

Le respect des droits fondamentaux sur les lieux de travail

Le point de vue d'un juge administratif

par Yves STRUILLOU, Conseiller d'Etat

PLAN

I. Une intervention rapide : les procédures de référé

II. Une intervention opérationnelle pour le demandeur

En première analyse, le juge administratif peut apparaître comme un acteur périphérique, voire étranger à la question du « respect des droits fondamentaux sur les lieux de travail ». Ce concept lui apparaît éloigné de ses grilles de lecture classiques. Mais réflexion faite, le juge administratif a toute sa place dans une table ronde consacrée à ce sujet : il a à connaître de litiges qui, directement ou non, mettent en jeu ces droits fondamentaux, soit en tant que juge des relations de travail entre employeurs publics et leurs agents, fonctionnaires ou contractuels, soit en tant que juge de la légalité des interventions des services du ministère du Travail dans les entreprises incluses dans le champ de contrôle de l'inspection du travail. En effet, le corpus des « droits fondamentaux », qui reste à définir, transcende pour une large part la frontière entre le droit commun du travail et le droit des fonctions publiques : à la double qualité de personne humaine et de travailleur s'attachent certains droits et libertés, qualifiés de fondamentaux, destinés à assurer le respect, sur les lieux de travail, de la dignité de la personne humaine ainsi que de droits individuels – liberté d'opinion – ou collectifs – droit syndical – ou s'exerçant collectivement – droit de grève.

Le respect de ces droits n'est pas forcément dans l'ordre naturel des choses. Si le juge est saisi, son intervention doit être à la fois rapide et efficace eu égard à la gravité présumée d'une situation où les droits fondamentaux seraient méconnus et à la nécessité, lorsque l'atteinte est avérée, de faire cesser une telle situation.

I. Une intervention rapide : les procédures de référé

Le salarié et l'agent public doivent pouvoir disposer d'une voie procédurale adaptée visant à ce qu'il soit mis fin à la violation ou à la méconnaissance des droits fondamentaux par l'injonction faite par le juge administratif de faire cesser cette situation.

Deux procédures co-existent : le référé-liberté et le référé-suspension.

Le référé-liberté

Saisi de conclusions en ce sens, le juge administratif peut « ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public... aurait porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale » (1).

(1) Art. L. 521-2 du Code de justice administrative.

Force est de constater qu'au regard de la jurisprudence sur la notion de « *liberté fondamentale* » au sens de ces dispositions, il y a un recoupement certain entre ces libertés et les droits fondamentaux. Ont été regardées comme constituant une « *liberté fondamentale* » : la liberté d'entreprendre (2) ; la liberté d'opinion (3) ; le droit de grève (4) ; la liberté du travail (5) ; la liberté de ne pas être astreint à un travail forcé (6) et la liberté syndicale (7).

N'ont pas été jugés comme étant au nombre des « *libertés fondamentales* » : le « droit à la santé » (8), l'application par une personne de droit public des dispositions de l'article L. 122-12 (9) ou, par son seul objet, la décision mettant fin aux fonctions d'un agent public à la suite d'un refus de titularisation (10).

L'atteinte portée à une liberté ou un droit fondamental peut résulter de décisions de nature très variée. Peuvent être mentionnées, à titre d'exemple, la volonté de l'employeur public de subordonner l'exercice du droit syndical à la production par la section syndicale de ses statuts (11) ou la décision mettant fin aux fonctions d'un agent public à la suite d'un refus de titularisation pris en raison des opinions de l'agent (12), ce qui démontre que le juge des référés n'hésite pas, si le moyen est invoqué, à rechercher la réelle intention poursuivie par l'autorité administrative. Ainsi, une mesure qui en soi ne constitue pas une atteinte à une liberté fondamentale peut être regardée comme telle eu égard à son objet ou à ses motifs.

Toutefois, le juge n'est fondé à intervenir que si deux conditions sont remplies : l'urgence doit être caractérisée et l'atteinte portée à la liberté doit être grave.

