

Frédéric Guiomard

DROITS FONDAMENTAUX ET CONTROLE DES POUVOIRS DE L'EMPLOYEUR

*Communication au séminaire sur les Droits fondamentaux
Université Paris-X-Nanterre, 9 mai 2003*

Le droit social est entièrement structuré autour de la question des pouvoirs de l'employeur. La promotion des droits fondamentaux dans l'ordre juridique et leur intrusion dans les relations de travail ne peuvent que profondément mettre en question les règles antérieurement admises dans cette branche du droit.

L'intérêt de cette étude ne doit cependant pas en masquer la difficulté. Celle-ci tient avant tout au caractère très général de la perspective abordée, qui met en relation deux expressions (*droits fondamentaux* et *contrôle du pouvoir de l'employeur*) qui n'ont en commun que leur forte indétermination sémantique. Cette incertitude sur le sens des termes laisse une grande latitude dans le traitement du sujet et pourrait confiner à une approche très subjective de cette question. Afin de réduire cette marge d'incertitude, il est nécessaire de préciser le sens des différents termes.

- Les *pouvoirs de l'employeur* : désignent toutes les prérogatives de l'employeur qui lui permettent d'exiger quelque acte ou activité du salarié. Ces pouvoirs peuvent avoir des sources très différentes : contrat, statut collectif, pouvoir unilatéral, etc.

- Le *contrôle* désigne les mécanismes qui permettent d'assujettir l'exercice de ce pouvoir aux conditions posées par le droit. Ce contrôle peut prendre diverses formes. Afin de ne pas alourdir excessivement le sujet, nous nous limiterons ici à l'étude du contrôle

judiciaire de ce pouvoir : celui que les juges opèrent sur l'exercice du pouvoir de l'employeur¹.

- La catégorie des *droits et libertés fondamentaux*² est à l'évidence plus problématique. Malgré l'empressement des juristes à employer cette expression, sa signification est loin d'être univoque³. La référence aux droits fondamentaux provient de logiques juridiques et de stratégies d'acteurs complexes. Cette complexité ne saurait à elle seule exiger son abandon : elle requiert de renoncer à produire une définition trop simple qui n'appréhenderait le sens que d'une partie de cette notion. Elle exige par ailleurs de proposer une définition stipulative permettant de préciser dans quel sens nous l'emploierons⁴. Par leur genre, les droits fondamentaux appartiennent sans aucun doute à la catégorie des *normes*. Ils constituent des énoncés qui signifient un modèle qui a vocation à mesurer la conformité des comportements des destinataires avec ce modèle. Les droits fondamentaux constituent donc des normes, mais ce sont des normes particulières. Ces normes se distinguent par trois caractéristiques. Elles occupent d'abord une fonction particulière dans l'ordre juridique. Elles permettent la protection de valeurs considérées comme particulièrement importantes. Ces valeurs peuvent d'ailleurs être fondées dans des systèmes axiologiques différents : certains considèrent qu'elles sont constitutives d'une société démocratique, d'autres estiment qu'elles sont inhérentes à la personne humaine et à

1 Cette perspective ne doit pas occulter l'importance occupée par les mécanismes extra-judiciaires de protection des droits fondamentaux en droit du travail. La reconnaissance d'acteurs collectifs et l'instauration à leur profit de prérogatives d'actions est un vecteur essentiel de la protection des droits et libertés dans l'entreprise. Les institutions représentatives sont d'abord chargées d'assurer l'exercice de droits fondamentaux reconnus aux salariés (droit à la négociation collective, droit à l'information-consultation). Elles sont titulaires de libertés fondamentales (liberté syndicale). Elles reçoivent parfois des prérogatives qui leur permettent d'assurer la protection des droits fondamentaux des salariés : droit d'alerte du délégué du personnel (L. 422-1-1C. Trav.) ou action en substitution des salariés (cf. L. 122-45-1).

2 Au risque d'une simplification excessive, ces deux termes seront tenus pour équivalents ici. La distinction entre droits et libertés est en théorie claire : les libertés ne permettent que d'obtenir une abstention d'autrui alors que les droits permettent d'exercer des pouvoirs à son égard (cf. G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 6e ed., A. Colin, 2003). En pratique, cette distinction est des plus délicates : le droit d'aller et venir, le droit de grève ou le droit d'expression ne peuvent être distingués des libertés du même nom.

3 Voir V. Champeil-Desplats, *La notion de droit « fondamental et le droit constitutionnel français*, D. 1995, chr. p. 323 et article ci-après.

4 Voir O. Pfersman in L. Favoreu et Alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2e ed., 2002, n° 84 sqq.

sa dignité. Il importe peu ici de savoir si ces valeurs ont une quelconque existence objective : la croyance est partagée que ces droits mettent en œuvre ces valeurs.

Les droits fondamentaux sont ensuite marqués par une expression normative particulière. Sur le modèle des déclarations de droits originelles, ils se limitent la plupart du temps à un bref du type « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Ils présentent un haut degré de généralité et ne permettent pas de délimiter les comportements prohibés ou autorisés qu'ils recouvrent. Ils constituent des références nominales dépourvues de contenu prédéterminé⁵. Cette expression normative doit être vue comme une conséquence de leur fonction axiologique : les valeurs protégées et unanimement reconnues ne peuvent faire l'objet d'un consensus que si elles sont énoncées dans les termes les plus larges. Chacun connaît cependant des droits fondamentaux qui reçoivent un régime de protection plus complet et précis, comme c'est le cas des règles qui organisent l'exercice de la liberté syndicale. Il semble cependant que le droit fondamental puisse être limité à la reconnaissance de la liberté syndicale en tant que principe. Les règles qui régissent plus particulièrement ce droit n'en sont que le prolongement, et elles ne sauraient jamais épuiser la protection de ce droit. La fundamentalité d'un droit réside donc dans le caractère très général des énoncés juridiques qui les exprime et conduit ainsi à ne jamais enfermer leur exercice dans un cadre législatif étroit.

Enfin les droits fondamentaux sont caractérisés par l'utilisation de techniques juridiques de contrôle très particulières. La grande généralité des formules qui les énoncent conduit ces droits à entrer en conflit avec d'autres droits fondamentaux ou prérogatives juridiques. Les techniques de mise en œuvre des droits fondamentaux sont donc reconnaissables en ce qu'elles permettent de résoudre des conflits de normes (à l'instar de la règle de proportionnalité). Elles exigent le déroulement d'un raisonnement, d'une argumentation permettant aux droits fondamentaux de s'insérer dans l'ordre juridique. Contrairement à ce qu'on pourrait imaginer, les droits fondamentaux ne constituent donc jamais des droits absolus, protégés de façon ferme et inconditionnelle : ce sont des droits relatifs dont la réalisation exige une conjugaison avec les autres règles et principes de l'ordre juridique. Seuls certains droits fondamentaux se voient assurer une priorité absolue : droits indérogeables tels que protection contre la peine de

5 I. Vacarie et A. Lyon-Caen, , Droits fondamentaux et droit du travail, Mélanges J.M. Verdier, Dalloz, 2000, p. 421

mort ou interdiction de la torture⁶, mais ils n'intéressent pas directement le droit des relations du travail.

En résumé, les droits fondamentaux constituent donc des normes destinées à protéger des valeurs considérées comme importantes. Ils sont caractérisés par une énonciation en des termes très généraux, et reçoivent application par l'utilisation de règles de conflit de normes.

Il ressort de cette conception que le niveau hiérarchique d'énonciation des principes fondamentaux peut être considéré comme accessoire. Les droits fondamentaux peuvent avoir un rang constitutionnel, supra étatique, légal ou même infra légal. Ce qui importe, c'est leur aptitude à prévaloir sur d'autres normes ou principes et à recevoir consécration au travers de la solution d'un conflit de norme⁷.

Ces définitions étant posées, il apparaît que de la rencontre entre les pouvoirs de l'employeur et les droits fondamentaux conduit à une double mutation des premiers. En premier lieu, ils conduisent à un renouvellement de la conception même du pouvoir et de son exercice dans l'entreprise. Ils permettent en conséquence un renouvellement des techniques judiciaires de contrôle des prérogatives patronales.

6 Cf. F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 5e ed. Puf, 2001, n° 135 et suiv.

7 Voir en ce sens E. Picard, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, AJDA 1998 n° spé. p. 6

Première partie

LES POUVOIRS DE L'EMPLOYEUR CONFRONTES AUX DROITS FONDAMENTAUX

Il est communément admis que le droit du travail en tant que branche du droit a pour particularité d'instituer et d'organiser entre l'employeur et les salariés un rapport de pouvoir. Le vecteur essentiel de ce rapport est le contrat de travail qui a pour particularité de placer le salarié sous la subordination de l'employeur. L'objet même du contrat est considéré par certains auteurs comme portant sur le corps du travailleur⁸. La personne humaine est donc ici à la fois sujet et objet du contrat. La reconnaissance de droits fondamentaux protégeant la personne du salarié ne pouvait rester sans conséquences sur la conception même du pouvoir de l'employeur. Ils permettent de protéger des droits que le contrat de travail a pour vocation de soumettre.

Deux évolutions plus particulières semblent naître de cette rencontre entre les droits fondamentaux et les pouvoirs de l'employeur. D'une part, elle exige très clairement d'identifier les actes de pouvoir de l'employeur et d'en chercher les ressorts afin de vérifier la conformité de l'exercice de ces pouvoirs avec les droits fondamentaux. Les pouvoirs de l'employeur sont ainsi en *quête de transparence*. D'autre part, la reconnaissance des droits fondamentaux met en question la légitimité de l'exercice de ces pouvoirs lorsqu'il risque de porter atteinte aux droits fondamentaux : ces pouvoirs sont ainsi en *quête de fondements*.

8 A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 51 sqq.

A. DES POUVOIRS EN QUETE DE TRANSPARENCE

L'une des manifestations les plus claires de l'incidence des droits fondamentaux sur les évolutions du droit du travail réside dans l'exigence d'une transparence accrue pour l'exercice des pouvoirs de l'employeur⁹. La reconnaissance des droits fondamentaux dans l'entreprise a permis de mieux cerner l'exercice du pouvoir dans l'entreprise : elle exige d'abord de mieux identifier les actes de pouvoir (1). La protection des droits fondamentaux exige par ailleurs de limiter le caractère discrétionnaire des pouvoirs patronaux. Elle nécessite alors que leur exercice soit justifié (2).

1. L'IDENTIFICATION DES ACTES DE POUVOIR

Pendant très longtemps, les prérogatives patronales ont été contrôlées d'une façon comparable aux autres prérogatives des agents privés. La validité des actes a été appréciée au travers de la possibilité d'un rattachement à une source juridique reconnue. Il convenait donc de vérifier si tel acte pouvait être rattaché ou imputé à une permission trouvée dans le contrat de travail, dans un accord collectif, ou dans une prérogative découlant du pouvoir de direction reconnu au chef d'entreprise.

