'article 31 § 2de la Charte sur le droit au repos dans la mesure où cet article se contente d'affirmer que *« tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés »*. En l'absence de tout renvoi à d'autres normes de droit dérivé, cet article est suffisamment précis et inconditionnel pour être considéré comme d'effet direct *(**CJUE, 6 nov. 2018, aff. C-569/16, aff. C-684/16**)*. La

précision est d'importance car le droit au repos concerne toute la législation et la jurisprudence sur les congés payés.

L'article 21 de la Charte sur le principe de non-discrimination est également d'effet direct pour les mêmes raisons *(**CJUE, 17 avr. 2018, aff. C-414/16, Vera Egenberger**)*.

Selon le doyen Huglo, même si la CJUE ne s'est pas encore exprimée sur le sujet, l'article 33 § 2 sur la protection du licenciement lié à la maternité, au congé maternité ou au congé parental de la Charte est certainement d'effet direct. Le libellé de cet article est extrêmement précis et ne renvoie pas au droit dérivé issu du droit européen et des pratiques et législations nationales.

L'effet direct des conventions de l'OIT

Selon la jurisprudence de la chambre sociale, pour déterminer leur possible effet direct, il convient d'examiner les conventions de l'OIT article par article, et ce, malgré un arrêt de la chambre sociale assez ambigu de 2010 selon lequel la Convention n° 158 sur le licenciement dans son entier serait d'effet direct (***Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-45.242, Bull. civ. V, n° 297*, interprétation inappropriée de *Cass. soc., 1er juill. 2008, n° 07-44.124, Bull. civ. V, n° 146***). Cet arrêt est isolé et la méthodologie est claire : l'examen vaut article par article.

Sur cette base, dans ses deux avis sur le barème Macron du 17 juillet 2019, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a estimé que l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail sur la protection en cas de licenciement injustifié était d'effet direct ***(Cass. ass. plén., 17 juill. 2019, nos 19-70.010, n° 19-70.011)*.**

Appliquant cette méthodologie, la chambre sociale de la Cour de cassation a dû trancher le point de savoir si l'absence d'entretien préalable avant le licenciement causait nécessairement un préjudice au salarié. La jurisprudence sur l'abandon du préjudice nécessaire *(**Cass. soc., 13 avr. 2016, n° 14-28.293**)* était-elle applicable à l'absence d'entretien préalable ? Autrement dit, le salarié doit-il démontrer l'existence d'un préjudice dans cette hypothèse ? L'article 7 de la Convention n°158 de l'OIT qui dispose qu'*« un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité »* pouvait-il être mobilisé ? La chambre a affirmé qu'elle n'était pas liée par l'article 7 qui n'affirme pas d'obligation inconditionnelle et a donc décidé qu'il n'y avait pas de *« préjudice nécessaire »* en cas de licenciement sans entretien préalable *(***Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 16-13.578***)*.

En revanche, l'article 4 de la Convention n°158 de l'OIT sur l'obligation d'un motif valable de licenciement, soit l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, est d'effet direct. La chambre sociale l'a appliqué très récemment dans un arrêt du 2 décembre 2020 *(**Cass. soc., 2 déc. 2021, nos 19-11.986 à 19-11.994)*** sur les accords de mobilité qui prévoient des modifications du contrat de travail. En cas de refus de la modification, le licenciement est fondé nécessairement sur un motif économique du fait de l'accord collectif. Ce mécanisme vaut aussi dans les accords de performance collective, a précisé le doyen Huglo, même si le licenciement repose sur un motif *sui generis* et non sur un motif économique.

La question se pose de savoir quelle est la cause réelle et sérieuse de licenciement. Dans cet arrêt, la chambre sociale a considéré qu'il fallait respecter l'article 4 de la Convention de l'OIT et que la cause réelle et sérieuse de licenciement résidait dans l'accord collectif qui prévoit cette mobilité. Dès lors, il fallait que le juge exerce un certain contrôle sur l'accord collectif. Il faut remonter jusqu'à l'accord collectif. L'arrêt précise l'étendue du contrôle : *« Si le refus par le salarié d'accepter l'application à son contrat de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne constitue, en application de l'article L.2242-23 du Code du travail alors applicable, un motif économique, il appartient au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement consécutif à ce refus au regard, d'une part, de la conformité de l'accord aux dispositions des articles L.2242-21, L.2242-22 et L.2242-23 du Code du travail et, d'autre part, conformément aux dispositions des articles 4, 9.1 et 9.3 de la Convention internationale du travail n° 158 sur le licenciement de l'Organisation internationale du travail, de la justification de l'accord par l'existence des nécessités du fonctionnement de l'entreprise. »*