C'est l'urgence qui justifie l'intervention du juge... à la condition que la décision administrative n'ait pas été entièrement exécutée, le juge de l'urgence ne pouvant prendre que des mesures provisoires. Il s'ensuit que les conclusions présentées par un salarié sur le fondement de l'article L. 521-2 ne peuvent être accueillies dès lors que le licenciement a été prononcé par l'employeur (13).

L'appréciation de la condition d'urgence peut impliquer que le juge fasse un « *bilan* » des intérêts en présence et, à ce titre, prenne en compte l'intérêt de l'ensemble des travailleurs (14). Le bilan auquel le juge doit se livrer peut également donner lieu à la prise en compte de l'intérêt que présente pour les salariés d'une société la continuité du fonctionnement des institutions représentatives du personnel (15).

L'atteinte portée à la liberté fondamentale doit être grave : cette gravité est appréciée non seulement au regard de l'objet de la mesure mais également des motifs sur lesquels elle se fonde (16).

Une mesure de licenciement devrait être regardée comme susceptible de porter atteinte à la liberté fondamentale que constitue la liberté syndicale dès lors que, comme le soulignait le commissaire du gouvernement P. Fombeur dans ses conclusions sur l'affaire tranchée par la décision de section du 28 février 2001, *M. Casanovas*, « *la liberté syndicale, par essence, est une liberté qui a vocation à s'exercer dans le cadre du travail... Le moyen le plus efficace d'entraver la liberté syndicale consiste bien à licencier tous les salariés détenteurs d'un mandat syndical et c'est pour cette raison que le Code du travail accorde une protection exceptionnelle aux représentants du personnel en cas de licenciement* ».

(2) CE, juge des référés, 12 nov. 2001, n° 239.840, *commune de Montreuil-Bellay*, Recueil, p. 551 ; CE, 26 mai 2006, ord. juge des référés, n° 293.501, *Société du Yacht Club International de Marina Baie-des-Anges (SYCIM)*, Rec. p. 265.

(3) CE, section, 28 fév. 2001, n° 229.163, *M. Casanovas*, Rec., p. 107.

(4) CE, 9 déc. 2003, n° 262.186, *Aguillon*, Rec., p. 497, Dr. Ouv. 2004, p. 184, note M. Panigel-Nennouche.

(5) CE, 4 oct. 2004, n° 264.310, *Sté Mona Lisa Investissement*, Rec., p. 362 ; F. Reneaud « *Une renaissance de la liberté du travail ?* », Dr. soc. 2005, p. 608 ; commentaire P. Moussy, Dr. Ouv. 2005, p. 35 ; commentaire H. Favier, AJDA 2004, p. 2459 ; M.-C. Rouault, « *Le référé-liberté et le droit du travail* », Sem. soc. Lamy, 25 juill. 2005, n° 1225, p. 15 ; G. Koubi « *La difficile saisie de la « liberté du travail » dans le cadre de l'article L. 521-2 du CJA* », Dr. Ouv. 2007 p. 263.

(6) CE, 3 mai 2005, n° 279.999, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, tables p. 1034, Dalloz 2005, p. 1465, note T. Guillemin.

(7) CE, 25 juill. 2003, n° 258.677, *Ministre de la Jeunesse c./ SNUDI-FO*, AJDA 2004, p. 448 ; CE, 31 mai 2007, n° 298.293, *syndicat CFDT Interco 28*, Rec. p. 222.

(8) CE, 8 sept. 2005, ord., n° 284.803, *Garde des sceaux c./ Bunel*, Rec. p. 388.

(9) CE, 13 mars 2002, ord., n° 243.927, rec. p. 101.

(10) CE, section, 28 fév. 2001, n° 229.163, *M. Casanovas*, Rec., p. 107.

(11) CE, 31 mai 2007, n° 298.293, *syndicat CFDT Interco 28*, Rec. p. 222, Dr. Ouv. 2007 p. 489 n. S. Renda.

(12) CE, section, 28 fév. 2001, n° 229.163, *M. Casanovas*, Rec., p. 107.

(13) CE, 20 juill. 2009, ord., n° 329.657, *Mme Verdier*.

