

LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX – Sources du droit – Conventions internationales – Applicabilité directe en droit interne – Pacte de l'ONU relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 16 décembre 2008
E. contre Société Axa France vie-Axa France IARD (pourvoi n° 05-40.876)

Attendu, selon l'arrêt attaqué; que M. E., employé depuis le 1er novembre 1974 par la société UAP, aux droits de laquelle se trouve la société Axa France vie-Axa France IARD (la société) et exerçant en dernier lieu les fonctions d'agent producteur, a été licencié pour faute grave le 6 février 1998 ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. E. fait grief à l'arrêt d'avoir dit que son licenciement était justifié par une faute grave et de l'avoir débouté de ses demandes de paiement du salaire de la mise à pied, des indemnités de préavis, de licenciement, de dommages-intérêts, indemnités de fin de fonction, alors, selon le moyen :

1°/ que l'employeur ne peut invoquer, à titre de faute grave, des faits, même fautifs, qu'il a tolérés pendant plusieurs années ; qu'en l'espèce, il était acquis que la pratique constante du salarié de faire transiter les fonds reçus pour le compte de son employeur par son compte personnel, connue de la compagnie mandante, n'avait jamais donné lieu à la moindre observation lors des contrôles annuels pratiqués ; qu'en retenant cependant une telle "manœuvre", prohibée par diverses circulaires internes, comme constitutive d'une faute grave, la Cour d'appel a violé les articles L. 122-6, L. 122-8 et L. 112-14-4 du Code du travail ;

2°/ qu'en retenant à titre de faute grave l'existence même d'un déficit de caisse non justifié par le salarié, qui ne résultait que d'insuffisances de gestion, sans caractériser le moindre détournement ou l'existence de manoeuvres destinées à soustraire des fonds perçus pour le compte de l'employeur, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-6, L. 122-8 et L. 112-14-4 du Code du travail ;

Mais attendu que la Cour d'appel, qui a constaté que, malgré les circulaires qui, depuis 1984, interdisaient aux agents de faire transiter les sommes qu'ils percevaient des clients par un compte personnel, M. E. conservait les fonds sur son compte personnel avant de les reverser à Axa et qui a relevé que le rapport d'expertise avait établi que le déficit de caisse constaté en novembre 1997 résultait des manoeuvres du salarié au mépris des consignes répétées de l'employeur, a caractérisé

le comportement fautif de l'intéressé et a pu décider que, malgré l'absence de sanctions préalables, ce comportement rendait impossible son maintien dans l'entreprise ;

Que le moyen ne peut être accueilli ;

Mais sur le moyen de pur droit, relevé d'office après avis donné aux parties :

Vu l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, ensemble l'article 75, alinéa 3, du Code du commerce local applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle ;

Attendu que le premier de ces textes, directement applicable en droit interne, qui garantit le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, s'oppose à ce qu'un salarié tenu au respect d'une obligation de non concurrence soit privé de toute contrepartie financière au motif qu'il a été licencié pour faute grave ;

Attendu que débouter M. E. de sa demande relative à la contrepartie financière de la clause de non-concurrence prévue par l'article 74 du Code du commerce local, l'arrêt énonce qu'en vertu de l'article 75, alinéa 3, de ce code, en cas de faute grave, le salarié ne peut prétendre à une indemnité de ce chef ;

Qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute M. R. de sa demande d'indemnité compensatrice de la clause de non-concurrence, l'arrêt rendu le 15 décembre 2004, entre les parties, par la Cour d'appel de Colmar ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Metz.

(Mme Collomp, prés. - Mme Perony, cons. rapp.- M. Cavarroc, av. gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, av.)

Note.

Qualifier de révolutionnaire l'arrêt daté du 16 décembre 2008, utilisant la technique du moyen de droit relevé d'office pour énoncer clairement, outre la primauté, l'applicabilité directe de l'article 6.1 du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels de 1966, n'est assurément pas excessif. La Chambre sociale reconnaît la justiciabilité du droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, élément du *droit au travail*, selon ce texte. La consolidation jurisprudentielle du droit international des droits de l'Homme (1) est effective, et de nouveau est mis en évidence l'apport subversif des normes universelles.

