

La difficile saisie de la “liberté du travail” dans le cadre de l’article L. 521-2 du Code de justice administrative

par *Geneviève Koubi*, Professeur de droit public,
Université de Cergy-Pontoise, CER-FDP

PLAN

- I. Des droits des travailleurs élevés au rang de *libertés fondamentales* par le juge administratif
 - A. La liberté syndicale, “liberté fondamentale” au sens de...
 - B. Le droit de grève, “liberté fondamentale” au sens de...
 - C. L’interdiction du travail forcé, “liberté fondamentale” au sens de...
 - D. D’autres droits et libertés, “libertés fondamentales” au sens de... ?
- II. L’appréhension de la notion de “liberté du travail” par le juge administratif
 - A. La liberté du travail liée à la liberté personnelle
 - B. Détours et tournants d’un lien entre liberté fondamentale et droit du travail

Plusieurs droits des travailleurs ont d’ores et déjà été admis par le juge des référés du Conseil d’Etat au rang de “liberté fondamentale au sens de l’article L. 521-2 du Code de justice administrative” (1). Il en est notamment ainsi de la “liberté syndicale” (2), du droit de grève (3) et de “l’interdiction du travail forcé” (4). A ces trois “libertés” (5) s’ajoute, singulièrement au sens de ces dispositions, la “liberté du travail” (6) – dont l’agencement en ce domaine laisserait perplexe nonobstant le rapport constant qu’il entretient avec les formes de l’action administrative.

Outre le fait que ces “libertés fondamentales” sont loin de rendre compte de toute l’étendue des matières desquelles elles procèdent (7), elles sont souvent entendues refermées sur elles-mêmes et, dès lors, n’ouvrent pas sur les différents liens qui les organisent et qu’elles organisent avec le droit du travail. Elles s’inscrivent plus précisément dans la perception que le juge administratif a de ce droit. La composition effective d’un “droit administratif du travail” n’est peut-être pas encore formellement inscrite à l’ordre du jour des préoccupations doctrinales dans la mesure où la pensée juridique dominante s’accommode largement d’un néolibéralisme économique persistant – la dégénération du droit de la fonction publique s’ensuivant par ailleurs. Toutefois, cette branche particulière du droit administratif français est maintenant clairement en gestation.

La détermination des libertés fondamentales “en lien avec le droit du travail” dans le cadre du référé-liberté devant le juge administratif en relève.

L’étendue d’une recherche sur les “libertés”, adaptées au droit du travail, qualifiées de “fondamentales” par le juge administratif dans le cadre du recours en référé-

liberté, s’avère néanmoins assez restreinte (8). A ce jour, seules quelques libertés ont, formellement et distinctement, été immobilisées – il s’agit, surtout, de la

(1) Art. L. 521-2 du Code de justice administrative : « *Saisi d’une demande en ce sens justifiée par l’urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d’une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d’un service public aurait porté, dans l’exercice d’un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ».

(2) CE, ord., 25 octobre 2002, *M. Bongiovanni et syndicat CFDT interco de l’Hérault*, req. 244289 ; CE, ord., 28 mars 2006, *Commune de Saint-Chély-d’Apcher*, req. 291399.

(3) CE, ord., 9 décembre 2003, *Mme Aguilon et autres*, *Rec. CE* p. 497 ; concl. J.-E. Stahl *Dr. soc.* février 2004, p. 172 ; notes : *JCP A* 2004, n° 5, 1054, J. Moreau ; *JCP A* 2004, n° 7, 1096, D. Maillard Desgrées du Loû ; *AJDA* 2004, p. 1138, O. Le Bot ; *Dr. Ouv.* 2004 p. 184, M. Panigel-Nennouche.

(4) CE, ord., 3 mai 2005, *CFTC*, req. 279999, *Rec. CE* Tables p. 1034 ; note : T. Guillemain, *Le travail c’est la santé !*, *D.* 2005, p. 1465.

(5) Qui ne peuvent être ici dénommées “droits fondamentaux” ; v. cependant, M. Grévy, *Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail*, *Dr. Ouv.*, mars 2006, p. 114.

(6) CE, 4 octobre 2004, *Sté Mona Lisa Investissements et autres*, *Rec. CE* p. 362 ; notes : *JCP A* 2004, p. 1480, M. Waquet ; *Dr. soc.* 2005, p. 608, F. Reneaud ; *AJDA* 2004, p. 2457, B. Favier ; *Dr. adm.*, décembre 2004, p. 33, M. Lombard ; *Dr. Ouv.*, 2005, p. 36, P. Moussy.

(7) V. entre autres : G. Glenard, *Les critères d’identification d’une liberté fondamentale au sens de l’article L. 521-2 du Code de justice administrative*, *AJDA* 2003, p. 2017 ; D. Bailleul, *Les nouvelles méthodes du juge administratif*, *AJDA* 2004 p. 1626.

(8) V. en cette matière, notamment pour ce qui concerne les procédures, M. Panigel-Nennouche, *Le juge administratif de l’urgence*, *Dr. Ouv.*, juin 2004, p. 256.

liberté syndicale, du droit de grève et de l'interdiction du travail forcé. En effet, les actes qui pourraient porter atteinte aux droits et libertés des travailleurs sont rarement le fait d'autorités publiques et relèvent en général de la compétence judiciaire. L'article L. 521-2 du Code de justice administrative renvoie essentiellement aux actes, actions et opérations engagées par une autorité administrative ou une personne investie d'une mission de service public. Il s'agit, en effet, pour le juge administratif d'ordonner « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ».

Dès lors, au-delà de la situation particulière des personnels sous statut de droit privé des personnes morales de droit public, les principales modalités d'intervention des syndicats professionnels ou des travailleurs, salariés de droit privé, devant le juge

administratif sont déclenchées par la publication d'actes réglementaires, par l'édition de circulaires administratives comportant des dispositions impératives et, surtout, par les décisions rendues par les inspecteurs du travail en ce qui concerne les dispositions des règlements intérieurs et, notamment, en matière de licenciement – la condition d'urgence et la gravité de l'atteinte qui serait portée au droit ou à la liberté en cause, dans le cadre de cet article L. 521-2 du Code de justice administrative, devant systématiquement y être rattachées (9).

Toutefois, – rappelant le principe posé à l'article L. 511-1 du Code de justice administrative selon lequel : « le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais » –, les rares ordonnances et arrêts relevés en matière de droits et libertés "en lien avec le droit du travail" suscitent quelques interrogations spécifiques...