(14) CE, 28 fév. 2001, n° 229.881, *Union syndicale groupe des 10*, tables p. 1108 : était demandée en l'espèce la suspension de l'exécution de l'arrêté du ministre de l'Emploi agréant la « convention du 1^{er} janvier 2001 » relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage et il a été jugé que « *c'est la suspension de leur mise en œuvre qui pour l'essentiel serait préjudiciable à la situation des travailleurs privés d'emploi* ».

(15) CE, 5 mars 2001, n° 230681, *STC*, tables p. 1109 : était demandée la suspension de la décision fixant la liste des établissements au sein desquels un comité d'établissement devait être institué et il a été jugé que l'urgence ne justifiait pas la suspension eu égard à la nécessité d'assurer la continuité du fonctionnement des institutions représentatives du personnel.

(16) CE, section, 28 fév. 2001, n° 229.163, *M. Casanovas*, Rec., p. 107.

Inversement, une décision de refus d'autorisation de licenciement peut « par ses conséquences porter atteinte à une liberté fondamentale » : le Conseil d'Etat a ainsi jugé le 4 octobre 2004 que le refus d'autorisation de licenciement concernant un salarié protégé accusé de harcèlement moral peut ainsi être de nature à « compromettre une liberté fondamentale en lien avec le droit du travail » (17). Par cette même décision, il a été jugé que « le degré de gravité que peut revêtir une mesure affectant la liberté d'entreprendre ou la liberté du travail doit prendre en compte les limitations de portée générale apportées à ces libertés qui ont été introduites par le législateur pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique, notamment dans les relations de travail » et « figure au nombre de ces limitations la protection dont bénéficient, dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, les délégués du personnel, dont le licenciement ne peut intervenir que sur autorisation de l'inspecteur du travail ».

Si le juge estime que l'atteinte portée à une liberté fondamentale est manifestement illégale, il pourra ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde des droits menacés.

A titre d'exemple des mesures que le juge des référés peut enjoindre à l'administration de prendre mérite d'être mentionnée la décision du 31 mai 2007 (18) : constatant que l'employeur public faisait obstacle au libre exercice du droit syndical en privant la section syndicale de tout moyen, faute pour cette dernière d'accepter de lui adresser ses statuts, le juge enjoint « à l'Office public de l'habitat de Chartres de réexaminer, dans un délai d'un mois, les droits auxquels le syndicat CFDT Intercro 28 peut prétendre s'agissant de la possibilité pour lui de bénéficier d'un local syndical situé dans les locaux de l'Office ainsi que l'étendue de ses droits en matière de décharges syndicales et, dans l'attente de ce réexamen, de rétablir ce syndicat dans les droits dont il bénéficiait antérieurement en lui restituant le local dont sa section syndicale disposait jusqu' alors, l'ensemble des biens et

documents qui s'y trouvaient, ainsi que les décharges de service et autorisations d'absence attribuées à ses représentants ». En l'espèce, le juge des référés a décidé, en application de l'article R. 522-13 du Code de justice administrative, que sa décision serait exécutoire, sans attendre sa notification, dès qu'elle serait portée par tout moyen à la connaissance du directeur de l'Office.

Le référé-suspension

Il constitue la procédure de droit commun de suspension permettant d'atteindre une décision administrative de manière efficace sans qu'il soit besoin d'examiner l'objet ou l'effet de la mesure au regard de l'atteinte à une « liberté fondamentale ».

Le juge, dans le cadre de cette procédure, est fondé à suspendre l'exécution d'une décision administrative en cas d'urgence et dès lors qu'un des moyens invoqués dans l'instance au fond apparaît de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision en cause (19).

Ainsi, c'est par cette procédure qu'a été décidée par le Conseil d'Etat la suspension de l'exécution de l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises (20) :

- la condition d'urgence avait été regardée comme remplie eu égard à l'atteinte portée aux intérêts du syndicat requérant (21) ;

- l'existence d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de l'ordonnance a été admise dès lors que l'appréciation de la compatibilité de celle-ci avec les dispositions communautaires applicables avait justifié que la Cour de justice des Communautés européennes soit saisie d'une question préjudicielle (22).

S'agissant du contentieux des agents publics, a été prise en compte l'absence de possibilité de percevoir une allocation pour perte d'emploi en l'absence de mesure de licenciement (23).