L'effet direct de la Charte sociale du Conseil de l'Europe

Dans ses deux avis sur le barème Macron, l'assemblée plénière a décidé que l'article 24 de la Charte selon lequel *« tous les travailleurs ont droit à une protection en cas de licenciement »* n'était pas d'effet direct. Cette solution s'explique par la partie I de la Charte qui définit les objectifs à atteindre et de la partie III qui institue en quelque sorte du *« droit à la carte* ». Dans cette partie III, il est indiqué que les États membres doivent choisir les articles qu'ils vont appliquer parmi une liste limitée de dispositions fondamentales. Or, l'article 24 ne figure pas parmi ces dispositions fondamentales. La Cour de cassation a estimé que, du fait de ces deux parties, la volonté des rédacteurs de la Charte était de ne pas conférer d'effet direct à la Charte sociale européenne. C'est d'ailleurs ce qu'écrit Pierre Laroque, alors président du Comité européen des droits sociaux à l'époque, dans un article publié en 1970. On le comprend aisément quand on se remémore que l'effet direct en droit de l'Union européenne est défini dans un arrêt de la CJCE ***(CJCE, 5 févr. 1963, aff. C-26/62, Van Gend en Loos)***. Cet arrêt sur l'effet direct a été rendu malgré l'opinion contraire des six États fondateurs de l'Union européenne et malgré les conclusions de l'avocat général Maurice Lagrange. Il est clair que les questions d'effet direct faisaient partie des réflexions de l'époque et qu'il y a eu une volonté des rédacteurs de la Charte sociale européenne d'écarter l'effet direct de ses dispositions.

Certains commentateurs des avis de l'assemblée plénière se sont étonnés que l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT ait été déclaré d'effet direct alors que l'article 24 de la Charte sociale européenne, rédigé de la même manière, ne soit pas d'effet direct. On l'a compris, l'absence d'effet direct de l'article 24 ne tient pas à sa rédaction mais à la volonté des rédacteurs d'exclure tout effet direct de la Charte dans son ensemble.

Pour autant, ce n'est pas parce qu'un texte est dépourvu d'effet direct qu'il est dépourvu d'effet. L'instrument juridique très important à la disposition du juge est celui de l'interprétation conforme, notamment vis-à-vis de la Charte sociale européenne *(sur cette question, voir l'analyse du doyen Huglo, La Cour de cassation à l'épreuve du droit de l'Union européenne, Semaine sociale Lamy n° 1885, p. 10)*. L'occasion pour le doyen de rappeler les arrêts de 2011 sur les forfaits-jours. Pour mémoire, le CEDS avait à trois reprises condamné le

système français au regard de la Charte sociale européenne *(**voir notamment CEDS, 23 juin 2010, réclamations n°s 56-2009, n° 55-2009**)*. La chambre n'a pas décidé d'écarter l'application des forfaits-jours mais a procédé à une interprétation conforme du système des forfaits-jours en posant un certain nombre de conditions, notamment la nécessité d'un encadrement d'un accord collectif *(**Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107**)*. Après cette jurisprudence, le CEDS a pris une décision en précisant qu'*« ainsi interprété par la chambre sociale de la Cour de cassation, le système français des forfaits jours est désormais conforme à la Charte sociale européenne » (**CEDS, Conclusions 2014 – France – article 2-1, Droit à des conditions de travail équitables**).*

Les effets de la reconnaissance d'une liberté fondamentale

Selon le doyen Huglo, quatre conséquences de la reconnaissance d'une liberté fondamentale sont issues de la jurisprudence :

– la nullité du licenciement même sans texte législatif ;

– la possibilité de saisir le juge des référés pour obtenir la réintégration ;

– durant la période d'éviction qui court du licenciement du salarié jusqu'à sa réintégration, le droit au maintien des salaires que le salarié aurait dû percevoir sans déduction des revenus de remplacement. Ce n'est pas une sanction mais une évaluation du préjudice ;

– le contrôle du juge sur les accords collectifs. Même si la Cour de cassation laisse une certaine latitude aux partenaires sociaux, l'accord collectif doit respecter, sous le contrôle du juge, les libertés fondamentales. Cette conséquence n'a pas encore clairement été énoncée par la Cour de cassation. Un premier indice de ce raisonnement peut être tiré d'un arrêt du 9 octobre 2019 *(**Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 17-16.649**)* dans lequel la chambre a refusé d'appliquer en matière de discrimination la présomption de conformité des accords collectifs au principe d'égalité de traitement issue des arrêts de janvier 2015 *(**Cass. soc., 27 janv. 2015, n°s 13-14.773, 13-14.908**)*.

À ces quatre conséquences, s'ajoutent celles que le législateur peut prévoir, notamment celle qui exclut l'application du plafonnement des indemnités prud'homales en présence de discrimination, de harcèlement ou d'atteinte à une liberté fondamentale *(**C. trav., art. L.1235-3-1**)*.

Le doyen Huglo a terminé son propos en constatant une *« sorte de fondamentalisation du droit qui est très ambiguë »*. D'un côté, il y a la crainte que, si on fait tout remonter au niveau des droits fondamentaux et si les normes de droit matériel deviennent fondamentales, on risque de créer une « fossilisation » du droit. On ne pourra plus rien modifier. D'un autre côté, quand on hésite dans un dossier particulièrement complexe, le fait de remonter l'analyse au niveau des droits fondamentaux permet de voir la solution s'imposer de manière plus éclatante.

Ce recours plus fréquent aux droits fondamentaux a pour conséquence que le juge doit de plus en plus souvent faire face à des situations de concours de droits fondamentaux. L'exemple le plus caractéristique est celui de l'arrêt Facebook ***(Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058)*** où s'affrontent le droit au respect de la vie privée et le droit à la preuve que la CEDH a fait découler du droit au juge et du droit à la défense. Lorsque des droits fondamentaux sont en conflit, il faut appliquer le principe de proportionnalité et la balance des intérêts en présence, ce qui suppose une analyse. Le sujet est très riche et passionnant. Les solutions ne sont pas toujours évidentes avec parfois des problèmes de frontière particulièrement complexes, a conclu le doyen Huglo.