I. Justiciabilité du droit au travail

L'affaire était ordinaire : un salarié de la société Axa France vie-Axa France IARD, « agent producteur », au bout de vingt-quatre ans de services, est licencié pour faute grave parce qu'il faisait transiter sur son compte

(1) « Vers une consolidation jurisprudentielle du droit international des droits de l'Homme », M. Bonnechère, Dr. Ouv. 2006, p. 1.

personnel certaines sommes reçues des clients, pratique tolérée puis interdite par son employeur. La Cour d'appel de Colmar le déboute de sa contestation de la faute grave avec l'approbation de la Cour de cassation. Mais l'intéressé réclamait aussi une compensation financière de la clause de non concurrence figurant au contrat et cette demande se heurtait à une disposition du droit local : selon l'article 75 §3 du Code de commerce applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, le salarié ne peut prétendre à ce type d'indemnité en cas de faute grave.

Cette disposition légale est écartée par la Chambre sociale, grâce à l'application d'office de l'article 6.1 du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, lequel, en ce qu'il « *garantit le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, s'oppose à ce qu'un salarié tenu au respect d'une obligation de non concurrence soit privé de toute contrepartie financière au motif qu'il a été licencié pour faute grave* ».

La formule de l'arrêt est limpide : l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels du 16 décembre 1966 est visé comme « *directement applicable en droit interne* ». Faisant mentir la fameuse remarque de P. Imbert (« *Les droits des pauvres, pauvres droits ?* ») (2) la Chambre sociale poursuit l'œuvre entamée notamment avec son arrêt du 6 juillet 2005 dans lequel elle avait admis que les salariés pouvaient se prévaloir en justice du Pacte relatif aux droits civils et politiques (3), en effectuant un contrôle impliquant l'effet direct de ce dernier, mais sans motivation particulière.

Un mouvement jurisprudentiel se faisait déjà sentir en faveur d'une intégration effective des normes internationales fondamentales (y compris la Convention pour les droits de l'enfant).

Mais il faut rappeler qu'en matière de droits sociaux fondamentaux la plus grande réserve était de mise. Certes, la Chambre sociale avait pris en compte directement l'article 7 du Pacte sur les droits économiques et sociaux pour apprécier la situation des frontaliers au regard de la CSG (4), et la Chambre criminelle s'était prononcée en fonction du même article 6 sur la légalité d'une interdiction professionnelle décidée sur le fondement de l'ancien article L. 362-4 du Code du travail (5). Mais la Chambre commerciale avait exclu que les dispositions de l'article 11 du Pacte, « *eu égard à leur contenu* », puissent produire un effet direct dans l'ordre interne (6). Et surtout le Conseil d'Etat a encore rendu le 19 mars 2008 (7) un arrêt refusant tout effet direct entre les particuliers à l'article 12 du pacte sur les droits économiques et sociaux.

Les blocages évoqués sont d'autant plus contestables que la rédaction (critère objectif) des articles 6, 7 et 12 du Pacte sur les droits économiques et sociaux est clairement en faveur de l'invocabilité directe par les justiciables, allant bien au delà du simple engagement des Etats à adopter un programme de mesures (article 6 : « *les Etats parties... reconnaissent le droit au travail...* »).

La portée de l'arrêt du 16 décembre 2008 va bien au delà de la découverte d'un fondement supplémentaire au revirement de 2002 relatif aux clauses de non concurrence (8). Dans un contexte où certaines règles du droit du travail sont prises pour cible et dénoncées comme trop protectrices (« *modernisation du marché du travail* ») les praticiens ne peuvent manquer d'être attentifs à cette application directe d'office par la Cour de cassation d'une norme universelle fondatrice. Si l'on rapproche cette jurisprudence de la ferme expression par la Chambre sociale des exigences de la Convention internationale du travail n° 158 (9) à propos de l'ex CNE, apparaît une véritable invitation du juge à davantage d'audace, voire d'imagination, dans l'intégration du droit international de droits de l'Homme et des droits sociaux fondamentaux aux règles de droit susceptibles de fonder la solution d'un litige (10). L'effet direct de l'article 6.1 du pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels pourra probablement se faire sentir dans la défense des droits des demandeurs d'emploi.

(2) Revue de Droit public 1989, p. 3.

(3) Soc. 6 juillet 2005, Dr. Ouv. 2006.4 et le commentaire précité. Il s'agissait de l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

(4) Soc. 15 juin 2000, Bull. V n° 232.

(5) Crim. 30 janv. 2001, n° 00-82341.

(6) Com. 25 janv. 2005, Bull. IV n° 16.

(7) CE 19 mars 2008, n° 297954. Le Conseil d'Etat considère que les dispositions de l'article 12 (« *les Etats parties... reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* ») du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels « *ne produisent pas d'effet direct à l'égard des particuliers* » et par suite « *ne peuvent être utilement invoquées* » à l'encontre d'un arrêté de reconduite à la frontière d'un étranger. Cet arrêt repose

implicitement sur une distinction de l'effet direct à l'égard de l'Etat (en fait primauté de la norme internationale) et de l'invocabilité par les justiciables.