(17) CE, 4 oct. 2004, n° 264.310, Sté Mona Lisa Investissement, préc.

(18) CE, 31 mai 2007, n° 298.293, Syndicat CFDT Intercro 28, Rec. p. 222, Dr. Ouv. 2007 p. 489 n. S. Renda.

(19) Art. L. 521-1 du Code de justice administrative.

(20) CE, 23 nov. 2005, n° 286.440, CGT-FO, Rec. p. 523.

(21) « Qu'au nombre des dispositions dont l'application peut ainsi se trouver écartée ou différée, figurent celles qui imposent aux entreprises la mise en place d'institutions représentatives du personnel appelées, notamment, à intervenir dans les procédures de licenciement collectif pour motif économique ; que l'application de cette mesure porte une atteinte suffisamment grave et immédiate aux intérêts que la Confédération générale du travail-Force ouvrière ; qu'ainsi, et alors même que le ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement fait valoir que la mesure contestée a

été inspirée par l'objectif de favoriser l'emploi, la condition tenant à l'urgence doit être regardée comme remplie ».

(22) « Considérant que, saisi de moyens tirés de la méconnaissance des dispositions des directives 98/59/CE du 20 juillet 1998 et 2002/14/CE du 11 mars 2002, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux a, par décision en date du 19 octobre 2005, sursis à statuer sur les requêtes tendant à l'annulation de l'ordonnance du 2 août 2005 jusqu'à ce que la Cour de justice des Communautés européennes se soit prononcée sur les difficultés sérieuses d'interprétation que posent ces deux directives, et dont dépend la légalité de cette ordonnance ; que, pour des motifs de la même nature que ceux ayant conduit à prononcer ce renvoi préjudiciel, ces moyens sont, en l'état de l'instruction, propres à faire naître un doute sérieux sur la légalité de l'ordonnance contestée ».

(23) CE, 14 mai 2003, n° 245.628, CCI de Nîmes-Uzes, Bagnols-Le-Vigan, tables p. 920.

Les autorisations de licenciement des salariés protégés

Il n'est pas inutile dans le cadre de cette présentation des procédures de référé d'examiner les difficultés posées juridiquement et pratiquement par les demandes de suspension de l'exécution d'autorisation de licenciement de salariés bénéficiant de la protection spéciale en raison de leurs fonctions représentatives.

Il avait été jugé que le sursis à exécution ne pouvait être accordé que si la décision de l'administration n'avait pas été exécutée. En application de ce principe, dès lors que l'employeur avait notifié son licenciement au salarié, le sursis à exécution ne pouvait plus être ordonné (24). Les conclusions tendant au sursis à exécution de la décision d'autorisation devaient être rejetées, même si le délai de préavis n'était pas expiré (25).

Le Conseil d'État a maintenu cette jurisprudence dans le cadre du « *référé-suspension* » : la décision d'autorisation est jugée comme entièrement exécutée

dès lors que le licenciement a été prononcé et les conclusions aux fins de suspension de l'exécution de la décision sont irrecevables (26).

Il a été jugé que « *La rupture du contrat de travail prend effet à compter de l'envoi du courrier recommandé avec accusé de réception notifiant cette rupture au salarié ; (...) par suite, l'autorisation de licenciement d'un salarié protégé doit être regardée comme entièrement exécutée à compter de cet envoi* » (27). La position du Conseil d'État découle de la jurisprudence de la Cour de cassation quant à la date d'effet de la rupture du contrat de travail (28).

Si la solution retenue par le Conseil d'État est conforme aux règles relatives au référé-suspension, elle n'en prive pas moins, en pratique, les salariés de toute possibilité d'obtenir de la part du juge le prononcé d'une telle mesure, dès lors que l'employeur aura prononcé le licenciement, ce cas de figure étant le plus probable (29).

II. Une intervention opérationnelle pour le demandeur

L'intervention du juge ne doit pas être seulement rapide : elle doit aussi être efficace. Or, longtemps, la question de la charge de la preuve a constitué un obstacle certain. En outre, le juge doit parfois opérer une délicate conciliation entre les droits procéduraux fondamentaux et des libertés tout aussi fondamentales.