La légitimité des actes de pouvoir découlait ainsi directement d'une théorie des sources des actes : l'acte légitime est celui qui est imputable à une source reconnue valide dans l'ordre juridique. Cette conception peut être rattachée à ce que Dworkin appelle le conventionnalisme¹⁰.

La promotion des droits fondamentaux permet de rompre avec cette approche. La légitimité d'un acte ne peut plus être systématiquement évaluée à l'aune de sa seule *source* juridique. Il faut encore que *l'exécution* de ces actes soit ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux du salarié. Le seul fait qu'une clause de mobilité soit inscrite dans le contrat de travail ne suffira pas à légitimer sa mise en

9 Pour une réflexion générale sur la transparence en droit cf. M. Buyden, La transparence, méridien de l'esprit moderne, Liber amicorum Lucien Simont, Bruylant 2002, p. 939 et N° Spécial de la Revue de Jurisprudence Commerciale, 1993 (En particulier J. Carbonnier, Propos introductif p. 3 et J.Mestre, Transparence et droit des contrats)

10 R. DWORKIN, L'empire du droit, PUF 1994, p. 129 et suiv.

œuvre : il faudra encore que celle-ci soit compatible avec les droits fondamentaux reconnus au salarié¹¹.

L'émergence des droits fondamentaux permet d'identifier beaucoup plus clairement ces actes d'exécution du contrat ou de mise en œuvre du pouvoir unilatéral, afin de contraindre l'employeur à respecter les droits fondamentaux des salariés.

Cette identification permet de restituer la dimension très protéiforme et sociologique du pouvoir de l'employeur : la plupart des actes, des choix de l'employeur peuvent être analysés comme des actes de pouvoir, et soumis à une limitation.

La formulation des normes qui reconnaissent des droits fondamentaux permet de conforter cette compréhension très large des actes de pouvoir susceptibles d'un contrôle. L'article L. 120-2 du Code du travail en est une parfaite illustration : "*nul ne peut apporter*" de limites aux droits et libertés des personnes qui ne soient justifiées et proportionnées. Le choix de cette expression très impersonnelle montre la volonté du législateur de protéger le salarié contre toutes sortes d'actes, quelle qu'en soit la source ou l'auteur. Le seul critère pertinent est celui de l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux. Cette formulation très large se retrouve dans de très nombreux textes, en particulier les textes reconnaissant les droits fondamentaux au niveau international. Les textes européens font le plus souvent référence aux droits conférés à "*toute personne*", sans davantage préciser à l'égard de quelles prérogatives ils sont opposables. La Convention européenne des droits de l'homme protège ainsi le droit de "*toute personne*" au respect de sa vie privée et familiale (article 8), et à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9). Cette formulation a été reprise par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle reconnaît le droit de "*toute personne*" au travail (article 15) et au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications (article 6). Certains droits qualifiés de droits de solidarité (chap. 4) sont reconnus aux seuls travailleurs : la Charte énonce reconnaît alors le droit de "*tout travailleur à la consultation, à la négociation, à la protection contre le licenciement injustifié, à des conditions de travail justes et équitables*".

Le développement des règles sur l'égalité de traitement et la non-discrimination dans le droit social contemporain permet de montrer la sophistication des techniques d'appréhension du pouvoir de

11 Cf. Soc. 18 mai 1999 Bull. civ. V, n° 219, D. 2000 som. p. 84, obs. M.C. Escande-Varniol

l'employeur. Les textes proclament un principe général d'égalité reconnaissant que « toutes les personnes sont égales en droit » et l'interdiction de « toute discrimination »¹². Ils se déclinent ensuite en une prohibition d'une multitude des chefs de discriminations prohibées. Ceux-ci sont certaines fois limitativement énumérés¹³, d'autres fois inscrits dans une liste indicative¹⁴. Les actes de l'employeur qui ne peuvent faire l'objet de différences de traitement sont identifiés de façon variable selon les textes. Les textes du droit pénal ne permettent de sanctionner que le refus d'embauche ou le licenciement (Article 225-2 et suiv. C. Pénal). L'article L. 12-45 C. Trav. sanctionne de façon générale la « mesure discriminatoire ». La distinction des discriminations directes et indirectes issue du droit communautaire fournit une mesure plus précise d'identification des mesures concernées par ces prohibitions. Les discriminations directes sont celles qui sont caractérisées lorsqu'une personne « est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable » *en raison* de caractéristiques que les textes prohibent (sexe, race, opinions, etc.)¹⁵. Ce sont donc toutes sortes d'actes caractérisant un traitement distinct qui sont visés ici, pourvu qu'ils soient motivés par des mobiles discriminatoires.

La formulation des directives sur les discriminations indirectes est plus précise¹⁶. Trois types d'actes de l'employeur peuvent caractériser une atteinte à l'égalité de traitement : des « situations » (terme très large) dans lesquelles une disposition, un critère ou une pratique désavantagerait particulièrement des travailleurs présentant certaines caractéristiques. Le choix de ces termes permet d'appréhender de

12 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 21 ; voir également évidemment en droit français l'article 1er de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

13 Cf. L. 122-45 C. Trav.

14 Article 21 CDFUE ; Article 14 CESDH ; Charte sociale européenne révisée, article E.. Dans ces deux textes, la liste des motifs de discrimination prohibés est introduite par l'adverbe « notamment »

15 Cf. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail article 2.2.a) ; Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, article 2.2.a) ; Directive 2002/73 du 23 septembre 2002 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, article 2.2.

16 Directive 97/80 CE (preuve des discriminations sexuelles) article 2.2. ; Directive 2000/43 (discriminations raciales), article 2.2.b) ; Directive 2000/78 (cadre général), article 2.2.b) ; Directive 2002/73, article 2.2

façon très concrète la diversité des possibilités d'atteinte à l'égalité de traitement :

- la *disposition* désigne des règles qui prévoient des traitements différenciés des individus en fonction de caractéristiques qui ne sont pas prohibés, mais qui conduisent entraînent des effets discriminatoires. L'exemple le plus fréquent de ces mesures prohibées est celui des règles qui excluent le bénéfice d'avantages au profit des salariés à temps partiel. Les femmes constituant la proportion la plus importante de ces salariés, la différence de traitement fondée sur cette catégorie est assimilable à une discrimination sexuelle¹⁷.

- Les directives se réfèrent en second lieu à des *critères* qui ont des effets discriminatoires. Ce terme renvoie sans doute à la jurisprudence relative aux mesures à impact disproportionné. L'utilisation de certaines exigences afin de bénéficier d'un avantage conduit en pratique à écarter du bénéfice des mesures un groupe considéré de travailleurs. Cette approche des discriminations a été initiée dans la jurisprudence constitutionnelle américaine et en particulier de l'arrêt *Griggs* de la Cour suprême¹⁸, qui a reconnu qu'il était illicite de prendre comme critère de promotion une condition de diplôme à laquelle la grande majorité des noirs américains ne pouvaient répondre, sauf à ce que ce critère fût justifié par les besoins de l'entreprise. La Cour de justice des Communautés européennes adopte parfois une démarche comparable en estimant que l'exigence d'une condition d'ancienneté pour bénéficier d'un droit peut avoir une « différence d'impact » entre les salariés de sexe féminin et les salariés de sexe masculin¹⁹. Le problème de l'emploi de cette formule réside le plus souvent dans la recherche nécessaire d'un groupe référent permettant d'établir la différence d'impact. Si les discriminations directes autorisent à se référer à la manière différente de traitement que sont susceptibles de subir les salariés d'un groupe déterminé sans avoir à montrer la différence effective de traitement²⁰,

17 CJCE 13 mai 1986 *Bilka-Kaufhaus gmbh c/ Karin Weber von Hartz*, Aff. 170/84, Rec. 1986, p. 1607

18 *Giggs v. Duke Power Co*, 401 US 424 (1971)

19 Cf. CJCE 9 février 1999, *Seymour-Smith et Perez*, Aff. C-167/97, points 56 et 60

20 Cf. Dans les directives préc. l'emploi du conditionnel dans la définition des discriminations directes : « situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable (...) qu'une autre (...) ne le serait dans une situation comparable. »

la discrimination indirecte exige de prouver la situation différenciée des différents groupes de salariés²¹.

- Le dernier élément mentionné dans cette définition désigne simplement les *pratiques*. Le terme est très large et permet d'appréhender non seulement des règles mais de simples régularités que font apparaître des statistiques. Lorsque celles-ci font apparaître une politique discriminatoire, la Cour de justice considère qu'il appartient à l'employeur de justifier les différences de rémunérations pratiquées entre des groupes de travailleurs composés en majorité de femmes par rapport à d'autres groupes de travailleurs exerçant des travaux estimés de valeur égale²². Les directives relatives à l'égalité n'ont pas techniquement réglementé la preuve statistique des discriminations, mais leur rédaction est suffisamment large pour en admettre la pertinence. La révision de la directive sur l'égalité sexuelle a permis une référence textuelle à ce mode de preuve sans que celui-ci soit entièrement consacré²³. Ce mode de preuve est parfois d'une grande utilité. Il convient toutefois d'en noter les limites pratiques. La difficulté de constituer des statistiques pertinentes²⁴ et la quasi impossibilité pour les salariés d'accéder à de telles données rend assez hypothétique le recours à cette preuve. Seule la constitution d'organismes spécialisés dans la lutte dans les discriminations tels qu'ils existent dans les pays anglo-saxons permet donner une utilité à cette technique.

