Droits fondamentaux

La diffusion des *droits fondamentaux* dans les discours juridiques a suscité la curiosité. Convoqués par une doctrine soucieuse de faire triompher les droits d'expression collective sur les lieux de travail, les droits fondamentaux ont eu de profondes résonances en droit du travail. Néanmoins, l'appel croissant aux droits et aux principes fondamentaux dans la période contemporaine ne serait-il pas le signe d'une recomposition du droit du travail autour d'un modèle procédural ?

Diffusion

Étrangère à la tradition langagière du droit français, l'expression « droits fondamentaux » est apparue, dans les années 1980, sous la plume de quelques auteurs, à la faveur des études de droit comparé et de l'essor du droit européen, avant de faire l'objet d'une consécration discrète par le Conseil constitutionnel (n°89-269 DC du 22 janvier 1990). La relative indétermination de la notion n'a pas empêché sa diffusion rapide dans la langue des juristes et l'expression a progressivement supplanté les notions classiques de *libertés publiques* et de *droits de l'homme*. Sans doute subsiste-t-il un décalage entre les occurrences d'invocation des droits fondamentaux dans le langage du droit et dans celui des juristes, ces derniers étant enclins à désigner sous ce terme une orientation des systèmes juridiques contemporains « impliquant l'adhésion à un ensemble de principes et de valeurs qui bénéficieront d'une consécration juridique explicite et seront assortis de mécanismes de garanties appropriés » (CHEVALLIER, 1992).

Des droits fondamentaux, plusieurs conceptions, indissociablement liées – « structurelle », « hiérarchique », « substantielle », « commune » – ont été suggérées (CHAMPEIL-DESPLATS, 2005 ; PICARD, 1998). Pour autant, aucune ne peut, à elle seule, prétendre rendre compte de la diversité des occurrences d'invocation des droits fondamentaux dans les discours juridiques. Il n'y a d'ailleurs nulle contradiction entre la conception hiérarchique rapportant la fondamentalité d'un droit à sa consécration par une norme de rang supérieur et la conception substantielle adossée à l'importance de la prérogative consacrée par une telle norme. En effet, l'assignation d'un rang dans la hiérarchie des normes n'est jamais autre chose que le résultat d'un choix de politique juridique. En outre, la *fondamentalisation* du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre (n°98-401 DC du 10 juin 1988) invite à se garder d'identifier trop systématiquement les droits fondamentaux aux « droits inaliénables et sacrés » de la personne humaine. Notons au passage que les droits fondamentaux ne s'épuisent ni dans les normes constitutionnelles, ni a fortiori dans les *libertés fondamentales* au sens où l'entend la chambre sociale de la Cour de cassation. Les foyers d'où proviennent les droits fondamentaux sont multiples. La diffusion des droits fondamentaux procède également des instruments européens et internationaux et de leur invocation grandissante devant les juridictions étatiques. De cet éclectisme découle une grande diversité de la teneur et des régimes de « justiciabilité » des droits fondamentaux qui induit de redoutables difficultés de conciliation. C'est pourquoi, s'il convient de prendre au sérieux l'essor de l'adjectif de « fondamental » dans les discours juridiques, force est d'admettre l'impasse à laquelle conduit la quête d'une définition ou d'une description *vraie* des droits fondamentaux.

Résonances

En droit du travail, la sémantique des droits fondamentaux est irréductible à la catégorie des libertés fondamentales forgée par la chambre sociale. Elle renvoie un mouvement complexe de démocratisation des relations de travail qui puise ses racines dans un renforcement diffus de l'État de droit et dans certains facteurs d'évolution propres au droit du travail. Sans doute, « l'invocation croissante des droits fondamentaux » en droit du travail relève-t-elle en partie d'une « interprétation » des changements ayant affecté cette branche du droit (PORTA, 2019), c'est-à-dire d'une orientation générale que les juristes universitaires croient pouvoir déceler du rapprochement de certaines propositions normatives, décisions de justice et rapports (LYON-CAEN, LOKIEC, 2005). Droits fondamentaux, libertés fondamentales, droits de la personne, droits sociaux fondamentaux, autant de termes forgés par la doctrine, le législateur et les juges pour traduire « une considération accrue de la personne et de ses prérogatives subjectives dans les relations de travail » (LYON-CAEN, 2001). Aussi, est-il-plusieurs manières de concevoir l'affleurement des droits fondamentaux en droit du travail. En ne s'attachant qu'aux références explicites aux droits et libertés dans les textes juridiques et les décisions de justice, ne court-on pas le risque de l'écueil d'un nominalisme excessif, et par là-même, celui d'ignorer des mouvements significatifs d'une progression des droits fondamentaux en droit du travail alors que « l'idée de droits fondamentaux » peut avoir précédé la formulation de la catégorie ?