La question de la charge de la preuve

Pour une large part, le respect du droit du travail et des « *droits fondamentaux* » repose sur l'action des salariés sur le lieu de travail. Cette action est rendue légalement possible par la reconnaissance de l'existence de représentants élus ou mandatés chargés de représenter et de défendre les intérêts des salariés dans l'entreprise. Tout obstacle à cette action est de nature à compromettre l'action des représentants et, par suite, le respect des droits fondamentaux, qu'ils soient individuels ou collectifs : dans le célèbre arrêt *Fleurence* du

10 décembre 1970, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait jugé que « *toute mesure abusive de discrimination prise (...) par l'employeur contre un représentant syndical en raison de sa fonction porte atteinte au libre exercice de ladite fonction aussi qu'à la sécurité que le législateur a voulu assurer à tous ceux qui représentent les travailleurs au sein du comité d'entreprise et constitue dès lors nécessairement une entrave au fonctionnement régulier de cet organisme* » (30).

De ce point de vue, la question de la charge de la preuve d'actes ou de mesures discriminatoires est déterminante. Longtemps obstacle quasi insurmontable au civil et au pénal, la nécessité de rapporter la preuve de la discrimination a largement réduit la portée du statut protecteur du représentant du personnel : le représentant était protégé dans son emploi mais non dans sa carrière.

(24) CE, 16 déc. 1977, n° 04.895, *Lehodey*, Rec. p. 508, concl. Mme Latournerie, Dr. soc. 1978 p. 112 AJDA 1978, p. 514 et chron. AJDA 1979 juill.-août 1979 ; CE, 12 mars 1980, n° 09.503, *Fevquenue*, Rec. p. 144 ; CE, 6 déc. 1996, n° 173.128, *Boucherit*, tables p. 1194, RJS 1997 n° 64.

(25) CE, 12 mars 1980, n° 09.503, *Fevquenue*, Rec. p. 144 ; CE, 3 déc. 1980, n° 23.669, *Ministre du Travail et de la Participation c./ Tafall*, Rec. p. 914, AJDA 1980, p. 290.

(26) CE, 2 juill. 2003, n° 244.435, *Lefebvre*, tables, p. 916, RJS 2003 n° 1289 ; CE, n° 274.010, 12 nov. 2004, *Mme Uluzo* ; CE, 23 mars 2005, n° 270.268, *Sté Sodiparc*.

(27) CE, 7 déc. 2009, n° 327.259, *Sté CM-CIC-ASSET Management*, à paraître aux tables, RJS 2010 n° 204.

(28) Cass. Ass. Plén., 28 janv. 2005, n° 01-45.924, Bull. Ass. Plén. n° 1, rapport Mme Bellamy ; Cass. soc. 11 mai 2005, n° 03-40.650, Bull. civ. V n° 159, obs. J. Mouly, Dr. soc. 2005 p. 920 : « *la rupture d'un contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture* ».

(29) Pour un exemple où les conclusions étaient recevables : CE, 10 nov. 2006, n° 292.834, *Institut rural d'Annecy-le-Vieux*.

(30) Cass. crim., 10 déc. 1970, n° 70-91.045, Bull. crim. n° 336, Dr. Ouv. 1971 p. 175 : en l'espèce était en cause la volonté de l'employeur de se « *débarrasser* » d'un salarié représentant syndical au comité d'entreprise.

Fort heureusement, sous le double effet du droit communautaire et de la jurisprudence de la Chambre sociale, la charge de la preuve a été aménagée dans le cadre des instances civiles.

La décision du 30 octobre 2009 de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat (31) a défini la démarche que doit suivre le juge administratif, en l'absence de dispositions applicables, reprenant la démarche en trois temps imposée et définie par le droit communautaire et la jurisprudence judiciaire, mais dans le cadre d'une procédure inquisitoriale.

Désormais le fil directeur est le suivant : « *Il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes* ».

La « *répartition du travail* » est la suivante :

- il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe ;

- il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;

- il revient, enfin, au juge d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, et de se déterminer au vu de ces échanges contradictoires. En cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile.