Ces différents exemples montrent que l'application du principe de l'égalité de traitement conduit à soumettre à examen critique toute forme de manifestation du pouvoir de l'employeur. Les catégories utilisées ne sont d'ailleurs pas entièrement cohérentes : la distinction entre disposition, critère et pratique est souvent difficile à opérer. L'ensemble de ces règles montre le souci de protéger l'égalité concrète dans l'entreprise. Le *résultat* des politiques menées par les

21 Voir cependant en matière de liberté de circulation la possibilité d'établir une différence de traitement au regard de simples vraisemblances : CJCE Arrêt du 23/05/1996 Aff. C-237/94, O'Flynn / Adjudication Officer, Rec. 1996, p.I-2617

22 Cf. CJCE 27/10/1993, Enderby / Frenchay Health Authority, Aff. C-127/92, Rec.1993, p.I-5535 ; CJCE 31 mai 1995, Specialarbejderforbundet i Danmark / Dansk Industri Aff. C-400/93, Rec.1995, p.I-1275 ; CJCE 9 février 1999, Seymour-Smith et Perez, prec. ; CJCE 30 mars 2000, Jämställdhetsombudsmannen c/ Örebro läns landsting, Aff. C-236/98

23 Directive 2002/73, Considérant 10 : les juridictions nationales pourront admettre la preuve d'une discrimination indirecte par tous moyens « y compris sur la base de données statistiques »

24 Sur cette quête de statistiques significatives, voir les arrêts prec. Seymour-Smith et Dansk Industri, prec.

entreprises est donc surveillé, sans que celui-ci soit imputé à une volonté discriminatoire quelconque. Il s'agit d'une sorte de vision sophistiquée de la faute par négligence. Le comportement des entreprises est mis en question par le seul fait de ne pas avoir développé de politiques préventives destinées à lutter contre ces effets discriminatoires des choix de l'entreprise. Des règles récentes ont ainsi clairement indiqué la nécessité de mener des actions destinées à prévenir toute atteinte aux droits fondamentaux des salariés. L'article L. 122-48 impose aux chefs d'entreprise de prendre « toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir » la survenance d'actes de harcèlement moral.

A ce niveau d'analyse très élémentaire, il apparaît donc que le premier apport des droits fondamentaux est l'identification d'actes de pouvoir qui sont susceptibles de porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne. Il faut encore préciser que certaines règles sont plus précises et soumettent certains actes juridiques particuliers à une surveillance systématique. Tel est le cas de la protection des salariés contre la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée. Le Conseil constitutionnel dans sa décision consacrée à la loi de Modernisation sociale a semblé admettre que cette mesure met en question le droit du salarié à l'emploi, ce qui justifie la mise en place d'un contrôle judiciaire des licenciements économiques²⁵. L'une des tendances du droit contemporain est d'ailleurs de protéger directement le salarié contre ce type de mesures, sans référence à la protection du droit à l'emploi. L'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne érige ainsi directement la protection contre le licenciement injustifié au rang d'un droit fondamental.

Le contrôle du respect des droits fondamentaux permet ainsi de surveiller un nombre toujours accru de prérogatives patronales. La recherche d'une protection des droits fondamentaux dans l'entreprise conduit non seulement à dévoiler l'exercice des prérogatives patronales, elle conduit encore à en clarifier l'exercice au travers la promotion d'une exigence de justification.

2. L'EXIGENCE DE JUSTIFICATION

La protection due aux droits fondamentaux exige de mettre en question le caractère discrétionnaire du pouvoir de l'employeur.

25 C. Const. 12 janvier 2001, DC 2001-455

Celui-ci ne saurait invoquer le seul bénéfice d'un pouvoir pour faire admettre la légitimité de ses actes. Dès lors que l'exercice d'un pouvoir est susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux des salariés, l'employeur doit au contraire justifier des raisons qui l'ont conduit à adopter la mesure en question. Cette exigence de justification est un trait marquant des évolutions des formes de contrôle du pouvoir patronal²⁶. Les ressorts du succès de cette forme de contrôle sont multiples et complexes, mais il ne fait pas de que la quête des droits fondamentaux en est l'un des vecteurs importants.

L'exigence de justification a pour particularité d'imposer à l'employeur de *justifier*, c'est-à-dire d'énoncer les raisons qui l'ont conduit à imposer ses choix aux salariés. Les règles qui reconnaissent les droits fondamentaux mentionnent d'ailleurs le plus souvent cette exigence d'une justification. Quatre exemples permettent de le montrer.

(1) L'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît une protection contre le licenciement injustifié. Ce texte ne mentionne pas le régime de cette justification et se contente de renvoyer au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales en la matière, mais il exige au minimum que l'employeur énonce les raisons de ses choix.

(2) Les règles sur les discriminations imposent également le principe d'une justification. L'article 2 de la directive 2000/78 énonce par exemple qu'une discrimination indirecte est caractérisée lorsqu'une « disposition, un critère ou une pratique est susceptible d'entraîner un désavantage particulier » pour certains salariés, à moins que cette mesure « *ne soit objectivement justifi[ée] par un objectif légitime* ». L'emploi de la voix passive laisse dans l'ombre le régime juridique de cette justification.

(3) Le droit français comprend une approche semblable dans l'article L. 120-2 du Code du travail : le principe est celui d'une nullité de toute mesure portant atteinte aux droits et libertés qui ne serait *justifiée* par la nature de la tâche à accomplir.

(4) La jurisprudence impose en l'absence de texte une exigence de justification. Un exemple intéressant peut être trouvé dans la protection de la liberté d'expression du salarié dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour transpose sa jurisprudence sur la protection des particuliers contre les ingérences étatiques dans la liberté d'expression et reconnaît que les limitations

26 Sur la notion de justification, cf. F. Guiomard, La justification des mesures de gestion du personnel, Thèse, Université Paris-X-Nanterre, 2000

apportées à la liberté d'expression du salarié ne sont admissibles que si elles sont justifiées par la protection des intérêts légitimes de l'entreprise²⁷. La protection des libertés protégées par la Convention conduit ainsi à donner un effet direct horizontal à des dispositions qui n'ont en principe qu'un effet vertical.

Le régime juridique de l'exigence de justification est caractérisé la nécessité d'explicitier les raisons des actes. Celle-ci se réalise essentiellement devant le juge, mais certaines règles ont permis un renforcement de ce contrôle en aménageant des procédures préalables à la décision patronale.

- Pour l'essentiel des droits fondamentaux, l'exigence de justification est une exigence de fournir au juge les motifs qui sont à l'origine de l'acte. La protection des droits fondamentaux conduit alors à une adaptation des règles d'administration de la preuve au profit des salariés. L'administration de la preuve se décompose alors en deux temps distincts.

Dans un premier temps, le salarié invoque devant une juridiction une atteinte à ses droits fondamentaux. Il importe à ce stade de montrer qu'un acte de l'employeur porte atteinte à de tels droits. Il pourra ainsi montrer que l'emploi d'un critère conduit à désavantager particulièrement une catégorie déterminée de salariés. L'exigence d'un haut niveau de diplôme peut par exemple désavantager les salariés les plus âgés. La preuve de cette atteinte aux droits fondamentaux est souvent allégée par l'instauration de règle de preuve facilitant l'action des salariés. Cette règle a d'abord concerné la preuve de la cause de licenciement (L. 122-14-3 Trav.), elle a été étendue aux sanctions disciplinaires. Ces règles n'avaient pas vocation première à protéger des droits fondamentaux des salariés, mais elles fournissent un cadre important qui permettra concrètement de protéger les salariés dans de très nombreux cas d'atteinte à leurs droits fondamentaux. Un mécanisme voisin a aujourd'hui été étendu à la preuve des discriminations. Les directives successives depuis 1997 ont imposé aux Etats d'aménager des règles spécifiques de preuve des discriminations. La directive 2000/78 impose par exemple qu'il incombe à la partie défenderesse de prouver l'absence d'atteinte au principe de l'égalité de traitement lorsque le demandeur a établi des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination

27 Cf. CEDH 4 septembre 2002 *DE DIEGO NAFRIA c. Espagne*, Requête n° 46833/99

directe ou indirecte. Ce mécanisme a été transcrit dans l'article L. 122-45 par la loi du 16 novembre 2001.

Dans ce premier temps de l'administration de la preuve, la charge qui incombe au salarié en tant que demandeur est allégée. Contrairement aux règles de droit commun qui exigent que celui qui invoque le bénéfice d'un droit en apporte la preuve²⁸, il lui suffit de montrer une atteinte apparente à ses droits fondamentaux. Les différents textes adoptés en la matière montrent cependant qu'il ne s'agit pas d'une simple allégation : le salarié doit apporter la preuve d'une atteinte apparente à ces droits fondamentaux. L'article L. 122-45 énonce que le salarié doit « *présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination* ». Le conseil constitutionnel, saisi de dispositions rédigées en termes voisins sur le harcèlement moral, a indiqué que cette règle impose au salarié « d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants » en soutien à ses allégations²⁹. Le législateur s'est empressé de transcrire ces réserves dans la loi en corrigeant l'article L. 122-52³⁰. Si une telle interprétation devait être donnée aux dispositions de l'article L. 122-45, il n'est pas certain qu'elle assurerait une conformité de ces dispositions avec le droit communautaire. Les directives indiquent qu'il suffit d'établir « *des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination* »³¹. Cette formulation laisse place à nombre de nuances concernant la manière dont une discrimination apparente peut être caractérisée.

Si le salarié parvient à prouver cette apparente atteinte à ses droits fondamentaux, la règle de preuve impose à l'employeur de justifier sa mesure en montrant qu'elle n'est pas attentatoire aux droits et libertés fondamentaux. Les formules adoptées par les textes sont variables. L. 122-45 énonce que l'employeur doit « prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. ». Les directives indiquent qu'il incombe à l'employeur « *de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement* »³². Les textes et la jurisprudence sur les discriminations indirectes

28 Article 9 du Nouveau Code de procédure civile, Article 1315 civ. ; voir également Civ. 1ère, 17 octobre 2000 BCI n° 249, énonçant que « le principe général du droit selon lequel celui qui invoque le bénéfice d'un droit doit justifier les conditions d'application ne saurait être contraire à l'exigence d'un procès équitable »

29 Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, point 87

30 Loi du 3 janvier 2003

31 Directive 2000/78, article 10-1 ; Directive 2000/43, article 8-1 ; Directive 97-80, article 4-1

32 cf. Textes cités note prec.

indiquent pour leur part que la différence de traitement doit être justifiée « *par un objectif légitime* » et que les moyens de réaliser cet objectif doivent être « *appropriés et nécessaires* »³³. Cette rédaction est empruntée à la jurisprudence de la Cour de justice. Celle-ci énonce que « *dans une situation de discrimination apparente, c'est à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération constatée* » cette justification doit se baser sur « *des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* »³⁴. Elle justifie ce déplacement de la charge de la preuve par la volonté d'offrir une protection efficace du principe d'égalité des rémunérations³⁵.

D'autres textes ne prennent pas directement parti sur les règles de preuve, mais aucune difficulté ne fait obstacle à l'aménagement des règles processuelles afin d'offrir une protection adéquate aux droits fondamentaux. L'article L. 120-2 indique que les restrictions aux droits et libertés des salariés doivent être « justifiées par la nature de la tâche à accomplir » et « proportionnées au but visé ». L'emploi de la voie passive dans ce texte permet de donner efficacité à ces dispositions en aménageant la charge de la preuve en faveur du salarié. La Cour européenne des droits de l'homme incite d'ailleurs à un tel aménagement des règles de preuve par la promotion de la notion « d'égalité des armes »³⁶.