(8) Dans ses trois arrêts du 10 juillet 2002 (Bull. V n° 239, Dr. Ouv. 2002 p. 533 n. D. Taté), rendus au visa de l'article L. 120-2 (devenu L. 1121-1) du Code du travail, la Chambre sociale a fait de l'existence d'une contrepartie pécuniaire une condition de validité de la clause de non concurrence.

(9) Soc. 1^{er} juillet 2008, pourvoi n° 07-44.124, Dr. Ouv. 2008 p. 512 n. A. Chirez.

(10) Ne pas ignorer par exemple que l'effectivité du droit au travail conditionne le respect du droit au respect de la vie privée et familiale (article 8 de la Convention EDH). Ce qui vaut y compris face à la rupture conventionnelle (v. M. Bonnechère, « *Les résiliations sans motivation* », Dr. Soc. 2008.933 s., spéc. p. 936).

II. Et les Chartes européennes ?

La liberté professionnelle et le droit de travailler font l'objet de l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et de son côté la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe consacre son article 1^{er} au « droit au travail ». Le silence de l'arrêt du 16 décembre 2008 sur ces instruments est remarquable. Le pourvoi il est vrai, ne s'appuyait pas plus sur les chartes européennes que sur le pacte international. Et l'application d'office des Chartes n'allait pas de soi, étant données les incertitudes qui les caractérisent.

Certes, la charte proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (11) n'appartient pas à la catégorie des conventions internationales ayant été soumises à la ratification du Parlement, et n'a pas davantage été introduite dans le droit communautaire primaire (le projet de Constitution qui l'intégrait dans sa II^{ème} partie ayant échoué) ou dans le droit dérivé du traité. Les principes de primauté de la norme internationale et a fortiori de l'effet direct ne semblent guère pouvoir concerner en l'état la mise en œuvre de cet instrument dans l'ordre interne des Etats membres. C'est la position du Conseil d'Etat français : « ...*La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée par le Conseil Européen le 7 décembre 2000 et reprise dans un acte institutionnel publié le 18 décembre 2000 est dépourvue, en l'état actuel du droit, de la force juridique qui s'attache à un traité une fois introduit dans l'ordre juridique interne et ne figure pas au nombre des actes du droit communautaire dérivé susceptibles d'être invoqués devant les juridictions nationales* » (12). La première Chambre civile de la Cour de cassation va dans le même sens : « ...*la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui n'a pas en France de force obligatoire* » (13).

Une autre approche, fondée sur la spécificité de l'ordre juridique communautaire et le principe de la coopération entre le juge communautaire et les juges nationaux, devrait pourtant conduire le juge national à tirer des conséquences précises de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Celle-ci a en effet été érigée en source des droits fondamentaux dans l'Union européenne par la Cour de Justice, dans ses arrêts *Unibet* (14), *Viking* (15) et *Laval* (16), à côté d'autres instruments tels que la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux du 9 décembre 1989 (17).

Cette jurisprudence communautaire, de première importance, rejette la thèse selon laquelle la Charte ne s'adresserait aux Etats membres que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Dans ses arrêts *Laval* (§ 87) et *Viking* (§ 40) la Cour de Justice a considéré que même dans les domaines où l'Union n'avait pas compétence, les Etats membres devaient exercer la leur dans le respect du droit communautaire. La Cour a déclaré que le droit de mener une action collective est un droit fondamental protégé par le droit communautaire malgré l'absence de compétence (cf. l'article 137 §5 du traité) de l'Union pour harmoniser le droit de grève.

A partir du moment où, comme cela résulte de cette jurisprudence de la Cour de Justice, les droits fondamentaux reconnus par la charte ont le rang de principes généraux du droit communautaire, leur primauté sur la loi nationale doit être pleinement reconnue (l'on sait en effet que les principes généraux du droit communautaire ont une valeur juridique supérieure à celle du droit dérivé) (18). Comme l'a rappelé la Cour de Luxembourg à propos du principe de protection juridictionnelle effective dans son arrêt *Unibet* du 13 mars 2007 (précité) : « *il appartient aux juridictions des Etats membres, par application du principe de coopération énoncé à l'article 10 CE, d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* » (19). A partir du moment où le juge national est juge de droit commun (juge « naturel ») de l'application du droit

(11) JOCE, C 364, p.1.