Force est de constater le rapprochement des règles de procédure qui régissent le régime de la preuve quelle que soit la nature de l'employeur et la nature du lien entre ce dernier et le travailleur, salarié ou agent public.

L'évolution du cadre légal, qui repose sur le postulat que la preuve de la discrimination n'incombe pas au salarié, ne peut que conforter cette démarche du juge administratif. Au demeurant, ce postulat était déjà sous-jacent à l'arrêt *Barel* de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat du 28 mai 1954 (32).

Une délicate conciliation à opérer entre les droits procéduraux et les libertés fondamentales

Dans son office, le juge peut être confronté à des questions redoutables tenant à ce que des droits et des libertés peuvent s'opposer ou, à tout le moins, être opposés par les parties. Deux exemples peuvent être présentés d'une telle situation, qui tous deux sont relatifs à la question des « *représailles* » auxquelles peuvent être exposés les salariés dans leur emploi et sont susceptibles de porter atteinte, par suite, au « *droit à l'emploi* ».

La question de la preuve de l'existence de la section syndicale

Les dispositions de l'ancien article L. 412-11 du Code du travail (33) ont donné lieu à un important contentieux, la désignation des délégués syndicaux étant contestée au motif tiré de ce qu'aucune section syndicale n'était constituée ou en voie de constitution à la date de cette désignation. La position de principe adoptée en 1997 par la Cour de cassation, selon laquelle l'existence d'une section syndicale était établie par la seule désignation du délégué syndical dans l'entreprise, mit un terme à ce type de contentieux (34).

Les dispositions de la loi du 20 août 2008 ont remis en cause cette jurisprudence (35).

Cependant, le retour à la jurisprudence antérieure à 1997 aurait relancé le contentieux et le débat sur la caractérisation du risque de représailles par le juge du fond de nature à permettre, selon la jurisprudence antérieure à 1997, la dispense de communication à l'employeur du nom des adhérents de la section syndicale (36).

(31) CE, Ass., 30 oct. 2009, n° 298.348, *Mme Perreux*, Rec. p. 408, concl. M. Guyomar, RFDA 2009 p. 1125.

(32) CE, *Barel*, Rec. p. 308, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* p. 86 : le Conseil d'Etat avait estimé que le motif allégué par les requérants, qui soutenaient avoir été écartés du concours de l'Ecole Nationale d'Administration en raison de leurs opinions politiques, était établi dès lors qu'ils s'étaient « *prévalus à l'appui de leurs allégations de circonstances et de faits précis constituant des présomptions sérieuses* », l'administration n'ayant pas donné suite à la demande qui lui avait été faite de produire les dossiers des candidats.

(33) Aux termes desquelles chaque syndicat représentatif « *qui constitue une section syndicale dans les entreprises et*

organismes visés par l'article L. 421-1, qui emploient au moins cinquante salariés, désigne... un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès du chef d'entreprise ».

(34) Cass. soc., 27 mai 1997, n° 96-60.239, Bull. civ. V, n° 194, Dr. soc. 1997, p. 758, RJS 1997 n° 834 ; cette jurisprudence fut étendue à la désignation du représentant syndical au comité d'entreprise, « *l'existence d'une section syndicale étant établie par cette seule désignation* » (Cass. soc., 17 mars 1998, n° 96-60.396, Bull. civ. V n° 157, RJS 1998 n° 606).

(35) Art. L. 2142-1.

(36) Cass. soc., 20 déc. 1988, n° 88-60.386, Bull. civ. V n° 679, note J-M. Verdier, Dr. soc., 1993 p. 866.