- Certains textes ajoutent à cet aménagement des règles de preuve des règles d'une autre nature : ce sont des procédures non contentieuses, à l'instar de celles qui ont été aménagées pour protéger le salarié contre les licenciements injustifiés³⁷. Il semble cependant que ces procédures non contentieuses ne sont pas vraiment un élément qui relève de l'essence de la protection des droits fondamentaux. Celle-ci est avant tout organisée dans une perspective litigieuse. Des droits fondamentaux exigent certes le respect de telles procédures : licenciement injustifié, droit à l'information-consultation, droit à la négociation collective. D'autres droits fondamentaux ne bénéficient d'aucune protection en ce sens : droit d'expression (hormis les règles

33 Cf. Directive 2000/73 article 2 b i

34 Cf. CJCE Enderby prec. points 18 et 19

35 CJCE Royal Copenhagen, prec. point 24

36 Cf. CEDH *Dombo Beheer c/ Pays-Bas*, in V. Berger n° 77 : l'exigence d'égalité des armes exige « la possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves dans des conditions qui ne placent pas [le demandeur] dans une situation de net désavantage par rapport à un autre adversaire. »

37 Sur ces procédures voir E. Lafuma, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, Thèse, Paris X, 2003

quelques peu dérisoires sur les groupes d'expression) et surtout règles sur l'égalité. Les textes européens sont restés étrangement discrets sur la question de l'institution de procédures particulières de surveillance du respect du principe d'égalité dans l'entreprise avec les représentants du personnel. La directive 2000/78 se limite à un appel à « *favoriser le dialogue en vue de promouvoir l'égalité de traitement* ». Il est possible que la distance ici observée à l'égard des partenaires sociaux résulte de la faiblesse historique de leur intervention sur le terrain des discriminations sexuelles et raciales. Sans doute la période contemporaine montre-t-elle que les partenaires sociaux sont davantage préoccupés par les questions d'égalité, comme le prouve en France les négociations menées au niveau interprofessionnel sur l'égalité sexuelle en 2003-2004. La promotion de la négociation collective au niveau de l'entreprise (L. 132-27 C. Trav.) et des branches (L. 132-12 C. Trav.) sur les questions d'égalité traduit une évolution du droit français en la matière.

Les différentes évolutions constatées montrent la profonde influence des droits fondamentaux sur le contrôle des pouvoirs de l'employeur : ceux-ci ne sauraient s'exercer de façon discrétionnaire et sont soumis à une exigence de transparence accrue. Cette mutation conduit à rechercher dans l'ordre juridique des fondements à ces pouvoirs.

B. DES POUVOIRS EN QUETE DE FONDEMENTS

L'un des paradoxes du renforcement de la protection judiciaire des droits fondamentaux a été de consacrer une légitimité renouvelée du pouvoir de l'employeur. Cette consécration était sans doute inévitable pour deux raisons. La première raison est d'ordre logique : le principe même d'un contrôle du pouvoir exige la distinction entre des formes légitimes et des formes illégitimes d'exercice du pouvoir. Cet effet a été identifié en France en 1982 lorsque le législateur a instauré une protection des salariés contre l'exercice du pouvoir disciplinaire. Cette protection a conduit à institutionnaliser l'exercice de ce pouvoir³⁸. La seconde raison est d'ordre plus technique : elle est liée à la forme d'expression des droits fondamentaux qui par nature reconnaissent des droits relatifs : l'insertion de ces droits dans l'ordre juridique exige de rechercher des titres de légitimité pour l'exercice des prérogatives patronales.

38 Cf. A. Supiot, Autopsie du « citoyen dans l'entreprise » : le rapport Auroux sur les droit des travailleurs, in J. P. Le Crom, Deux siècles de droit du travail, Ed. de l'Atelier, 1998, p. 265

Le contrôle du respect des droits fondamentaux par l'employeur conduit donc à rechercher des fondements pour le pouvoir. Cette quête revêt deux formes essentielles. Le plus souvent, elle se limite à la recherche d'un exercice raisonné du pouvoir (1). Elle exige de façon plus exceptionnelle une montée en généralité et en légitimité supérieure : il faut alors rechercher si les prérogatives patronales peuvent elles même être justifiées par des droits fondamentaux (2).

1. L'EXIGENCE D'UN EXERCICE RAISONNE DU POUVOIR

La protection des droits fondamentaux exige le plus souvent, face à l'invocation par le salarié d'une violation de ses droits fondamentaux, que l'employeur se défende en montrant le caractère raisonnable de ses actes. Le mécanisme juridique est ici assez comparable aux obligations de résultat atténuées du droit civil. Face à une violation invoquée des droits fondamentaux, l'employeur peut se défendre en montrant que son acte était non fautif, raisonnable.

Cette exigence d'un exercice raisonnable du pouvoir est inscrite clairement dans l'article L. 120-2 du code du travail qui interdit les mesures qui ne soient justifiées par la nature de la tâche à accomplir ou proportionnées au but recherché. Le contrôle du caractère raisonnable est exprimé en termes très prudents : en se référant à la tâche *à accomplir* et au but *recherché*, le législateur s'est contenté de prendre acte des visées que peut se donner l'employeur, mais ne qualifie pas ses buts ou ces tâches : il suffit, à lire le texte, que l'employeur poursuivre un but quelconque. Une lecture « *libérale* » du texte pourrait en déduire qu'il suffit que ce but soit licite pour que la mesure soit justifiée. L'interprétation jurisprudentielle en est cependant plus exigeante. Les arrêts sur les clauses de non concurrence qui visent aujourd'hui ce texte se réfèrent à la poursuite d'intérêts légitimes³⁹; ceux qui concernent la fouille des salariés invoquent des exigences de sécurité que les juridictions contrôlent⁴⁰, et les décisions qui statuent sur la liberté d'expression prennent évoquent des questions de difficultés de l'entreprise⁴¹. Il faut cependant admettre que ces formules demeurent assez équivoques et que bien souvent la poursuite des intérêts de l'entreprise pourrait justifier une atteinte aux droits fondamentaux⁴².

Les règles relatives aux discriminations qualifient les buts que peut poursuivre l'employeur, mais il faut ici être sensible aux nuances

39 Soc. 10 juillet 2002,

40 Soc. 3 avril 2001, Dr. Soc. 2001, p. 675, obs. B. Gauriau

41 Soc. 14 décembre 1999 Dr. Soc. 2000, p. 163, ccl. Duplat, obs. Ray

42 Cf. Références récentes à intérêt de l'entreprise

des différentes règles. L'article L. 122-45 depuis la loi du 16 novembre 2001 précise qu'il incombe à l'employeur, en cas de litige portant sur la violation du principe d'égalité, de prouver que sa décision est « *justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». Éléments objectifs étrangers : là encore, le législateur n'a pas qualifié le but que peut poursuivre le législateur. La Cour de justice des communautés européennes a dégagé le principe selon lequel il incombe à l'employeur à l'employeur de justifier les différences de traitement par des « *facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* »⁴³. Elle a précisé que ces facteurs devaient constituer des « *raisons économiques objectivement justifiées* »⁴⁴. Cependant cette précision est ambivalente car toute raison est économique pour l'entreprise. Cette énonciation ne diffère pas beaucoup de la jurisprudence de la Cour suprême américaine : l'arrêt Griggs (prec.) se réfère au *business necessity*, c'est-à-dire l'intérêt de l'entreprise pour justifier des mesures attentatoires au principe d'égalité. La jurisprudence européenne livre parfois des interprétations plus audacieuses: elle examine le caractère raisonnable de la raison économique. La seule référence aux contraintes du marché concernant la détermination des rémunérations des hommes et des femmes ne constitue par exemple pas une justification objective⁴⁵, la recherche de l'adaptabilité à des horaires et lieux de travail variable ne constitue pas non plus une justification suffisante⁴⁶.

Les formules des directives sur l'égalité sont inspirées de cette jurisprudence. Les termes en ont cependant varié, ce qui montre des évolutions ou des hésitations sur leur signification véritable. Alors que les textes ont d'abord visé la nécessité de « facteurs objectifs » pour justifier une différence de traitement⁴⁷, les textes ont ensuite mentionné la nécessité d'un « objectif légitime »⁴⁸ et finalement le « but légitime »⁴⁹. Ces différences sémantiques n'ont pas nécessairement une portée importante. Elles montrent pourtant une évolution des conceptions de la justification : en passant des facteurs aux objectifs puis aux buts, les textes communautaires semblent admettre une conception de plus en plus subjective des justifications.

43 Cf. par exemple Enderby, point 19

44 CJCE Enderby, point 25, Bilka, point 36, et Nimz, point 14

45 Cf. CJCE Enderby point 27

46 CJCE Danfoss, 17 octobre 1989, aff. 109/88 rec. 1989 p. 3199 point 21

47 Directive 97/80

48 Directives 2000/78 et 2000/43

49 Directive 2002/73, article 2

Alors que le facteur objectif appelait une appréciation de la situation de l'entreprise, le but ne requiert plus que de sonder l'intention du chef d'entreprise. Dans le même temps, le qualificatif appliqué à ce motif a évolué : les premiers textes n'ont évoqué que des facteurs objectifs alors que les textes ultérieurs évoquent un but légitime. Cette référence invite à un contrôle plus approfondi des raisons qui animent le chef d'entreprise. L'objectivité implique une simple approche stratégique de la rationalité alors que la légitimité suppose une appréciation en termes de justice : il n'importe pas seulement de savoir si un choix économique est efficace, il faut encore qu'il soit conforme au bien commun.

2. LA FONDAMENTALISATION DES POUVOIRS DE L'EMPLOYEUR

La promotion des droits fondamentaux exige parfois de ne pas se contenter de soumettre l'exercice du pouvoir à des critères de rationalité, mais de monter davantage en généralité et de pouvoir rattacher ces prérogatives à des droits eux-mêmes qualifiés de fondamentaux. L'entreprise pourrait donc être, comme la personne humaine, titulaire de droits fondamentaux. L'idée est sans doute troublante qui identifie les droits fondamentaux avec les droits de l'Homme, centrés une protection des personnes. La catégorie des droits fondamentaux semble souvent recevoir une acception plus large, autorisant qu'elle ait pour titulaire une entreprise.

L'étude de la jurisprudence montre toutefois que peu de décisions se basent sur les droits fondamentaux des entreprises afin de légitimer une limitation aux droits fondamentaux des salariés. Cette référence est le plus souvent invoquée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et elle apparaît très peu explicitement dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Peut-être le caractère trop imprécis ou général des pouvoirs patronaux constituent-ils un obstacle à une telle montée en généralité.