(12) CE 5 janvier 2005, *Mlle Deprez et M. Baillard*, req. n° 257341, AJDA 2005 p.845 note L. Burguorgue-Larsen. Position reprise par CE 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, req. n° 296845 : « ...*les requérants ne sauraient utilement invoquer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, laquelle est dépourvue, en l'état applicable du droit, de force juridique* ».

(13) Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, p. n° 05-16627, affaire du mariage de deux hommes par le maire de Bègles.

(14) 13 mars 2007, aff. C-432/05.

(15) 11 décembre 2007, aff. C-438/05, § 43 et 44.

(16) 18 décembre 2007, aff. C-341/05, § 90 et 91.

(17) Dans les affaires *Viking* et *Laval*, la Cour de Justice en conclut que le droit de mener une action collective doit être « *reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire*

dont la Cour assure le respect. ». Il faut souligner que dans la jurisprudence de la CJCE, le principe de primauté vaut pour le droit communautaire originaire, dérivé, ou de nature jurisprudentiel sans distinction (v. F. Chaltiel, « Les perspectives du principe de primauté en droit communautaire », Petites affiches 20 oct.2005, p. 5 s.).

(18) S'agissant de la liberté professionnelle, l'article 15 de la charte ne fait d'ailleurs que reprendre le principe général du droit communautaire antérieurement dégagé par la Cour de Justice, déjà dans son arrêt *Nold* du 14 mai 1974 (aff. 4/73), puis notamment dans ses arrêts *Ministère public de Fribourg c/F.Keller* du 8 octobre 1986 (aff. 234/85) et *Procurator Fiscal c. A.Marshall* du 13 novembre 1990 (aff. C-370/88).

(19) Voir en ce sens arrêts du 16 décembre 1976, *Rewe*, 33/76, Rec. p.1989, point 5, et *Comet*, 45/76, Rec. p.2043, point 12 ; du 9 mars 1978, *Simmmenthal*, 106/77, Rec. p.629, points 21 et 22 ; du 19 juin 1990, *Factortame e.a.*, C-213/89, Rec.p.I-2433, point 19, ainsi que du 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, Rec.p.I-4599, point 12.

communautaire et où se trouve en cause un droit fondamental ayant valeur de principe général du droit communautaire, il doit pouvoir en assurer la protection y compris dans les rapports entre particuliers.

Quant à la Charte sociale du Conseil de l'Europe, son insertion dans l'ordre juridique interne n'est pas discutable : convention internationale ratifiée en tant que telle, l'application du principe de primauté du traité sur la loi interne la concerne. Mais la question de savoir si la Charte peut produire un effet direct dans les rapports de travail renvoie aux critères dégagés par la doctrine et la jurisprudence : critère rédactionnel (clarté, précision) et critère dit de l'autosuffisance juridique (se trouve-t-on en présence d'un impératif applicable en l'état ?).

Dans sa jurisprudence la plus récente, le Conseil d'Etat a admis la prise en considération de la Charte sociale européenne pour vérifier la conformité d'un acte administratif réglementaire au droit international et européen (20) ou celle de la loi du 30 juin 2004 sur la mise en place d'une journée de solidarité à l'engagement des parties à la charte en matière de rémunération équitable (21). De l'arrêt du 19 octobre 2005, une doctrine a déduit que le Conseil d'Etat ne contestait plus l'application de la Charte sociale européenne entre particuliers (22), ce qui ne découle pas de l'arrêt. De manière plus précise, une autre doctrine a souligné que le Conseil d'Etat a reconnu implicitement un effet direct vertical (23) à la Charte sociale européenne : effet direct opposable à l'Etat, à l'administration.

Aucun effet direct horizontal (dans les rapports entre particuliers) n'a été jusqu'à présent reconnu aux dispositions de la Charte sociale européenne, à partir d'un argument tiré de la rédaction de ses articles : « *les parties s'engagent à reconnaître* ». Si les résistances qui persistent pour cet instrument traduisent l'idée d'une moindre justiciabilité des droits sociaux fondamentaux, il est permis d'espérer que la détermination exprimée par la Chambre sociale à propos du pacte sur les droits économiques et sociaux la conduise à admettre l'effet utile des chartes européennes.

Michèle Bonnechère

(20) CE 19 octobre 2005, arrêt relatif à l'ordonnance du 2 août 2005 sur le contrat nouvelles embauches, Dr. Ouv. 2006 p. 75 n. G. Koubi.

(21) CE 25 juillet 2007, req. n° 292730.

(22) F. Favennec-Héry, SSL 12 juin 2006, n° 1265, p. 6.

(23) P. Rodière, « Le contrat nouvelles embauches et les principes », SSL 2 octobre 2006 n° 1276, p. 6.