I. Des droits des travailleurs élevés au rang de libertés fondamentales par le juge administratif

Indépendamment des libertés économiques largement consacrées, telles le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, chacune comportant multiples dimensions (la liberté syndicale, le droit de grève et l'interdiction du travail forcé) semblent relever de l'évidence.

Or, rien n'est moins sûr, le juge administratif n'étant pas tenu d'accorder cette qualification à toutes les libertés et à tous les droits que le Conseil constitutionnel aurait estimés tels, que la Cour européenne des droits de l'Homme aurait signifiés substantiels dans une société démocratique ou que la Cour de justice des communautés européennes aurait jugés primordiaux

pour une compréhension raisonnée du droit communautaire dans chacun des Etats concernés (10).

Par ailleurs, suivant la prégnance des lectures économiques et libérales du système de droit interne, de plus en plus, les droits des travailleurs sont pris dans la nasse des "activités professionnelles", rejoignant ainsi certaines des dimensions de la liberté d'entreprendre, prenant en considération les professions libérales et incitant au développement d'un "libre exercice d'une profession" (11) lequel, joint aux droits sociaux qui en découlent, est lui-même en instance d'être considéré comme une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (12).

(9) V. CE, ord., 21 mars 2001, *Syndicat Lutte pénitentiaire de l'Union régionale Antilles-Guyane*, Rec. CE p. 114 (à propos du lien entre compétence en référé et compétence au fond, mais il semble qu'il ne se trouve pas systématiquement soulevé en matière de référé-liberté).

(10) Limiterait la teneur comme la force des arguments qui pourraient être présentés dans une requête donnée la précision selon laquelle « eu égard à l'office du juge des référés, un moyen tiré de la contrariété de la loi à des engagements internationaux n'est pas, en l'absence d'une décision juridictionnelle ayant statué en ce sens, rendue soit par le juge saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel, susceptible d'être pris en considération » (CE 21 octobre 2005, *Association Aides et autres*, Rec. CE p. 438 ; AJDA 2006, p. 944, note H. Rihal ; CE 20 décembre 2005, *M. Meyet*, Rec. CE p. 586 ; CE ord. 6 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, AJDA 2005, p. 2374).

(11) Le juge administratif a pu relever, implicitement, le "libre exercice de la profession d'expert en automobile" comme une liberté fondamentale : CE, réf., 15 décembre 2005, *Marcon*, Rec. CE p. 565.

(12) Mais, ce, dans le respect des législations : CE, ord., 5 mars 2001, *Préfet de l'Hérault c/ Hajaj*, req. 230873, Rec. CE Tables p. 1130 : « ... l'exercice des droits et libertés dont peuvent jouir les étrangers sur le territoire français est subordonné à la régularité de leur entrée et de leur séjour... ; eu égard à l'irrégularité de sa situation, M. H. ne saurait prétendre au libre exercice d'une profession sur le territoire français et au bénéfice des droits sociaux qui en découlent ; dès lors, et si regrettable que soit le retard apporté à l'examen de sa demande par les services de la préfecture ..., ceux-ci ne sauraient être regardés comme ayant porté atteinte, en ce qui le concerne, à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 précité du Code de justice administrative ».

A. La liberté syndicale, "liberté fondamentale" au sens de...

La liberté syndicale est, au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, une "liberté fondamentale" (13). Elle dispose de prolongements caractéristiques comme « *la libre constitution des syndicats selon la procédure prévue par la loi* » (14).

Cependant, les "corollaires" relevés n'ont pas d'effets pratiques dans toutes les sphères sociales. Ainsi, le droit de former un syndicat n'implique pas que ce syndicat « *puisse fixer son siège dans des locaux administratifs sans l'accord des autorités dont ceux-ci dépendent* » (15) ; ne peut donc lui être rattachée une obligation pour l'employeur public de mettre un local à la disposition du syndicat.

Par ailleurs, le juge des référés ayant plusieurs fois eu l'occasion de signifier que la "liberté personnelle" est au nombre des libertés fondamentales, il est nécessaire de rappeler que cette notion de "liberté personnelle" a été édictée par le Conseil constitutionnel précisément à propos de l'exercice du droit syndical.

Le Conseil constitutionnel avait éclairé les rapports entre un syndicat et un salarié par le biais d'une "réserve d'interprétation" particulière aux actions que pouvait engager un syndicat pour la défense des droits "d'un" travailleur. Soulignant les termes du sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon lesquels « *tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* », le Conseil constitutionnel avait estimé que le législateur pouvait effectivement conférer « *à des organisations syndicales des prérogatives susceptibles d'être exercées en faveur aussi bien de leurs adhérents que des membres d'un groupe social dont un syndicat estime devoir assurer la défense* ». Néanmoins, il précisait que « *les modalités de mise en oeuvre des prérogatives reconnues aux organisations syndicales doivent respecter la liberté personnelle du salarié qui, comme la liberté syndicale, a valeur constitutionnelle* ». Si des organisations syndicales représentatives sont en mesure « *d'introduire une action en justice à l'effet non seulement d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié mais aussi de promouvoir à travers un cas*

individuel, une action collective », ce ne pouvait donc être qu'à « *la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action* » (16). Le premier alinéa de l'article L. 412-1 du Code du travail repose sur cette dialectique : « *L'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés garantis par la Constitution de la République, en particulier de la liberté individuelle du travail* » (17). De ces dispositifs procède l'idée d'une protection du travailleur à l'encontre du syndicat, laquelle est principalement analysée, sur le plan doctrinal, au nom de la garantie accordée à la "liberté individuelle", mais retenue par le juge comme élément de la "liberté personnelle".

Or, tant en rapport avec les arguments du Conseil constitutionnel qu'au vu des ordonnances et arrêts rendus dans le cadre de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, il n'y a pas foncièrement de coïncidences entre les notions de liberté individuelle et de liberté personnelle. La première dispose d'un champ plus large que la seconde, cette dernière étant souvent liée au droit de mener une vie familiale normale et au respect de sa vie privée ; par cet étrécissement qu'elle connaît du fait de son insertion dans la notion de "liberté personnelle", la notion de "liberté individuelle" semble alors en passe d'être décomposée en strates différenciées qui, l'exposant dans les espaces publics et dans les sphères collectives, la détacheraient progressivement de bien des libertés et en réduiraient l'impact pour les droits et libertés "en lien avec le droit du travail".