Quatre types de droits fondamentaux de l'entreprise sont invoqués dans les décisions.

a) Le droit de propriété :

Le droit de propriété demeure à l'évidence la source essentielle des prérogatives de l'employeur. La propriété des moyens de production et la responsabilité propre au chef d'entreprise fondent des pouvoirs économiques, sociaux, juridiques. Les droits fondamentaux des salariés portent rarement atteinte au droit de propriété. A suivre la terminologie utilisée par la Cour européenne des droits de l'Homme, ils n'emportent pratiquement jamais privation de la propriété. Le seul

exemple connu en France est celui des nationalisations qui ont été légitimées par le Conseil constitutionnel au nom de la volonté des pouvoirs publics de « *faire face à la crise économique, promouvoir la croissance et combattre le chômage* »⁵⁰. C'est donc en dernier ressort le droit à l'emploi (encore que ce droit fondamental ne soit pas directement cité) qui a pu justifier une atteinte au droit de propriété. Il est également possible que la jurisprudence civile autorisant l'expulsion des grévistes en cas d'occupation de l'entreprise trouve son fondement dans un souci de préserver le droit de propriété⁵¹. Il apparaît cependant en pratique que les juges des référés cherchent à préserver un équilibre entre la protection du droit de grève et celle du droit de propriété et promeuvent en ce sens de pratiques de négociation. L'utilisation d'un tel procédé montre que le droit de propriété n'est pas pour l'entreprise le droit absolu inconditionnel que proclame l'article 544 du Code civil.

Le plus souvent, les droits fondamentaux des travailleurs n'emportent pas privation du droit de propriété mais réglementation de l'usage de la propriété. La Cour européenne des droits de l'Homme, conformément aux prescriptions de l'article 1 alinéa 2 du Protocole additionnel, a développé une jurisprudence par laquelle elle développe l'exigence que cette réglementation de l'usage des biens doit se conformer à l'utilité publique ou à l'intérêt général. Elle énonce en particulier que des politiques d'ordre social ou économique justifient la réglementation de l'usage des biens⁵². Elle veille cependant à laisser en la matière un large pouvoir d'appréciation aux Etats⁵³.

Il n'existe cependant pas à notre connaissance de décisions qui aient admis qu'une protection des droits fondamentaux des travailleurs conduit à réglementation excessive de l'usage des biens .

b) La liberté d'entreprendre

Cette liberté est reconnue depuis 1982 comme un principe constitutionnel découlant du principe de liberté de l'article 4 de la de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁵⁴. Le Conseil constitutionnel en a fait différentes applications. La décision du 20 juillet 1988 a fondé sur cette liberté un principe de libre choix des collaborateurs, qui limite sensiblement le droit à réintégration des

50 DC. 16 janvier 1982, D. 1983, J. p. 169, n. L. HAMON

51 Cf. Soc. 21 juin 1984, Dr. Soc. 1985, p. 19 n. J. Savatier

52 CEDH 21 février 1986, James et a. c/ Royaume-Uni, Série A n° 98 ; V. Berger, Prec. n° 211 (arrêt relatif au contrôle des loyers)

53 Com. EDH, 13 déc. 1984, Req. 10471/84, Royaume-Uni

54 DC 81-132 du 16 janvier 1982 prec.

salariés⁵⁵. La décision du Conseil constitutionnel du 12 janvier 2002 lui offre une place prééminente dans le fondement des prérogatives du chef d'entreprise. Il n'est pas lieu de revenir en détail sur cette décision⁵⁶, mais simplement rappeler que le Conseil a invalidé une définition plus restrictive des motifs économiques de licenciement au motif qu'elle faisait peser sur les entreprises un « *cumul de contraintes* » conduisant à une atteinte excessive au principe de la liberté d'entreprendre. Le Conseil a en particulier considéré que la nouvelle définition du motif économique avait « *pour effet de ne permettre à l'entreprise de licencier que si sa pérennité est en cause* ». Le Conseil a ainsi admis que la protection du droit à l'emploi trouvait sa limite dans la dénaturation de la liberté d'entreprendre⁵⁷. De même, la décision relative à la Loi Aubry II sur la réduction de la durée du travail⁵⁸ a admis que le droit au repos et aux loisirs permet de porter atteinte à la liberté d'entreprendre, pourvu que cela n'emporte pas dénaturation de celle-ci. Le contenu de la liberté d'entreprendre n'a pas été clairement explicité par le Conseil constitutionnel. Elle comporterait, selon M. Favoreu deux dimensions essentielles⁵⁹ : la liberté de créer une entreprise et d'accéder à l'activité professionnelle de son choix et le pouvoir d'exploiter librement l'entreprise ou d'exercer cette activité.

c) Le principe général de liberté

Certaines décisions sont fondées sur le principe général de liberté de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Le Conseil constitutionnel se base sur ce texte pour promouvoir deux principes. Le premier est le droit à réparation des préjudices découlant d'une faute. Il exclut la compatibilité avec la Constitution d'une loi créant une immunité au profit des représentants du personnel à l'occasion des grèves⁶⁰. Le second est le respect de la liberté contractuelle, avec en particulier l'obligation faite au législateur de respecter le contenu conventions légalement conclues, sauf à justifier

55 Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988 : « 22. Considérant que les dispositions de l'article 15 risquent de mettre en cause la liberté d'entreprendre de l'employeur qui, responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs »

56 Cf. A. Lyon-Caen, Le droit du travail et la liberté d'entreprendre, Dr. Soc. 2002, p. 258

57 Voir également DC 98-401 du 20 juin 1998, sur la loi Aubry I constatant l'absence de dénaturation.

58 DC 99-423 du 13 janvier 2000

59 M. FAVOREU (dir.) Droit des libertés fondamentales, Dalloz, n° 279

60 Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982

d'un motif d'intérêt général. Ce principe a été invoqué face à la loi Aubry II pour limiter les atteintes que ce texte pouvait porter aux accords conclus sous l'empire de la loi Aubry I⁶¹. La décision du 13 janvier 2003 a également considéré que ce principe de liberté contractuelle n'était pas mis en question par un dispositif dit de *sécurisation des accords* qui emporte validation rétroactive d'accords collectifs⁶².

d) La responsabilité du chef d'entreprise

La responsabilité du chef d'entreprise est sans doute le fondement le plus commodément employé pour justifier les différentes atteintes ou limitation à l'exercice des droits fondamentaux dans l'entreprise. La responsabilité qui lui incombe, sur le plan civil et pénal, permet de lui reconnaître des prérogatives juridiques, et de limiter les contrôles judiciaires à leur égard. Cette légitimation du pouvoir patronal a été reconnue dans le célèbre arrêt Brinon de 1956⁶³. L'arrêt Sat de 2000 a semblé renouer avec cette justification que la jurisprudence semblait avoir abandonné⁶⁴. Ce fondement permet en particulier aux juridictions d'estimer que l'employeur a le pouvoir de licencier pour motif économique un salarié –donc de porter atteinte à son droit à l'emploi- sans que les juges puissent vérifier en profondeur la légitimité de l'atteinte portée à ce droit. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle estimé que la cessation de l'activité de l'entreprise constitue un motif de licenciement. Elle peut justifier la rupture dès lors que l'employeur n'a commis ni faute ni acte de légèreté blâmable⁶⁵.

Ces différents exemples montrent comment respect dû aux droits fondamentaux des salariés exige de rechercher si l'employeur dispose lui-même de droits fondamentaux permettant de justifier d'éventuelles atteintes aux premiers. Cette invocation des droits fondamentaux de l'entreprise est cependant ambiguë dans le droit contemporain. Si la protection des droits fondamentaux exige de rechercher un titre juridique pouvant légitimer une éventuelle atteinte à un droit fondamental, elle ne saurait dispenser de tout contrôle sur la manière dont le droit fondamental de l'employeur est lui-même exercé. En d'autres termes, la reconnaissance des droits fondamentaux de l'entreprise ne saurait à elle seule légitimer toutes les atteintes portées

61 DC 99-423 du 13 janvier 2000

62 Décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003

63 Soc. 31 mai 1956, Brinon, JCP 1956, II, 9397, A. Brun, La jurisprudence en droit du travail, Sirey 1967, p. 308

64 Ass. Plen. 8 décembre 2000, Bull. A. P., n°1, D. 2001, p. 1125 note J. Péliissier

65 Soc. 16 janvier 2001 Dr. Soc. 2001, p. 413, notre J. Savatier.

aux droits des salariés. La tendance de la Cour de cassation à considérer qu'un droit fondamental puisse exiger une limitation du contrôle judiciaire des motifs est à ce titre particulièrement critiquable. Cette critique est renforcée par la très faiblesse de la reconnaissance des droits fondamentaux du chef d'entreprise. Si l'importance du droit de propriété dans nos sociétés n'est plus à prouver, il est très rare que ce droit puisse légitimer des pouvoirs à l'égard des salariés⁶⁶. La liberté d'entreprendre souffre à n'en pas douter de son absence de fondement textuel et de l'imprécision de son contenu. Le principe de liberté est également d'une généralité telle qu'il semble impossible que ce principe légitime à lui seul des atteintes aux droits fondamentaux. Quant à la responsabilité du chef d'entreprise, il est discutable de l'ériger en droit fondamental. Elle pourrait légitimer des pouvoirs du chef d'entreprise, mais ne saurait légitimer des droits fondamentaux assurant une emprise sur les droits des salariés.

Il apparaît en conséquence que la reconnaissance de droits fondamentaux à l'entreprise ne devrait pouvoir légitimer à elle seule des atteintes aux droits fondamentaux des salariés, sous peine de rendre impossible toute protection de ces droits. La question n'est donc pas tant celle de la détermination des fondements des pouvoirs de l'employeur que celle des techniques juridiques qui assurent un contrôle sur ces pouvoirs. La promotion des droits fondamentaux a permis à ce titre de renouveler ces dernières.

66 J. Savatier, Pouvoir patrimonial et direction des personnes, Dr. Soc. 1982 p. 1

Seconde partie

LE RENOUVELLEMENT DES TECHNIQUES DE CONTROLE DES POUVOIRS DE L'EMPLOYEUR

La reconnaissance des droits fondamentaux dans l'ordre juridique conduit à un renouvellement des techniques de contrôle du pouvoir de l'employeur. Elle exige de s'écarter d'un modèle de raisonnement juridique qui conçoit que le droit se réalise sous la forme de l'application d'un syllogisme offrant à chaque situation de fait une solution unique et impérative. La protection des droits fondamentaux exige au contraire, dans chaque situation litigieuse concrète, de rechercher comment les différentes règles peuvent se combiner afin d'offrir une protection optimale à ces droits. Les droits fondamentaux exigent ainsi de mettre en jeu systématiquement un conflit entre des normes. Pour être protégée dans l'entreprise, la liberté d'expression doit se concilier avec la possibilité pour l'entreprise de protéger ses intérêts légitimes telles que son efficacité productive ou sa réputation. La reconnaissance de droits absolus, face à une revendication quasiment infinie des droits des personnes⁶⁷ conduirait à une destruction de l'ordre juridique et de son ordonnancement.