Au regard de l'importance de la question, la Cour de cassation a apporté une réponse rapide par un arrêt du 8 juillet 2009 (37). Elle est partie du postulat selon lequel « *l'adhésion du salarié à un syndicat relève de sa vie personnelle* ». Elle était donc pleinement consciente de la nécessité de trouver un équilibre entre la nécessité pour le syndicat de rapporter la preuve qu'il compte bien des adhérents dans l'entreprise et le droit, pour ces adhérents, de ne pas voir divulguer leur identité à l'occasion d'un litige auquel ils ne sont pas directement partie. Se fondant sur les dispositions de l'article 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de l'article 9 du Code civil, ainsi que sur les stipulations de l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la Chambre sociale a jugé qu'en cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat, à qui il incombe d'apporter la preuve de la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, doit le faire dans le respect de la procédure contradictoire, sauf en ce qui concerne « *les éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance* ». La dérogation tout à fait exceptionnelle faite par la Haute juridiction au principe du contradictoire repose non plus sur un éventuel risque de représailles, mais exclusivement sur le droit dont bénéficie chaque salarié de ne pas voir divulguer des informations strictement personnelles le concernant, ce droit étant opposable tant à l'employeur qu'au syndicat auquel le salarié a adhéré.

Cet arrêt appelle deux réflexions :

- il est fondé sur une articulation tout à fait originale entre le droit individuel du salarié – l'adhésion à une organisation syndicale relève de la vie personnelle – et le droit collectif à s'organiser sur les lieux de travail : le droit individuel ne s'oppose pas au droit collectif, mais le conforte et le nourrit ;

- mais ce « *détour* » ingénieux et fructueux par le droit individuel n'est-il pas rendu nécessaire par le fait que la force du droit collectif ou sa légitimité n'était pas jugée à elle seule suffisante pour fonder une dérogation au principe du contradictoire ?

Le droit pour le salarié protégé d'obtenir communication des documents et témoignages produits par l'employeur à l'appui d'une demande d'autorisation de licenciement pour motif disciplinaire

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'inspecteur du travail n'était pas tenu de communiquer l'ensemble des témoignages recueillis au cours de l'enquête (38), ce qui constituait une entorse assez flagrante aux droits de la défense et au principe du contradictoire.

La jurisprudence a évolué en trois temps :

- par une décision du 20 avril 2005, le Conseil d'Etat a jugé que doivent être communiqués au salarié protégé les noms des salariés qui auraient été victimes des agissements qui lui auraient été reprochés et qui ont porté des accusations à son encontre afin que l'intéressé puisse utilement présenter sa défense (39) ;

- par sa décision du 30 mars 2006, le Conseil constitutionnel a jugé que « *le principe des droits de la défense, qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789, impose le respect d'une procédure contradictoire dans les cas de licenciement prononcé pour un motif disciplinaire* » (40) ;

- puis, la section du contentieux du Conseil d'Etat a jugé le 24 novembre 2006 (41) qu'il incombe à l'inspecteur du travail, lorsque la procédure est engagée sur un motif disciplinaire, de mettre le salarié protégé à même de prendre connaissance des documents produits par l'employeur à l'appui de sa demande d'autorisation, y compris des attestations et des témoignages. Toutefois, lorsque l'inspecteur du travail estime, sous le contrôle du juge, que l'accès à ces documents serait de nature, compte tenu des risques de pressions ou de représailles, à porter gravement préjudice à leurs auteurs, il peut décider de se borner à faire état au salarié concerné par la procédure, de façon circonstanciée, de la teneur des attestations et des témoignages. Mais, en tout état de cause, l'inspecteur du travail est tenu d'indiquer au salarié l'identité des personnes qui auraient été victimes des agissements qui lui sont reprochés, notamment quand il est reproché au salarié protégé d'avoir harcelé une personne, que ce soit un autre salarié ou une personne accueillie dans l'établissement : dans de tels cas, on ne conçoit pas effectivement de défense utile si le salarié n'a pas connaissance de l'identité de la personne qui aurait été victime de ses agissements.

(37) Cass. soc., 8 juill. 2009, nos 09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032, Bull. civ. V n° 180, voir L. Pécault-Rivolier, « *Les premiers arrêts de la Cour de cassation relatifs à la loi du 20 août 2008* », Sem. soc. Lamy, n° 1408, 13 juill. 2009 ; RDT 2009 p. 729, note M. Grévy ; rapp. Cour de Cass. 2009 p. 360 ; Dr. Ouv. 2009 p. 517, n. S. Michel.

(38) CE, 2 nov. 1992, n° 117.836, *Abert*, RJS n° 56-1993 ; CE, 7 mai 1997, n° 159.430, *M. Nicolai*.