B. Le droit de grève, "liberté fondamentale" au sens de...

Le droit de grève a été reconnu au rang de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (18). La source principale en serait l'alinéa 7 du Préambule de 1946 : « *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglemente* ». Sans aucun doute, le juge administratif ne pouvait faire d'impasse à ce propos, l'élévation du droit de grève en un principe de valeur constitutionnelle (19) ne pouvait

(13) CE, ord., 25 octobre 2002, M. Bongiovani et syndicat CFDT interco de l'Hérault, req. 244289.

(14) CE, ord., 28 mars 2006, Commune de Saint-Chély-d'Apcher, req. 291399.

(15) id.

(16) Cons. const. n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, Rec. Cons. const. p. 59, AJDA 1989, p. 796, note F. Benoit-Rohmer.

(17) Formulation reprise à l'article L. 2141-4 du Code du travail devant entrer en vigueur au plus tard le 1^{er} mars 2008 : Ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007, JO 13 mars 2007.

(18) TA Nantes, ord., 2 avril 2001, Syndicat Sud-CRC services santé-sociaux Loire-Atlantique, Dr. adm. 2001, n° 155, note D. Tania-Marie ; TA Orléans, ord., 11 décembre 2001, M. Bennis, AJFP 2002, p. 39 ; CE, ord., 25 juillet 2003, Min. Education nationale, req. n° 258677, AJDA 2004, p. 447, note O. Grimaldi ; CE, ord., 9 décembre 2003, Mme Aguillon et autres, req. 262186, précit.

(19) Cons. const., n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, Rec. Cons. const., p. 33.

qu'être entérinée sur le plan administratif (20), toujours, selon sa propre jurisprudence, en tenant compte des réglementations qui en encadrent l'exercice (21).

Le Conseil d'Etat avait eu à s'interroger sur les effets induits par la "réquisition" des travailleurs lors de mouvements de grève. Il a estimé que « *le préfet, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient du 4° de l'article L. 2215-1 du Code général des collectivités territoriales, peut légalement requérir les agents en grève d'un établissement de santé, même privé, dans le but d'assurer le maintien d'un effectif suffisant pour garantir la sécurité des patients et la continuité des soins* » ; ce pouvoir n'est pourtant pas sans limites : « *il (le préfet) ne peut toutefois prendre que les mesures imposées par l'urgence et proportionnées aux nécessités de l'ordre public, au nombre desquelles figurent les impératifs de santé publique* » (22). La question de la "réquisition" des agents hospitaliers a permis l'inscription du droit de grève au nombre des libertés fondamentales de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. La réquisition – généralement nominative – des agents en grève a inévitablement pour conséquence de restreindre l'exercice de ce droit : elle crée la situation d'urgence qui doit être forcément relevée au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Et, lorsque les contraintes édictées sont pensées dans le but de maintenir une activité professionnelle à son "niveau normal", elles s'avèrent excessives (23).

Cependant, dans le cadre de certains services administratifs, plus que les principes essentiels rattachés à la continuité du service public, pour valider les contraintes inhérentes à toute réquisition, le juge retient les impératifs de l'ordre public. Ainsi, « *une grève qui aurait pour effet d'interrompre totalement le fonctionnement des services de la surveillance de la direction générale des douanes et des droits indirects serait de nature à compromettre l'action gouvernementale et à porter une atteinte grave à l'ordre public et au respect de certains engagements internationaux de la France* » (24).

La qualification du droit de grève comme "liberté fondamentale" ne modifie pas foncièrement son

appréhension par le juge administratif (25). Le rapport constant que l'exercice de ce droit entretient avec des données annexes, telles l'ordre public, la santé publique, la sécurité publique, est chaque fois mobilisé.

C. L'interdiction du travail forcé, "liberté fondamentale" au sens de...

L'affirmation relative à "l'interdiction du travail forcé" située en liberté fondamentale repose, quant à elle, sur une formulation qui laisse quelque peu perplexes. Selon le juge administratif, « *la liberté du salarié de ne pas être astreint à accomplir un travail forcé est une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative* » (26). Par cette exposition, la vigueur de l'interdiction du travail forcé consacrée par la Convention européenne des droits de l'Homme s'en trouve fortement atténuée.

Si l'on suit littéralement la structure de cette seule phrase, on pourrait penser que le respect de liberté en cause est non pas défini envers l'employeur mais mis à la charge du salarié. Or, si tel était le cas, il serait difficile, pour ne pas dire impossible, de parer aux diverses manœuvres et intimidations (27) qui auraient pour objectif de faire accepter par le travailleur, nécessairement subordonné aux ordres de son employeur, une astreinte de ce type. Les longs contentieux relatifs au refus de paiement des heures supplémentaires effectuées comme à la non-attribution des congés légaux peuvent en constituer des illustrations. Ces questions, relevant de relations de travail de droit privé, ne sont généralement pas traitées par le juge administratif.

En regard, c'est l'ensemble de la formulation qui doit être prise en considération et non la seule qualification retenue : « *si la liberté du salarié de ne pas être astreint à accomplir un travail forcé est une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2, pour la mise en œuvre des dispositions de cet article, le degré de gravité que peut revêtir une mesure affectant la liberté du travail doit prendre en compte les limitations de portée générale apportées à cette liberté qui ont été introduites par le législateur pour permettre certaines interventions*

(20) Concl. J.-E. Stahl s/ CE, ord., 9 décembre 2003, *Mme Aguillon et autres*, Dr. soc. février 2004, p. 172.

(21) CE, ass., 7 juillet 1950, Dehaene, Rec. CE p. 426, Dr. Ouv. 1950 p.500 n. M. Boitel.

(22) CE, ord., 9 décembre 2003, *Mme Aguillon et autres*, req. 262186, précit.

(23) CE, 7 janvier 1976, Centre hospitalier général d'Orléans, Rec. CE p. 10 ; CE, 30 novembre 1998, Mme Rosenblatt et autres, Rec. CE p. 987.

(24) CE, 15 mai 2006, Fédération CFDT des Finances et des affaires économiques, req. 270171.

(25) Comparer les formulations de l'article L. 521-1 du Code du travail et l'article L. 2511-1 du nouveau code signale un

changement d'inflexion à ce propos : art. L. 521-1 : « *La grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié. ... Tout licenciement prononcé en violation du premier alinéa du présent article est nul de plein droit* », art. L. 2511-1 : « *L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié. ... Tout licenciement prononcé en absence de faute lourde est nul de plein droit* ».

(26) CE, ord., 3 mai 2005, CFTC, req. 279999, précit.

(27) Voire, en faisant référence à certains des mécanismes de lutte contre les mouvements sectaires qui n'hésitent pas à recourir à certaines formes d'exploitation de la force de travail de leurs membres, aux "manipulations mentales"...

jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations du travail... ».