Les droits fondamentaux exigent donc la mise en œuvre de techniques particulières de contrôle des pouvoirs, qui permettent de résoudre ces conflits de normes (A). Cette évolution des techniques juridiques doit conduire à une réflexion sur le savoir juridique lui-même et les modes de raisonnement des juristes (B).

A. LES TECHNIQUES DE CONTROLE PROPRES A LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

La promotion des droits fondamentaux emporte le plus souvent une confrontation entre ceux-ci et les droits, libertés et pouvoirs de l'employeur. Comment combiner ces deux normes ? Deux techniques sont identifiables dans la jurisprudence. La première conduit à chercher à protéger une sphère d'autonomie pour le salarié et donc à poser des bornes à l'exercice du pouvoir. La seconde cherche à

67 Sur ce thème, cf. F. Terré, in *Droits et libertés fondamentales*, Dalloz

concilier ces deux droits par le jeu de la règle de proportionnalité. La difficulté est de trouver par quels critères il est possible de répartir ces deux techniques de contrôle.

1. LA DEFINITION D'UNE SPHERE D'AUTONOMIE AU PROFIT DES PERSONNES

La première technique, qui est sans doute la plus anciennement retenue dans la jurisprudence, consiste à insérer les droits fondamentaux dans l'ordre juridique par une technique de limitation du pouvoir. Les droits fondamentaux permettent alors de définir au profit des salariés de zones d'autonomie qui bornent l'exercice du pouvoir de l'employeur.

Cette technique est d'abord utilisée afin de protéger la vie privée et familiale des salariés⁶⁸. Une jurisprudence assez ancienne a permis de lui offrir un cadre de protection. Elle est basée sur une distinction claire entre ce qui relève de la vie professionnelle du salarié et ce qui relève de la vie extra-professionnelle. La subordination doit avoir pour seul objet l'accomplissement du travail et ne pas porter sur des éléments qui sont d'ordre strictement privé pour le salarié. L'arrêt dit « *du prêtre ouvrier* » du 17 octobre 1973⁶⁹ avait ainsi interdit à l'employeur « *d'exiger des renseignements sans rapport direct avec l'emploi sollicité* ». La règle est aujourd'hui reprise dans l'article L. 121-6 du Code du travail. L'arrêt du 22 janvier 1992 avait utilisé la même technique pour ce qui concerne la liberté qui doit être laissée au salarié d'acheter les biens de son choix et en particulier le choix de la marque de son automobile⁷⁰. De même en ce qui concerne les mœurs du salarié : l'arrêt Painsecq de 1991 reconnaît le principe selon lequel un salarié ne saurait être licencié en raison de ses mœurs⁷¹. Dans ces différents cas, l'autonomie du salarié dans sa vie privée est protégée : elle pose une borne à tout exercice du pouvoir de l'employeur.

Une technique équivalente semble utilisée pour protéger le domicile du salarié. La Cour de cassation considère que le salarié ne peut être tenu ni d'accepter de travailler à son domicile ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail⁷². Elle limite le jeu des

68 Sur l'analyse de la vie privée comme autonomie, voir O. de Schutter, La vie privée entre droit de la personnalité et liberté, RTDH 1999, p. 826

69 Soc. 17 octobre 1973, Bull. civ., V, n°484, JCP 1974, II, 17968, n. Y. Saint-Jours

70 Soc. 22 janvier 1992, Dr. soc. 1992.329 note J. Savatier

71 Soc. 17 avril 1991, Bull. civ. V, n° 201, Dr. Soc. 1991, p. 485 note J. Savatier.

72 Soc. 2 octobre 2001, Abram, Dr. Soc. 2001, p. 920, obs. J.E. Ray ; D. 2002, 768 obs. M. Mercat-Bruns

clauses de non concurrence qui ont pour effet de restreindre le libre choix du domicile par le salarié⁷³.

L'arrêt Nikon a adopté le même raisonnement pour protéger la liberté des correspondances. Il interdit à l'employeur de prendre connaissance du contenu des messages personnels émis ou reçus sur le lieu de travail. Cette règle interdit donc toute utilisation du pouvoir portant atteinte à la liberté des correspondances⁷⁴.

Cette protection de l'autonomie des personnes contre toute immixtion du pouvoir de l'employeur est enfin identifiable dans l'ensemble de la jurisprudence relative aux discriminations directes. Ces dernières sont définies dans le droit communautaire comme le fait de traiter de façon moins favorable une personne qu'une autre pour des motifs précisés dans les textes (race, origine ethnique, religion, handicap, âge, etc.)⁷⁵. L'interdiction de cette forme de discrimination constitue par nature une limitation à l'exercice du pouvoir de l'employeur qui ne saurait prendre en considération ces caractéristiques propres aux personnes pour arrêter ses décisions⁷⁶. Elle interdit toute collecte d'informations concernant ces caractéristiques. Elle interdit toute justification pour les différences de traitement directes⁷⁷. Un mouvement de la doctrine anglaise contemporaine a néanmoins mis en question le caractère absolu de cette protection, en faisant valoir que les discriminations directes pouvaient être justifiées⁷⁸. Les auteurs qui soutiennent cette position invoquent la multiplication des cas de dérogation au principe de l'interdiction des justifications directes, en particulier la part croissante prise par les « exigences professionnelles essentielles »

73 Soc. 12 janvier 1999, Dr. Soc. 1999, p. 287, obs. J.E. Ray

74 Soc. 2 octobre 2001, Nikon, Dr. Soc. 2001, p. 920, obs. J.E. Ray

75 Cf. Directive 2002/73/CE, Prec., article 2-2 : La discrimination directe est définie comme « la situation dans laquelle une personne est traitée de façon moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne se serait dans une situation comparable ». Directive 2000/78 article 2.2.a: « une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1er » (religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle) ; même formulation pour la directive 2000/43, article 2.2.a (motifs liés à la race ou à l'origine ethnique)

76 Voir pour un approfondissement de cette conception des discriminations O. de Schutter, *Discriminations et marché du travail*, Ed. Peter Lang, 2001, p. 34 et suiv.

77 CJCE, 8 novembre 1990, C-177/88, Rec. p. 3941, *Dekker*, point 12 ;

78 J. Bowers et E. Moran, *Justification in direct sex discrimination : Breaking the Taboo*, ILJ 4/2002, p. 307

autorisant des traitements différenciés des différents groupes⁷⁹. Cette perspective affaiblit considérablement la protection contre les discriminations directes. Il est préférable de conserver la conception selon laquelle les discriminations directes ne souffrent pas de justifications, et ne peuvent admettre que des dérogations clairement identifiées dans les textes.

Cette protection de l'autonomie des personnes n'est cependant pas absolue : il s'agit bien d'une technique qui permet de donner solution à un conflit entre les pouvoirs de l'employeur et les droits fondamentaux. L'autonomie du salarié n'est garantie que dans un cadre déterminé. L'arrêt *Painsecq*⁸⁰ relatif au licenciement d'un sacristain homosexuel marque les limites que la jurisprudence est prête à accorder à la protection de l'autonomie des personnes. Cette protection n'est garantie que tant que le comportement du salarié, compte tenu des fonctions du salarié et des finalités propres de l'entreprise ne crée pas un trouble caractérisé au sein de celle-ci. Il est alors délicat de préciser les contours de l'autonomie reconnue aux salariés. Dans l'arrêt *Painsecq*, la Cour prend bien soin d'opérer une distinction. Le licenciement ne peut jamais être prononcé en raison des mœurs ou des convictions religieuses du salarié. En revanche, le licenciement peut se fonder sur le trouble que le comportement peut provoquer au sein de l'entreprise. Cette motivation n'est sans doute pas entièrement satisfaisante. Par «comportement», faut-il entendre des actes positifs accomplis au sein de l'entreprise ou le terme se contente-t-il de renvoyer aux mœurs et convictions ? En d'autres termes, peut-on considérer, en application de cette jurisprudence que le trouble au sein de l'entreprise pourrait provenir d'actes qui relèvent de la seule vie extra professionnelle? La motivation finale de l'arrêt précise que les juridictions du fond n'avaient pas constaté « d'agissements » du salarié. La Cour semblerait par là exiger un comportement actif du salarié. Faudrait-il alors comprendre que la Cour n'accepterait de protéger les mœurs que lorsqu'elles demeurent cachés et non exprimées par des actes publics, et qu'ils ne bénéficient plus d'aucune protection lorsque le comportement ou les attitudes du salarié deviennent publics ? Ce serait conférer à l'autonomie une protection bien étroite. Il faut d'ailleurs relever que la Cour européenne des droits de l'Homme admet depuis longtemps que la vie privée ne peut

79 Cf. Directive 2002/73/CE, article 6 ; Directive 2000/43/CE, article 4 ; 2000 :78/CE, article 4.

80 Soc. 17 avril 1991, prec.

être considérée comme la seule vie intime de la personne et qu'elle s'étend à la vie sociale des individus⁸¹.

La conception de la Cour de cassation française n'est-elle pas finalement peu respectueuse de l'autonomie des individus ? Certains le soutiennent de façon convaincante⁸². Le droit français semble aujourd'hui davantage enclin à offrir une protection équilibrée aux salariés au travers l'application du principe de proportionnalité, que de protéger l'autonomie des personnes, d'ailleurs fort hypothétique dans un rapport de subordination.

2. LA PROPORTIONNALITE

La seconde technique identifiable dans la mise en œuvre des droits fondamentaux est la technique de la proportionnalité. Comme son nom l'indique, la proportionnalité se définit comme l'établissement d'un ratio entre deux termes. Cette technique, par nature, cherche à établir une conciliation entre deux intérêts distincts⁸³. Au delà de cette idée plutôt vague d'une pesée d'intérêts, l'évocation de la règle de proportionnalité par les juridictions renvoie à des appréciations très diverses.