(39) CE, 20 avr. 2005, *Sté Senior et Cie*, RJS 2005 n° 869, tables p. 1123.

(40) Décision n° 2006-535 DC, § 24.

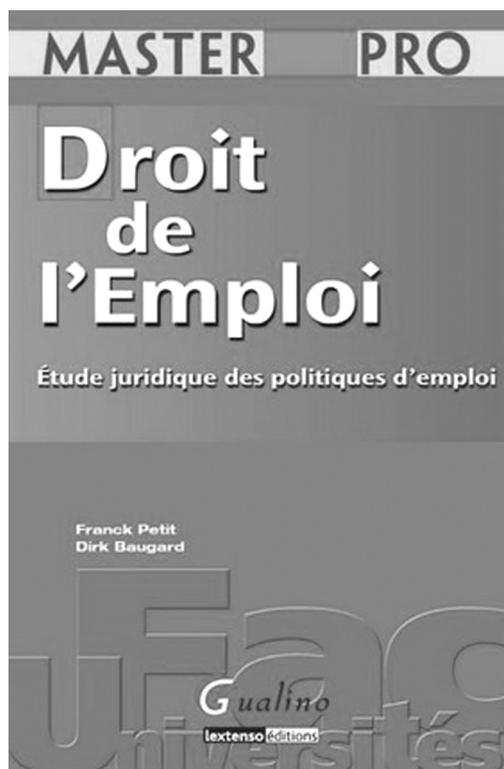
(41) CE, section, n° 284.208, *Mme Rodriguez*, Rec. p. 481, concl. Y. Struillou, Dr. soc. 2007 p. 25.

La prise en compte de la réalité du travail et de la réalité des relations humaines – au travers de cette notion de repréailles, que celles-ci émanent de manière « classique » de l'employeur, mais aussi du salarié à l'égard de ses collègues, notamment lorsqu'il détient un pouvoir hiérarchique – conduit donc le juge à aménager la mise en œuvre de droits fondamentaux procéduraux - le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire – pour assurer l'effectivité de droits fondamentaux de valeur constitutionnelle, qu'il s'agisse du droit de s'organiser collectivement sur le lieu de travail et du droit de disposer de représentants du personnel qui découlent des principes énoncés par le huitième alinéa du préambule de 1946 (42).

L'efficacité de l'intervention du juge est conditionnée par des facteurs « endogènes » propres à la juridiction – les moyens dont elle dispose, son organisation interne et sa capacité à traiter les affaires urgentes... et les autres, ses objectifs et la qualité intrinsèque du travail juridictionnel – mais elle ne peut être dissociée des interventions des autres acteurs qui interviennent dans la mise en œuvre effective du droit. Rappelons une évidence : le juge n'intervient que s'il est saisi et faut-il encore qu'il le soit au bon moment et dans de bonnes conditions. L'intervention du juge ne peut être dissociée des stratégies judiciaires.

Yves Struillou

(42) « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.* »



Droit de l'emploi

par Franck Petit et Dirk Baugard

Loin de faire double emploi avec le droit du travail, le droit de l'emploi correspond à l'étude des mesures générales ou spécifiques qui, financées, contrôlées ou organisées par l'État, sont mises au service de la recherche, de la création, de l'adaptation, du partage et de la sauvegarde de l'emploi. Il englobe aussi l'étude des mesures mises au service de la disparition de l'emploi, lorsqu'il est jugé obsolète.

Souvent bousculés à chaque alternance politique, ces multiples dispositifs ont été pour la plupart d'entre eux rassemblés dans une partie entière du Code du travail, que l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 a intitulée « L'emploi ». Toutefois, le remplacement fréquent d'anciens dispositifs par des outils présentés comme innovants ne doit pas faire illusion ; c'est pourquoi les auteurs ont choisi d'intégrer dans leur ouvrage une présentation historique des dispositifs qui les précédaient.

Cette approche présente l'avantage de maintenir une continuité dans l'interminable succession de mesures qui, le plus souvent, poursuivent un même objet ou un même objectif.

Prix : 28 € - 368 pages - ISBN : 978-2-297-01137-2