De ces formules, classiques en cette matière, il peut cependant en être déduit d'une part, que les différents "principes généraux du droit" qui ont pu être dégagés par le juge administratif ne disposent plus de la force juridique qui leur était attachée et, d'autre part, suivant une argumentation polémique qui consisterait à élargir le cas particulier vers une portée générale, qu'il serait désormais difficile de s'affranchir de la "tyrannie de la loi", – au détriment même d'un droit de résistance à l'oppression exposé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme...

D. D'autres droits et libertés, "libertés fondamentales" au sens de... ?

D'autres droits, appréciés à l'aune de la "liberté du travail" (28), sembleraient pouvoir obtenir ce même label de "liberté fondamentale" au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative – ou, à tout le moins, de "corollaire" à la liberté du travail – si un litige exigeant, en urgence, la suspension de l'acte administratif qui y porterait gravement atteinte, devait survenir.

Le juge administratif a effectivement signifié, à l'occasion de son analyse de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 instituant un contrat de travail dénommé "contrat nouvelles embauches" que s'il appartenait au gouvernement de faire usage de l'habilitation conférée par le législateur, ce ne devait être que « *dans le respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, des principes généraux du droit qui s'imposent à toute autorité administrative ainsi que des engagements internationaux de la France produisant des effets directs dans l'ordre juridique interne* » (29). Et, en l'espèce, en ne relevant pas l'existence de principes généraux du droit encadrant les licenciements pour tous les contrats de travail, il a implicitement – de par la liaison entretenue par le Conseil d'Etat entre les solutions contentieuses exposées au travers des différentes procédures – exclu du champ des prévisions de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, les règles destinées à garantir le travailleur contre les licenciements abusifs (30), sauf,

justement, pour ce qui concerne le licenciement des salariés protégés.

Dès qu'une question concernant les droits des travailleurs lui est soumise, le juge en appelle aux limitations législatives de portée générale apportées à la liberté du travail et destinées à légitimer certaines interventions de la puissance publique dans les relations de travail – quand bien même la principale source d'inspiration des libertés fondamentales qu'il relève, serait la Constitution.

• La source principale, le Préambule de 1946

Le Préambule de 1946 constitue l'assise juridique principale des droits dits "fondamentaux" en droit du travail (31). En tant que le Préambule fait principalement référence à des principes politiques, économiques et sociaux "*particulièrement nécessaires à notre temps*", le juge se pense contraint d'associer et d'accommoder ces principes avec des dispositions législatives généralement tirées du Code du travail.

Il en serait ainsi pour le "droit aux congés". Cette exposition reposerait sur une combinaison normative entre le Préambule de 1946 qui évoque la garantie à tous du repos et des loisirs et l'article L. 223-1 du Code du travail selon lequel : « *tout ouvrier, employé ou apprenti des établissements industriels, commerciaux, artisanaux, agricoles, même s'ils ont la forme coopérative, et tout salarié des professions libérales, des offices ministériels, des syndicats professionnels, des sociétés civiles, associations et groupements de quelque nature que ce soit, a droit chaque année à un congé payé à la charge de l'employeur* » (32). A ce titre, le juge ne manquerait pas d'en signifier les limites qui désignent les possibles interférences des discours juridiques menés par les autorités publiques « *notamment sur la durée du travail, les jours fériés et les congés* » (33).

Suivant la même impulsion, serait difficilement apprécié par le juge administratif, le "droit au repos quotidien" exposé à l'article L. 220-1 : « *Tout salarié bénéficie d'un repos quotidien d'une durée minimale de onze heures consécutives* » (34), ou encore, plus sûrement au vu des formulations de l'article L. 220-2 du code, le "droit à la pause" : « *Aucun temps de travail quotidien ne peut*

(28) Telle qu'elle est prise en considération par le juge administratif ; v. toutefois, L. Dardalhon, La liberté du travail devant le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation, *RFD. const.* 2005, n° 64, p. 755.

(29) CE Sect. 19 octobre 2005, *CGT et autres*, req. 283471, *Rec. CE* p. 430, *Dr. Ouv.* 2006 p.75.

(30) *id.* : « il ne résulte ni du principe de liberté énoncé à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen à laquelle se réfère le Préambule de la Constitution, ni d'ailleurs d'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle que la faculté pour l'employeur de mettre fin au contrat nouvelles embauches devrait être subordonnée à l'obligation d'en énoncer préalablement les motifs et d'en prévoir les modalités de réparation ».

(31) V. I. Meyrat, *Droits fondamentaux et droit du travail*, Thèse Doct., Paris X, diff. ANRT, 2001.

(32) C'est à l'article L. 3141-1 du code qu'il faudra se référer au plus tard le 1^{er} mars 2008 : « Tout salarié a droit chaque année à un congé payé à la charge de l'employeur... ».

(33) CE, ord., 3 mai 2005, *CFTC*, req. 279999, *précit.*

(34) Notant que la France avait ratifié la Convention OIT du 17 novembre 1921 (C 14) sur le repos hebdomadaire (industrie).

atteindre six heures **sans que le salarié** bénéficie d'un temps de pause d'une durée minimale de vingt minutes » (35).

Alors que les débats et les discussions concernant la détermination du temps de travail sont à chaque fois recommencés et confinés à une notion de "flexicurité" recherchée par la Commission européenne, il serait à craindre que ces diverses dispositions soient progressivement comprises non comme un "droit" dont bénéficierait le travailleur mais plutôt comme une simple "obligation de tolérance" énoncée à l'endroit de l'employeur.

• La loi à la source d'une liberté fondamentale

Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958, n'est pas la seule référence du juge administratif en la matière. Une disposition législative peut, en effet, être à la base d'une élévation d'un droit au rang de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative.

La détermination d'une "liberté fondamentale" par le juge administratif puisée dans les normes législatives est indispensable à la compréhension raisonnée du référé-liberté. Mais cette méthode est parfois mise en œuvre dans le but de ne pas retenir les conséquences générales de l'intégralité d'un principe clef. Elle suscite souvent un démembrement d'un droit ou d'une liberté. Ainsi, pour ne pas avoir à consacrer globalement "le droit à la protection de la santé" parmi ces libertés fondamentales, le juge administratif a choisi de prendre comme base la loi plutôt que le préambule de 1946. Bien que communément lié à ce droit, en a ainsi été dissocié "le consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux qui lui sont prodigués" ; cette reconnaissance induisit alors, encore une fois, le "droit de chacun au respect de sa liberté personnelle" (36).