La règle de proportionnalité est d'abord issue du droit public et du droit européen⁸⁴. Elle est destinée à limiter les atteintes que l'Etat peut

81 Cf. l'extension de la protection de la vie privée et familiale à la faculté d'entretenir des relations avec autrui (Com. EDH 13 mai 1976, DR 5/86 ; CEDH 27 août 1992, Tomais c/ France sur les droits des détenus ; CEDH 16 Décembre 1992, Niemetz c/ Allemagne, V. Berger n° 163) ou la protection du droit à l'environnement (CEDH 19 février 1998, Guerra c/ Italie D. 1998, Som. p. 370 voir toutefois plus nuancé CEDH 8 juillet 2003, Hatton et a. c/ RU, JCP, ed. G, 2004, Chr. I, 107, p. 183) ; sur cette question cf. F. Sudre, Les aléas de la notion de vie privée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Mel. L.E. Petit, Bruylant 1999, p. 687

82 J.P. Marguenaud et J. Mouly, Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité, D. 1999, J. p. 645, II, B.

83 I. Cornesse, La proportionnalité en droit du travail, Litec 2001, n° 3 ; Voir également sur la proportionnalité conçue comme une recherche d'équilibre des relations contractuelles, S. Pech-Le Gac, La proportionnalité en droit privé des contrats, LGDJ 2001 et C. Thieberge-Guelfuci, Rev. trim. dr. civ. 1998, p. 379

84 Cf. M. Fromont, Le principe de proportionnalité, AJDA 1995, chr. p. 156 ; X. Philippe, Le contrôle de la proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative, Economica, 1990 ; Sur la proportionnalité en droit privé, Cf. Dossier Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? PA n°117, 30 septembre 1998, En particulier M. Behar-Touchais, Rapport introductif ; D. Mazeaud, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat ; N. Molfessis,

porter aux droits et libertés en rendant impossible toute ingérence qui ne serait rapportée aux besoins ou nécessités de l'intérêt général. Différents articles de la Convention européenne des droits de l'Homme font référence à la règle de proportionnalité en exigeant que les ingérences des autorités publiques dans les droits protégés soient prévues par la loi et qu'elles constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique à la protection de l'ordre, de la sécurité nationale ou du bien être économique du pays⁸⁵. La Cour européenne, a également indiqué que ce principe devait s'appliquer aux questions d'égalité de traitement. Dans l'affaire Linguistique Belge, elle a énoncé comme un principe que « *l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification peut s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui règnent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé*⁸⁶ ». Cette motivation semble ériger en principe général la règle de proportionnalité par laquelle la Cour contrôle les atteintes portées par les Etats aux droits et libertés⁸⁷.

La question se pose de savoir si la règle de proportionnalité peut s'appliquer de façon horizontale directe ou si sa nature doit la cantonner à une application à l'égard des Etats. Des auteurs considèrent que cette règle, lorsqu'elle est issue du droit européen n'a vocation qu'à régir les atteintes portées par les Etats aux droits et libertés⁸⁸. Ainsi, la protection du domicile du salarié aurait-elle pour conséquence d'imposer aux Etats une obligation positive : interdire aux employeurs de porter atteinte au droit au libre choix du domicile. Une telle obligation devrait contraindre l'annulation des clauses de domiciliation du salarié. En revanche, le principe de proportionnalité n'aurait pas grand sens s'il devait être entendu comme imposant aux employeurs un principe de proportionnalité en interdisant toute atteinte aux droits et libertés individuelles des salariés. Ces auteurs

Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat ; A. Mazeaud, Proportionnalité en droit social.

⁸⁵ Voir (avec des variantes de formulation) les articles 8 à 11 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales

⁸⁶ CEDH 23 juillet 1968, Aff. Linguistique Belge, V. Berger n° 180

⁸⁷ V. M. Fromont, prec.

⁸⁸ JP. Marguénaud et J. Mouly prec. I, A

soutiennent que l'application du principe de proportionnalité à des rapports entre particulier perd sa raison d'être, car ce principe est uniquement destiné à limiter les atteintes des Etats aux droits et libertés à ce qui est nécessaire dans une société démocratique. Il est impossible de transférer une telle exigence à l'égard des entreprises, qui ne poursuivent que des intérêts privés. La nature même du contrôle exercé interdirait ainsi toute transposition du principe de proportionnalité aux rapports entre particuliers. D'autres auteurs ont néanmoins fait valoir que la Cour européenne des droits de l'homme elle-même raisonne comme si la règle de proportionnalité trouvait application dans rapports entre particuliers⁸⁹. Cette conception est perceptible dans les questions de liberté d'expression⁹⁰.

Le droit français fait une consommation croissante du principe de proportionnalité directement dans les rapports entre les employeurs et les particuliers. Cette application trouve ses origines dans la jurisprudence administrative⁹¹. Elle a été reprise ensuite dans divers textes du Code du travail, relatifs au règlement intérieur (L. 122-35), aux sanctions disciplinaires (L. 122-43) et de façon générale aux atteintes aux droits et libertés (L. 120-2). La rédaction très imparfaite de l'article L. 122-45 alinéa 4 pourrait également conduire à inclure ce principe dans le contrôle des justifications des différences de traitement.

Il semble qu'il existe une grande variété de régimes de contrôles derrière cette même appellation de contrôle de proportionnalité. Les différences concernent d'abord les standards utilisés par les normes pour expliciter ce contrôle de proportionnalité.

En matière d'égalité, l'application de cette règle conduit à rechercher si la pratique considérée est « objectivement justifiée par un objectif légitime et les moyens de réaliser ce/ objectif [sont] appropriés et nécessaires » (directive 2000/78 article 2). L'appréciation se fait donc par l'examen de trois critères : le caractère légitime des objectifs, l'adéquation des moyens par rapport à cette fin et la nécessité de ces moyens pour atteindre cette fin. Le raisonnement mené par la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas très différent. En matière d'atteinte à la liberté d'expression, elle contrôle par exemple si l'ingérence dans la liberté d'expression est nécessaire et si elle est proportionnée aux buts légitimes poursuivis⁹². La Cour européenne retient donc elle aussi la même idée à la fois d'un contrôle

89 O. de Schutter, RTDH 2003, p. \$\$\$

90 CEDH 14 mars 2002, De Diego Nafria c/ Espagne, prec.

91 Cf. Arrêt Corona, CE 1er février 1980

92 CEDH De Diego Nafria, prec.

de la nécessité de la mesure pour l'entreprise, compte tenu des buts légitimes qu'elle poursuit, et celle d'une modération dans les intrusions dans la liberté d'expression.

En matière de clause de non-concurrence, l'expression choisie par le juge est quelque peu différente. Visant l'article L. 120-2, la Cour de cassation énonce que cette clause « n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière⁹³ ». Cette formulation retient des exigences proches de celles retenues en matière d'égalité poursuite d'intérêts légitimes et caractère nécessaire (ce qui suppose que les moyens sont aussi adéquats). Ainsi que le notent A. Lyon-Caen et I. Vacarie, la démarche consiste cependant à rechercher un équilibre entre « *les sujétions professionnelles du salarié et sa liberté personnelle* »⁹⁴ : il s'agirait de limiter des sujétions excessives. Cette recherche d'équilibre a été semble-t-il renforcée depuis les arrêts du 10 juillet 2002 par l'exigence d'une contrepartie financière. La Cour de cassation n'a pas encore mis en avant l'idée d'un « juste prix », mais il est assez clair que le contrôle qu'elle effectue sur le jeu des clauses de non-concurrence la conduit à effectuer une sorte de bilan coût-avantages qui exige une contrepartie équilibrée afin que la limitation de la liberté du salarié ne le laisse pas sans ressources financières. Nombre d'arrêts admettent d'ailleurs l'attribution de dommages et intérêts au salarié qui s'est vu imposer une clause de non concurrence illicite⁹⁵. L'application du principe de proportionnalité ne sert donc pas tant à limiter les atteintes que l'employeur pourrait porter à l'employeur qu'à déterminer la compensation due au salarié en cas d'atteinte. La proportion sert donc de fondement à la détermination des sanctions.

D'autres décisions, émanant du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme, ajoutent à cette définition l'exigence d'une absence de dénaturation du droit. Dans sa décision consacrée à loi de modernisation sociale, le Conseil constitutionnel a ainsi recherché non seulement si la nouvelle définition du motif économique de licenciement ne portait pas une atteinte

93 Soc. 10 juillet 2002, Dr. Soc. 2002, p. 949, note R. Vatinet

94 A. Lyon-Caen et I. Vacarie, Droits fondamentaux et droit du travail, Mélanges J.M. Verdier, Dalloz, 2000, p. 445

95 Cf. Soc. 18 mars 2003 Bull. civ. V, n° 98 ; 24 juin 2003, n° 01-42.339 ; 7 janvier 2003, n° 00-46.476

disproportionnée à la liberté d'entreprendre, mais encore si elle ne présentait pas un *cumul de contraintes* conduisant à dénaturer cette dernière⁹⁶. Le Conseil cherche ainsi à développer un raisonnement de type conséquentialiste en protégeant le noyau dur d'une liberté contre les effets escomptés d'une règle⁹⁷. Ce raisonnement garantit une protection effective des droits fondamentaux. Il ne semble pourtant utilisé que pour protéger les droits économiques (liberté d'entreprendre et propriété⁹⁸) et qui n'est que très rarement invoqué pour protéger les droits fondamentaux du salariés⁹⁹ : il y a là une sorte de disproportion dans l'application d'un principe de proportionnalité qui est surprenante.

La protection du noyau dur des droits et libertés fondamentales n'est toutefois invoquée que dans le contrôle des règles étatiques. Elle ne paraît pas recevoir de protection dans les rapports entre particuliers.

Il faut enfin observer que la règle de proportionnalité ne saurait être réduite à la formulation que lui donnent les juridictions. Sa portée varie grandement selon la portée que lui donnent les juridictions. Seule l'étude détaillée du contentieux permettrait de comprendre l'utilisation faite de la règle de proportionnalité.

3. DISTRIBUTION DE LA PROPORTIONNALITE ET DE L'AUTONOMIE

L'une des questions très délicates du choix de techniques de contrôle de pouvoir afin de promouvoir les droits fondamentaux est de savoir quand s'applique la règle de proportionnalité et quand la protection de l'autonomie peut lui être préférée. Ces techniques sont très différentes dans les raisonnements qu'elles imposent et elles sont le incompatible.

Dans le domaine des discriminations, ces deux techniques sont appliquées. La protection d'une sphère d'autonomie exige d'ignorer les caractéristiques spécifiques des individus. La prohibition des discriminations directes interdit toute justification des différences opérées. La protection de l'égalité exige que les caractéristiques des individus ne puissent être prises en considération. L'égalité concrète

96 Cconst., 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale

97 Sur cette notion de noyau dur des droits et libertés : voir L. Favoreu et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2e ed., 2002, n° 159 et suiv.