Dès lors, tout en tenant compte des limitations portées aux droits des travailleurs du fait des lois, sur le fondement de l'article L. 141-10 du Code du travail,

pourrait être utilement invoqué le "droit à la rémunération" : « *Tout salarié (...) lié à son employeur par un contrat de travail comportant un horaire au moins égal à la durée légale hebdomadaire du travail, perçoit, s'il n'est pas apprenti, une rémunération au moins égale* » au salaire minimum de croissance (37). Ces dispositions invitent à considérer l'existence d'un ancrage du "droit à la rémunération" (équivalent aux conséquences développées autour de la notion de "service fait" en droit des fonctions publiques). Dans cette perspective, ce n'est donc pas en rapport avec les formulations de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 selon lesquelles « *tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* », que la question serait traitée puisque, justement, l'inaptitude au travail ne pourrait être soulevée.

Pour la fixation de la "journée de solidarité instituée en vue d'assurer le financement des actions en faveur de l'autonomie des personnes âgées ou handicapées", qui a conduit le juge administratif à relever "l'interdiction du travail forcé" comme étant des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (38), le juge administratif se devait de contourner les dispositions du Préambule de 1946 qui insistaient sur la solidarité sociale. Et, surtout, ne pouvait être retenu le 1^{er} mai, jour férié et chômé (art. L. 222-5 du Code du travail) (39). Car, compris comme tel, il « *ne peut être une cause de réduction des traitements et salaires mensuels, bimensuels ou hebdomadaires* » (art. L. 222-6 du même code) (40).

Cette approche étant tout hypothétique, l'énumération de l'ensemble des droits et libertés des travailleurs pouvant être situés au nombre des libertés fondamentales par le juge administratif, ne permet pas d'apprécier dans une juste mesure ce que recouvre la notion de "liberté du travail" telle qu'elle se trouve retenue par le juge administratif (41).

(35) A l'article L. 3121-33 al. 1 de la nouvelle partie législative du Code, la formulation est plus laconique : « Dès que le temps de travail quotidien atteint six heures, le salarié bénéficie d'un temps de pause d'une durée minimale de vingt minutes ».

(36) CE, ord., 8 septembre 2005, *Garde des sceaux c/ M. Bunel*, Rec. CE p. 388. Le juge fut toutefois amené à préciser que « s'agissant des personnes détenues dans les établissements pénitentiaires, leur situation est nécessairement tributaire des sujétions inhérentes à leur détention » ; notes : D. 2006, p. 124, X. Bioy ; AJDA 2006, p. 376, M. Laudjouis ; *Petites affiches* 16 novembre 2005, p. 6, C. Clément.

(37) Sans omettre le fait que la France avait ratifié la Convention OIT C131 du 22 juin 1970 sur la fixation des salaires minima (art. L. 3232-1 nouv.).

(38) CE, ord., 3 mai 2005, *CFTC*, req. 279999, *précit.*

(39) art. L. 3133-4 nouv. du Code du travail.

(40) Par l'article L. 3133-5 al. 1 nouv., le champ d'application en paraît plus restreint : « *Le chômage du 1^{er} mai ne peut être une cause de réduction de salaire* ».

(41) Certains "principes généraux du droit" pourraient aussi être à la source de ces libertés fondamentales "en lien avec le droit du travail" que le juge administratif relèverait. Il en serait ainsi, par exemple, du principe général du droit, qui, tiré des « dispositions du Code du travail relatives à la situation des salariés qui, pour des raisons médicales, ne peuvent plus occuper leur emploi » suppose que « *lorsqu'il a été médicalement constaté qu'un salarié se trouve de manière définitive atteint d'une inaptitude physique à occuper son emploi, il appartient à l'employeur de le reclasser dans un autre emploi et, en cas d'impossibilité, de prononcer, dans les conditions prévues pour l'intéressé, son licenciement* » : CE 2 octobre 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, AJDA 2002, p. 1294, concl. D. Piveteau et note M.-C. de Montecler ; *Dr. Ouv.* 2003, p. 23, n. F. Héas.

II. L'appréhension de la notion de "liberté du travail" par le juge administratif

Comment le juge administratif, dans le cadre du référé-liberté, envisage-t-il le "travail" sous le label de liberté fondamentale (42) ? La question paraît acquérir une certaine consistance depuis la décision du Conseil d'Etat du 4 octobre 2004, *Société Mona Lisa Investissements*. Sans doute parce que le Conseil d'Etat se prononce là en cassation, s'ensuit une argumentation particulière qui, cette fois, fait état d'une "liberté du travail" comme d'une liberté fondamentale. Cependant, de l'analyse des faits en l'espèce, « *doit-on en conclure que la liberté d'entreprendre comporte, envisagée "en lien avec le droit du travail", la liberté fondamentale d'employer une personne de son choix, ou que "la liberté du travail" sous-tend celle d'exercer une activité professionnelle en dehors de toute pression ?* » (43).

Le raisonnement mené par le juge paraît d'autant plus paradoxal que, d'une part, l'acte administratif contesté consistait en un refus d'autorisation de licenciement d'un "salarié protégé" opposé par un inspecteur du travail (44) et que, d'autre part, le motif exposé à la base de ce licenciement dont l'autorisation était sollicitée renvoyait à une notion de "harcèlement moral" que, le plus souvent, les employeurs démentent lorsqu'elle leur est directement opposée.

A. La liberté du travail liée à la liberté personnelle ?

Dans l'affaire *Société Mona Lisa Investissements*, le juge administratif relève que « la décision par laquelle l'inspecteur du travail refuse d'autoriser le licenciement d'un salarié protégé, qui lui est demandé à raison de faits de harcèlement moral sur ses subordonnés, peut, par ses conséquences, porter atteinte à une liberté fondamentale ».

En quelque sorte, les dispositions de l'article L. 122-49 du Code du travail seraient à la source d'une "liberté fondamentale" : « *Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* » (45). Toutefois, dans ce raisonnement, peut être discerné un des indices du renversement des logiques juridiques que suscitent ces procédures de référé en tant que la charge de la défense de la "liberté" repose désormais exclusivement sur le travailleur. En effet, cette rhétorique revient à occulter les obligations des employeurs, alors même que, selon l'article L. 230-2 du Code du travail, « *le chef d'établissement prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de l'établissement, y compris les travailleurs temporaires* » (46) en tenant compte notamment des principes qui consistent à « *planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment en ce qui concerne les risques liés au harcèlement moral* » (47).

L'attention portée aux relations de travail de nature et de forme interpersonnelles, dont relève le harcèlement moral tel qu'il se trouve plus ou moins défini dans les différents textes juridiques qui y font référence (aussi bien dans le secteur privé que dans les services publics), modifierait la lecture des refus ou des acquiescements de l'inspecteur du travail des décisions de licenciement des salariés protégés du fait de leur mandat syndical notamment (48).

(42) La liberté du travail semble bien avoir été rangée au nombre des libertés fondamentales ; CE, ord., 11 juin 2002, *Ait Oubba*, req. n° 247649, *Rec. CE Tables* p. 871 (atteinte portée aux libertés reconnues aux étrangers en situation régulière et, notamment, au possible exercice d'une activité professionnelle) ; *AJDA* 2002, p. 764, note L. Tavernier.

(43) B. Flavier, Licenciement d'un salarié protégé et référé liberté : les éventuelles atteintes indirectes à des libertés fondamentales indéterminées, *AJDA* 2004, p. 2457.

(44) CE, 4 octobre 2004, *Sté Mona Lisa Investissements et autres*, précit.

(45) V. art. L. 1152-1 de la nouvelle partie législative du Code. En dépit du nouvel article L. 1152-2 (« *Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, ... pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés* »), la recodification conduit, sur le plan de la sanction, à dissocier les deux temps nécessaires à la constatation du harcèlement : la défense due au salarié lors de l'invocation du fait de l'avoir subi ou de le subir et la précision quant à la protection du témoin attestant de ces agissements ou les relatant.

(46) V. art. L. 4121-1 nouv. qui use d'autres formulations qui excluent du champ d'application de l'article, les travailleurs temporaires.

(47) Ces dispositions sont reprises à l'article L. 1152-4 nouv. ; des dispositions identiques concernant le harcèlement sexuel sont insérées à l'article L. 1153-5 nouv.

(48) Art. L. 425-1 du Code du travail (extraits) : « *Tout licenciement envisagé par l'employeur d'un délégué du personnel, titulaire ou suppléant, est obligatoirement soumis au comité d'entreprise qui donne un avis sur le projet de licenciement. / Le licenciement ne peut intervenir que sur autorisation de l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement. Lorsqu'il n'existe pas de comité d'entreprise dans l'établissement, l'inspecteur du travail est saisi directement. / Toutefois, en cas de faute grave, le chef d'entreprise a la faculté de prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé en attendant la décision définitive. En cas de refus de licenciement, la mise à pied est annulée et ses effets supprimés de plein droit* » ; art. L. 436-1 du Code du travail (extraits) : « *Tout licenciement envisagé par l'employeur d'un membre titulaire ou suppléant du comité d'entreprise ou d'un représentant syndical prévu à l'article L. 433-1 est obligatoirement soumis au comité d'entreprise qui donne un avis sur le projet de licenciement. / Le licenciement ne peut intervenir que sur autorisation de l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement. Toutefois, en cas de faute grave, le chef d'entreprise a la faculté de prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé en attendant la décision définitive. En cas de refus de licenciement, la mise à pied est annulée et ses effets supprimés de plein droit* ». Ces dispositions ont été aussi modifiées par le Code annexé à l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, *JO* 13 mars 2007.

Si l'on peut admettre que « *le maintien d'un salarié protégé accusé de harcèlement moral* » peut être de nature à compromettre « *une liberté fondamentale en lien avec le droit du travail* », deux interrogations doivent être soulevées – en retenant le fait que le rattachement comme l'affiliation au syndicat ne sont pas des éléments déterminants dans la relation ainsi instituée entre les travailleurs. L'une concerne le harcèlement moral dont il est fait état (49) ; l'autre demande à ce que la liberté fondamentale ainsi relevée puisse être identifiée. Sur le premier point, il apparaîtrait nécessaire au préalable d'indiquer quels sont les actes incriminés de la part de ce salarié, de rendre compte du fait que ce n'est pas sur le seul fondement d'une simple accusation portée à son encontre que le licenciement devrait être prononcé (50), que ces faits de harcèlement doivent être établis pour être constitutifs d'une faute professionnelle. Le revers d'un développement du recours à la désignation de diverses attitudes et de différents comportements comme relevant d'un harcèlement moral est, alors, constitué par une extension généralisée de la personnalisation des relations professionnelles entre les travailleurs eux-mêmes, accompagnant ainsi la défection des rapports de solidarité au travail, des actions collectives qui constituent, pourtant, les seules modalités d'une opposition au pouvoir de l'employeur (51).

C'est sans s'appesantir sur ces questions que le juge valide, en l'espèce, le refus de l'inspecteur du travail d'autoriser le licenciement du salarié. Il retient, en effet, d'autres raisons en tenant compte de la qualité du salarié et ainsi, des limitations législatives apportées au pouvoir de l'employeur, limitations de portée générale qui permettent « *certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique, notamment dans les relations du travail* ». Le juge précise que, justement, « *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* ».

Cette protection ne dispose pas d'autres bases que la loi, laquelle est, comme toute loi, sujette à des remaniements au rythme des alternances politiques comme des balancements entre la saisie des revendications exposées par les syndicats ouvriers et/ou patronaux (52). La "liberté fondamentale" ainsi exposée concerne essentiellement le statut des salariés protégés

sans que d'autres considérations puissent y être assorties. D'une certaine manière, ce raisonnement permet d'assurer les travailleurs concernés de l'effectivité de la protection législative dont ils bénéficient.

Pour ce qui concerne la seconde observation, la formulation relative à une "liberté fondamentale en lien avec le droit du travail" renvoie, dans cette affaire, à une définition des rapports de travail circonscrits autour de la personne seule, confirmant ainsi la tendance générale des discours de droit à se défier des dimensions collectives des droits et libertés. La notion de "liberté personnelle" vient ainsi contenir les développements que pourraient connaître la "liberté du travail", relativisant ainsi la teneur des discours relatifs au respect des actions collectives et en appelant au "dialogue social".

Ces formulations posent donc la question de savoir quelle est la consistance ou quel est le contenu de "la liberté du travail", quels en sont les éléments constitutifs et les "corollaires", donc les implications. Le juge des référés ne s'est pas appliqué à en donner les clefs.

En l'espèce, il est à noter que ce n'est qu'à propos du degré de gravité de l'atteinte portée à une liberté fondamentale que le juge a évoqué la "liberté du travail" ; singulièrement, il l'a fait en la situant dans le même registre que la "liberté d'entreprendre" (53) ; il n'apparaît donc pas que cette liberté du travail ait, en fin de compte, pleinement acquis la force, plus que la seule qualité, d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative.