98 Cf. CEDH 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie* ; Conseil Constitutionnel 28 juillet 1998, n° 98-403 *Taxe d'habitation* ; 21 juillet 1994, n° 94-346 DC, *Inaliénabilité du domaine public*

99 Voir (implicitement) sur les limitations à l'exercice du droit de grève C. Const. 25 juillet 1979, n° 79-105 DC, *Droit de grève à la radio et à la télévision*

exige au contraire de prendre en compte les particularités des personnes afin de leur faire bénéficier de conditions équivalentes à celles offertes aux autres personnes, voire dans certains cas de permettre à leur égard des actions positives. La lutte contre les discriminations raciales autorise ainsi dans les pays anglo-saxons la collection systématique de statistiques raciales afin de surveiller la neutralité des choix des entreprises. La conception républicaine de l'égalité en France conduit au contraire à interdire de telles statistiques, et par conséquent à privilégier la seule protection de l'autonomie des individus.

Les débats actuels sur le régime juridique du handicap illustrent très bien cette tension entre les différentes conceptions de l'égalité. D'une logique de non-discrimination qui interdit de prendre en compte le handicap, le droit s'oriente vers la nécessaire prise en compte des différences afin de permettre un accès concret à l'emploi des handicapés¹⁰⁰. La directive 2000/73 a ainsi posé l'exigence « *d'aménagements raisonnables* » à la charge des entreprises. Celle-ci impose à l'employeur de prendre « *les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée* »¹⁰¹. Ce texte traduit une protection de l'égalité concrète au profit des personnes handicapées. Celle-ci impose des actes positifs aux entreprises afin d'offrir la possibilité à ces personnes d'accéder au marché du travail. Le principe de proportionnalité est exigé ici pour définir un niveau minimal d'effort à chaque entreprise. Le texte communautaire modère fortement cette exigence. Deux limites encadrent l'effort imposé aux entreprises. L'article 5 de la directive précise que « *la charge imposée aux entreprises n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées* ». La mise en œuvre de politiques publiques est donc susceptible d'alléger les contraintes pesant sur les entreprises. Cette limite pourrait paralyser l'effort d'intégration des personnes handicapées que la notion d'aménagement raisonnable exige. La seconde limite est posée par le considérant 17 de la directive qui indique que la directive « *n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable ni*

100 Cf. N. Maggi-Germain,

101 Directive 2002/73/CE, article 5

disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée ». Il est également à craindre que cette précision ne neutralise l'exigence d'aménagement raisonnable. Celle-ci permet d'adapter le poste afin que les personnes handicapées puissent exercer leur activité dans des conditions équivalentes aux autres travailleurs. Il ne saurait être question de développer *a priori* des justifications tenant à la capacité ou à la compétence des personnes avant d'avoir effectué de tels aménagements. Un texte est actuellement en cours de discussion devant le Parlement pour transposer cette directive.

Les discriminations en raison du handicap montrent comment le droit peut passer d'une logique de protection de l'autonomie à une logique de proportionnalité. Dans d'autres domaines la distribution entre ces deux techniques n'est pas clairement opérée par le droit français. Un exemple est fourni par les questions de religion au travail. La question est très controversée en France et la question est loin d'être tranchée. Certaines décisions ont fait valoir que les questions religieuses devaient rester extérieures aux relations de travail, et que l'employeur ne commettait pas de faute à imposer une tâche pour laquelle le salarié a été embauché, quand bien même cette tâche serait contraire aux convictions religieuses du salarié. Un salarié de religion musulmane embauché comme boucher peut ainsi se voir imposer de découper de la viande de porc¹⁰². Cette conception traduit une volonté de protéger l'autonomie des personnes : la religion relève du seul for intérieur et ne peut être prise en compte dans les rapports de travail. L'employeur ne peut se fonder sur la religion du salarié pour arrêter ses mesures, et le salarié ne peut revendiquer la prise en compte de ses opinions. Cette neutralité à l'égard de la religion ne cède que dans le cas particulier des entreprises de tendance. D'autres décisions de justice semblent se fonder sur une démarche distincte. La Cour d'appel de Paris le 19 juin 2003 a ainsi considéré que le licenciement d'une salariée en raison du port du foulard islamique pouvait être analysé en une forme de discrimination, justifiant en référé le prononcé de la réintégration de la salariée¹⁰³. En l'espèce, la Cour d'appel considère que l'interdiction du port du voile ne pouvait être justifiée, l'employeur ne pouvant faire état « *du moindre problème relationnel avec les clients lié au port du foulard* ». Le raisonnement opéré ici est comparable à celui appliqué dans d'autres décisions par lesquelles les juridictions ont cherché à

102 Soc. 24 mars 1998, Dr. Soc. 1998, p. 614 obs. J. Savatier

103 Paris, 18e ch. C, 19 juin 2003, RJS ; le même raisonnement avait été adopté par le Conseil de prud'hommes, - CPH Paris 17 décembre 2002, RJS 3/2003, n° 309

déterminer si le port du voile pouvait provoquer un trouble dans le fonctionnement de l'entreprise. La Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion avait ainsi pu faire valoir que le port du voile par une salariée travaillant dans une boutique de vêtements de mode féminine n'était pas compatible avec les impératifs commerciaux de l'entreprise¹⁰⁴. La Cour d'appel de Paris avait dans un arrêt précédent considéré que le port ostentatoire du voile par une salariée en contact avec un large public dans un centre commercial pouvait légitimer le licenciement¹⁰⁵. Dans ces différents arrêts, les juridictions ne cherchent donc ni à interdire par principe l'extériorisation des convictions religieuses ni à protéger la liberté des salariés en la matière. Elles cherchent plutôt à opérer une conciliation sur le mode de la proportionnalité entre les revendications identitaires des salariés et les contraintes de l'entreprise. Le raisonnement n'est pas très différent de celui opéré en matière de liberté vestimentaire¹⁰⁶ : les juridictions opèrent un contrôle identique à celui de l'article L. 120-2 tout en visant les règles de l'article L. 122-45.

Ces décisions montrent la grande diversité des contrôles qui peuvent être opérés sous couvert de la protection des libertés fondamentales. Ceux-ci vont de l'exigence d'aménagements prenant en compte les caractéristiques particulières des salariés à l'obligation d'ignorer radicalement ces caractéristiques, en passant par l'interdiction des mesures disproportionnées. La rédaction très imparfaite des différents textes laisse aux juridictions le choix de la méthode à retenir.

Cette incertitude sur les règles à appliquer peut susciter des inquiétudes sur le niveau de protection offert aux droits et libertés fondamentaux. Celles-ci seront renforcées par le constat de la faiblesse du raisonnement juridique relatif à l'application de ces différentes normes.

B. DE LA NÉCESSITÉ D'UN RENOUVEAU DE LA SCIENCE JURIDIQUE

La reconnaissance des droits fondamentaux est née du besoin d'offrir une protection à des valeurs essentielles aux sociétés démocratiques. Celle-ci nécessite de mettre en question les sources et l'ordonnancement des différentes règles, ainsi que de déployer de nouvelles formes de raisonnement. La promotion des droits fondamentaux exige ainsi une certaine *déformalisation* du

104 Saint Denis de la Réunion, 9 septembre 1997, D. 1998, J. p. 546, note S. Farnocchia ;

105 Paris, 16 mars 2001, 18e ch, RJS 11/01, n° 1252

106 Cf. Soc. 28 mai 2003, D. 2003, p. 2718

fonctionnement de l'ordre juridique¹⁰⁷. Ils se distinguent des autres règles parce qu'ils ne peuvent recevoir une signification univoque permettant au juge des les appliquer de façon logique dans un raisonnement de type syllogistique. Ils ne renvoient pas à un modèle de comportement étroitement défini. Les évolutions des techniques de contrôle du pouvoir de l'employeur sous l'emprise des droits fondamentaux mettent en question les conceptions classiques des règles juridiques qui considèrent que le juge se borne à appliquer un syllogisme conduisant à déduire de façon logique une solution imposée par la règle de droit.

La protection des droits fondamentaux conduit à ne pas prédéterminer le contenu des règles applicables, et à un raisonnement circonstancié permettant de rechercher dans chaque cas concret la solution des conflits de normes induits par les droits fondamentaux. Force est d'admettre que les techniques du droit sont aujourd'hui insuffisamment développées pour appréhender avec précision et clarté le raisonnement des juridictions confrontées à la montée des droits fondamentaux. Ce raisonnement demeure trop souvent elliptique ou péremptoire, nombre de décisions se limitant à constater que le comportement de l'employeur est justifié et proportionné sans expliquer la solution retenue. Ainsi en est-il par exemple de l'admission de justifications qui invoquent les attentes ou les craintes de la clientèle sans relever la moindre réaction des clients ni indiquer la composition de cette clientèle¹⁰⁸. Dans son arrêt du 25 mai 2003, la Cour de cassation se contente d'indiquer que les juges du fond ont fait apparaître que le port du bermuda par un salarié était « incompatible avec ses fonctions », sans aucune précision sur ces fonctions¹⁰⁹.

Ces arrêts traduisent une insuffisante motivation des décisions de justice relatives à la question des droits fondamentaux. Il serait cependant erroné de penser que cette situation est imputable aux seules juridictions voire à la seule Cour de cassation française. L'irruption des droits fondamentaux met en question de façon générale le raisonnement des juristes.

Faute d'outils d'analyse adaptés aux évolutions des techniques juridiques, la présentation des décisions de justice en la matière ne peut que mettre en avant un modèle *décisionniste* : la solution serait avant tout facteur d'un choix arbitraire ou intuitif du juge. La promotion des droits fondamentaux accorde nécessairement aux

107 Cf. O. de Schutter, Normes et fonction de juger, Introduction

108 Cf. Soc. 6 novembre 2001, Dr. Soc. 2002. 110 note J. Savatier sur le port d'un survêtement par une salariée d'une agence immobilière

109 Soc. 25 mai 2003, prec.

juridictions une place accrue dans l'identification de la règle applicable (multiplication des sources du droit) et dans la formulation de la règle ou la découverte de sa signification (prolifération des normes à texture ouverte).

Il appartient alors aux juristes de construire les outils d'analyse permettant de mieux cerner les règles du raisonnement déployé par les juridictions en la matière. Les auteurs doivent déconstruire les raisonnements des juges et identifier les différents ressorts de l'argumentation. Au cœur de cette perspective, il convient de reconnaître la place essentielle reconnue aux valeurs dans cette forme d'argumentation. Il est indispensable de comprendre les valeurs mises en avant dans les raisonnements juridiques, de tenter d'en dresser des typologies, de montrer les évolutions de leur perception. Les magistrats et la doctrine juridique doivent prendre conscience de l'importance de ces valeurs et du nécessaire respect de leur pluralisme dans une société démocratique.

Ce n'est qu'au prix d'une telle réflexion sur le raisonnement juridique que la promotion des droits fondamentaux pourra se concilier avec un minimum de sécurité juridique.