B. Détours et tournants d'un lien entre liberté fondamentale et droit du travail

Il est possible de remarquer une certaine constance dans la technique de contournement par le juge administratif de problèmes essentiels pour les travailleurs confrontés à des remises en cause de l'action syndicale, à un environnement social de plus en plus confus et au développement du travail précaire.

Si, la qualification d'une liberté comme fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative par le juge du référé offre moins de garantie que l'exposition d'un principe général du droit, dans la mesure où le recours aux principes généraux du droit s'amenuise, au moins porter la "liberté du travail" comme une liberté fondamentale, soit par elle-même, soit par le biais de certains de ses objets ou de ses effets

(49) V. cependant, C. Radé, *Harcèlement moral et responsabilité au sein de l'entreprise : l'obscur éclaircissement*, (à propos de : C. cass. soc. 21 juin 2006, *M. Jacques X. et Mme Martine X.*, pourv. 05-43-914), *Dr soc.* 2006, n° 9/10, p. 826.

(50) Art. L. 122-52 du Code du travail : « En cas de litige relatif à l'application des articles L. 122-46 et L. 122-49, dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à

tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

(51) V. entre autres, M. Sanchez-Mazas, G. Koubi (dir.), *Le harcèlement. De la société solidaire à la société solitaire*, Ed. de l'Université de Bruxelles, coll. Histoire, Economie, Société, 2005.

(52) V. sur ce point, Conseil d'Etat, Sécurité juridique et complexité du droit, *EDCE* 2006, p. 223 et suiv.

(53) V. notamment, M. Lombard, *Dr. adm.*, décembre 2004, p. 33, *op. cit.*

annexes (54), soit encore au travers de certains de ses "corollaires" (55), revêtirait un intérêt substantiel.

Or, en ce domaine, le raisonnement du juge administratif demeure mesuré. Les quelques ordonnances rendues jusqu'alors en matière de droit du travail par le juge des référés ne permettent d'esquisser que quelques lignes révélatrices de cette réserve – forme de prudence ou empreinte de circonspection. Lorsqu'ils peuvent être discernés, les modes de contournement d'une détermination d'un droit ou d'une liberté comme "liberté fondamentale" convergent généralement vers un même constat : le juge esquivé ou élude une difficulté radicale plus qu'exprime un refus absolu de qualification des divers aspects de la liberté du travail.

Deux détours peuvent être alors signalés : l'un consiste à souligner l'absence de la condition d'urgence, ce qui permet au juge de se dispenser de la démarche qualificative de la liberté en cause ; l'autre revient à signifier les règles relatives aux procédures d'urgence contentieuses qui permettent d'éviter les transbordements de l'une à l'autre, – étant entendu que ces prescriptions valent pour toutes les requêtes et pour toutes les catégories de libertés fondamentales.

• Le contournement de la qualification d'une liberté

Du fait même de "l'urgence", la motivation des ordonnances s'avère souvent elliptique. Mais il demeure possible de discerner parmi l'ensemble des décisions rendues par le Conseil d'Etat des variations selon le domaine abordé. De fait, la matière du "droit du travail" est de celle qui provoque les ordonnances les plus prudentes ou modérées, voire encore des plus équivoques.

Ainsi, la qualité de "salarié protégé" ne joue que pour en retenir le respect des procédures. Dans une ordonnance du 1^{er} octobre 2004, *Mme Ribera* (56), le juge devant examiner, en appel, la demande de suspension d'une décision d'un inspecteur du travail autorisant un licenciement d'une déléguée du personnel opéré par une association d'aide aux personnes inadaptées, alors qu'il est fait référence aux dispositions de l'article L. 313-24 du Code de l'action sociale et des familles dans sa rédaction issue de l'article 48 de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale (57), le juge se contente de noter que la décision autorisant le licenciement « *ne met pas en*

cause une liberté fondamentale dont la sauvegarde relèverait de la procédure particulière de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative ».

Alors que pour relever d'autres libertés comme fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, le Conseil d'Etat ne s'arrête pas nécessairement sur l'absence de la condition d'urgence, en matière de "droit du travail", celle-ci empêcherait tout soulèvement de la liberté évoquée.

• La distinction entre les procédures d'urgence

Quelques affaires – certes, insignifiantes sur le plan du droit du contentieux administratif mais relevant de la matière du droit du travail –, permettent de rendre compte de la constance de l'œuvre pédagogique du juge administratif quant à une bonne compréhension des procédures d'urgence.

Dans une décision du 5 août 2003, *Association des fonctionnaires reclassés de France Telecom* (58), le Conseil d'Etat s'attache à rappeler quelles sont les procédures à suivre pour l'introduction des recours contentieux d'urgence. Les distinctions entre les procédures relevant des articles L. 521-1 et L. 521-2 du Code de justice administrative s'avèrent alors essentielles : « *il résulte des dispositions du titre II du livre V du Code de justice administrative, et notamment des articles L. 521-1, L. 521-2, L. 523-1 et R. 522-5, que les demandes formées devant le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-1 sont présentées, instruites et jugées selon des règles distinctes de celles applicables aux demandes présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 ; ...elles ne peuvent être présentées simultanément dans une même requête* ». En l'occurrence, le Conseil d'Etat était saisi d'une demande de suspension d'un accord social interne passé entre la direction et les syndicats représentants du personnels, demande à laquelle se surajoutait une référence relative à une liberté fondamentale identifiée comme "la liberté du travail", sans spécification.

Outre le fait que le Conseil d'Etat regarde les dispositions relatives au droit du travail avec une certaine défiance, l'absence de distinction entre les deux procédures permet au juge administratif de pencher vers une requalification de la requête en référé-suspension, excluant donc tout examen des questions concernant les libertés fondamentales des travailleurs. Parfois, il le fait pour aussitôt rappeler que le référé ne peut concerner

(54) En suivant le modèle d'un droit à la santé non reconnu comme une liberté fondamentale mais dont deux aspects ont pu être relevés : CE, ord., 8 septembre 2005, *Garde des sceaux c/ M. Bunel*, req. 284803, précit.

(55) Cette technique étant surtout relevée, en droit des étrangers, à propos du droit d'asile, liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative ; cette liberté est généralement assortie de "corollaires" qui en réduisent l'étendue et la portée, tels le droit de solliciter l'asile et le droit de résider sur le territoire en attendant qu'il soit statué sur la demande.

(56) CE, ord., 1^{er} octobre 2004, *Mme Ribera*, req. 272659.

(57) Cet article dispose que : « Dans les établissements et services (...), le fait qu'un salarié ou un agent a témoigné de mauvais traitements ou privations infligées à une personne accueillie ou relaté de tels agissements ne peut être pris en considération pour décider de mesures défavorables le concernant (...) ou pour décider la résiliation du contrat de travail ou une sanction disciplinaire. En cas de licenciement, le juge peut prononcer la réintégration du salarié concerné si celui-ci le demande... ».

(58) CE, ord., 5 août 2003, *Association des fonctionnaires reclassés de France Telecom (AFRET Bretagne)*, req. 259184.

qu'une décision administrative, même de rejet. Et, en l'espèce, « *ni les termes ni le contenu [de l'accord contesté] ne peuvent le faire regarder comme une décision administrative au sens des dispositions de l'article L. 521-1* » du Code de justice administrative (59).

La force de l'argument est imparable. La logique de l'argumentation l'est moins puisque son aboutissement revient à signifier ce qui aurait pu être affirmé d'emblée : l'irrecevabilité de la requête sur le fondement de la nature de l'acte contesté. Pourtant, lors d'autres affaires pouvant mener à une issue identique, le juge a choisi d'exposer une liberté comme fondamentale avant de conclure à l'irrecevabilité ou au rejet de la requête. Néanmoins, en certaines circonstances, une autre demande, clairement sur le fondement de l'article L 521-2 du Code de justice administrative, peut être encore portée devant la juridiction compétente en premier ressort.

En matière de référé et en retenant les mécanismes des procédures d'urgence (60), l'exposition des raisonnements, aussi brefs et succincts pourraient-ils être, est substantielle. Ce modèle de décision juridictionnelle laisserait à penser que la question des libertés fondamentales attachées à la liberté du travail se verrait surtout posée à propos des autorisations ou des refus d'autorisation de licenciement opposés aux employeurs comme aux travailleurs par le ministère du Travail.

C'est suivant une argumentation quelque peu similaire que le juge des référés du Conseil d'Etat a, en appel, eu à connaître d'une affaire relative au paiement des heures d'enseignement musical à un requérant qui, s'estimant licencié à raison de son handicap (61), faisait valoir que le droit de tout travailleur à la rémunération de son travail et celui d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence constituaient des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (62). L'employeur était constitué par une personne morale de droit public, une collectivité territoriale. Mais plutôt que s'engager sur le terrain des droits et libertés – les questions de fait ayant été réglées au préalable par la voie de la transaction –, le juge se saisit de l'affaire pour encore donner substance à la distinction entre les deux

procédures d'urgence prévues par les articles L. 521-1 et L. 521-2. Puisque « *le législateur a entendu répondre à des situations différentes (...) les conditions auxquelles est subordonnée l'application de ces dispositions ne sont pas les mêmes, non plus que les pouvoirs dont dispose le juge des référés* » (63). Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'urgence – qui n'a plus lieu d'être exposée – et il lui est possible d'estimer que le juge des référés du Tribunal administratif a commis « *une erreur de droit en se fondant de façon générale sur ce que : "la non-rémunération d'un service fait et la non délivrance par la collectivité employeur d'un document conditionnant la perception d'un revenu de remplacement sont de nature à placer le requérant dans une situation d'urgence, au sens des dispositions de l'article L. 521-2"* ». Le Conseil d'Etat n'avait alors pas à chercher dans quelle mesure les droits spécifiés par le requérant pouvaient se voir attribuer ou non la qualité de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative : « *il y a lieu pour le juge des référés du Conseil d'Etat – sans qu'il soit besoin de rechercher si une atteinte grave et manifestement illégale avait été portée à une liberté fondamentale – d'annuler l'ordonnance attaquée* ».

Or, si la formule est classique, pour d'autres catégories de droits et libertés, le juge administratif s'évertue parfois à qualifier la liberté en cause même si aucune atteinte ne doit être signalée.

En définitive, alors que la définition de la "liberté du travail" aurait pu trouver une place substantielle dans les approches du droit administratif français, il s'avère que, dans le champ des procédures d'urgence, lorsqu'elle est appréciée à l'aune des recours en référé-liberté devant le juge administratif, elle ne connaît pas de développements conséquents ; de ce fait, alors même qu'elle reste encore mal appréciée par le juge judiciaire, elle paraît devoir à chaque fois s'effacer devant d'autres priorités, d'autres intérêts (64)... Ceci, en dépit des discours de plus en plus affirmés sur la nécessaire revalorisation des droits des travailleurs dans un monde globalisé qui est en passe d'atteindre les limites du "socialement supportable"...

Geneviève Koubi

par une personne morale de droit public des règles figurant dans la directive [77/187/CE du Conseil du 14 février 1977 modifiée] et à l'article L.122-12 du Code du travail relatives au maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise ne sauraient être regardées comme touchant par elles-mêmes à l'exercice d'une liberté fondamentale » (à propos de la liquidation judiciaire d'une école de musique et de danse gérée par une association et suscitant le licenciement pour motif économique de personnels sous contrats à durée indéterminée). Les formulations adoptées dans les nouvelles dispositions du Code du travail pourraient introduire des nuances dans l'interprétation qui en serait donnée (: l'article L. 122-12 use de la conjonction « si » comme condition : *s'il survient*, tandis que l'article L. 1224-1 nouv. utilise la conjonction « lorsque » comme contexte : *Lorsque survient* ... « une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise »).

(59) *id.*

(60) V. par ex., P. Cassia, *Les référés administratifs d'urgence*, LGD, coll. Systèmes, 2003.

(61) C'est-à-dire, selon lui, en méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité des citoyens et de non-discrimination.

(62) CE, ord., 4 février 2004, *Commune d'Yvrac*, req. 263930, *Rec. CE*, Tables, p. 827.

(63) *id.* ; exposant « que, notamment la mise en oeuvre des pouvoirs particuliers prévus à l'article L. 521-2 est subordonnée à l'existence d'une situation d'urgence impliquant – sous réserve que les autres conditions fixées à l'article L. 521-2 soient remplies – qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale doive être prise dans les 48 heures ; que la circonstance que, dans une espèce donnée, la condition d'urgence puisse être regardée comme remplie pour la mise en oeuvre des pouvoirs que le juge des référés tient des articles L. 521-1 ou L. 521-3 du Code de justice administrative n'implique pas qu'il puisse être recouru à la procédure de l'article L. 521-2 ».

(64) Par ex., CE, ord., 13 mars 2002, *Mme Mori et autres*, *Rec. CE* p. 101 : « Les conditions dans lesquelles il est fait application