C'est « *la grande dispute des années 50-70 relative à la protection des représentants du personnel dans les entreprises* » (VERDIER, 1988) et, à travers elle, la *lutte juridique* pour le respect du droit et des libertés syndicales sur les lieux de travail qui ouvre le droit du travail sur l'horizon des droits fondamentaux. En effet, la Cour de cassation tarde à réagir aux pratiques patronales d'éviction des délégués et à faire produire tous leurs effets aux règles de protection de ces salariés contre le licenciement. Outre l'invocation de l'article 1142 du Code civil pour refuser d'imposer la réintégration du délégué licencié en l'absence d'autorisation de l'inspecteur du travail, elle admet que l'employeur puisse contourner la procédure administrative de licenciement par le biais de l'action en résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil. Cette lecture contractuelle du rapport du délégué avec son employeur sera ardemment combattue par une doctrine progressiste, convaincue du fait que, de la présence des délégués sur les lieux de travail, tout dépend (H. SINAY 1974, J-M. VERDIER 1971). Dans cette bataille du statut, dont les arrêts *Perrier* de 1974 et *SAFER d'Auvergne* de 1976 portent l'empreinte, la référence aux libertés publiques fondamentales sera largement mobilisée pour affranchir le droit du travail de la tyrannie du droit civil. Si les libertés publiques ont d'abord été convoquées pour armer les droits d'action collective, le vent des libertés va souffler sur d'autres pans du droit du travail. Ainsi, bien qu'en retrait par rapport à la proposition du Commissaire du gouvernement de soumettre la légalité des dispositions du règlement intérieur au respect des « droits fondamentaux de la personne », le Conseil d'État affirme que « le règlement intérieur ne peut apporter aux droits de la personne que les restrictions qui sont nécessaires pour atteindre le but recherché » (CE, 1er février 1980, concl. A. Bacquet, *Dr. soc*. 1980, p. 310) Les réformes de l'année 1982 opérées par les lois Auroux, prolongent cette évolution favorable à « l'élargissement des droits des salariés ». Reconnaissance d'un droit de retrait et d'un droit d'expression sur les conditions de travail, soumission du pouvoir disciplinaire à des garanties de fond et

procédurales, renforcement du rôle et des moyens d'action des représentants du personnel, instauration d'une obligation de négocier destinée à « stimuler la négociation collective », telles sont les lignes de force de cette séquence historique du droit du travail. Si, indéniablement, avec les lois Auroux, « le Droit étatique pénètre un peu plus dans l'enceinte de l'entreprise » (LYON-CAEN G., 1983), il s'agit également de susciter, selon les termes du rapport Auroux, « l'adhésion sociale au desserrement des contraintes économiques » dans un monde déjà en proie aux restructurations et aux transformations des formes juridiques d'organisation de l'activité économique (PESKINE, 2008). En d'autres termes, « la démocratisation par le droit et pour cause de crise » n'est pas dépourvue d'ambivalence (JEAMMAUD, LYON-CAEN, 1986). Emblématique de cette ambivalence, la loi du 16 novembre 1982 impose à l'employeur l'obligation d'engager chaque année une négociation sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail et inaugure, avec l'accord dérogatoire, un nouveau modèle d'articulation de la loi et de la norme conventionnelle (SOURIAC, BORENFREUND, 2001). Chemin faisant, le fragile équilibre entre démocratisation et flexibilisation des rapports de travail est rapidement rompu par les glissements successifs dans l'ordonnancement des normes du travail, résultant de la dénonciation récurrente des contraintes que le droit du travail ferait peser sur la compétitivité des entreprises, et dont le temps de travail a été longtemps le domaine privilégié (SOURIAC, 2009). Aussi, l'invocation de droits fondamentaux vise, aujourd'hui, autant à circonscrire l'exercice du pouvoir qu'à faire obstacle à des dispositifs juridiques procurant aux entreprises davantage de souplesse dans la gestion de la maison d'œuvre. C'est, par exemple, un effet d'obstacle aux dispositifs visant à faciliter la rupture du contrat de travail et à restreindre l'accès au juge et son office que poursuit l'invocation du droit à l'emploi ou du principe d'égalité par les auteurs des multiples saisines du Conseil Constitutionnel relatives aux lois du travail votées dans la dernière décennie (En dernier lieu, Décision n°2018-761 DC du 21 mars 2018). C'est encore un effet d'obstacle à l'application du barème d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse que vise l'invocation l'article 24 de la Charte sociale européenne et de la convention n°158 de l'OIT devant juridictions judiciaires. Ce n'est pas dire que la référence aux droits fondamentaux ait cessé de se déployer en droit du travail. Ce dernier, dans ses développements contemporains, fait montre d'une attention particulière à la personne dont l'intégrité serait menacée par des modalités inédites d'évaluation et de contrôle du travail. Insufflée par le rapport Gérard Lyon-Caen sur *les libertés publiques et l'emploi*, cette prééminence est affirmée à l'article L. 1121-1 du code du travail. Elle résulte également de l'enrichissement des dispositions relatives à l'interdiction des discriminations et des harcèlements (WOLMARK, 2014). Le législateur n'est pas seul à œuvrer à la reconnaissance des droits et libertés. La Chambre sociale regroupe sous la qualification de « libertés fondamentales » un ensemble de prérogatives subjectives auxquelles elle accorde une protection renforcée. Le choix de l'expression « liberté fondamentale » dans l'arrêt « fondateur » du 13 mars 2001 (n° 99-45.735) de cette catégorie prétorienne n'était sans doute pas anodin, à plus forte raison dans un contentieux relatif à l'étendue des pouvoirs du juge des référés. En effet, l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative permet d'obtenir du juge administratif des référés « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde *d'une liberté fondamentale* ». Le licenciement attentatoire à une liberté fondamentale est sanctionné par la nullité et ouvre droit, en cas de réintégration, à une indemnisation dont l'employeur ne saurait déduire les revenus de remplacement perçus par le salarié pendant la période d'éviction de l'entreprise. Dans le prolongement de cette

jurisprudence, l'article L. 1235-3-1 du code du travail issu de la loi du 29 mars 2018, prévoit que le barème d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse n'est pas applicable au licenciement entaché d'une nullité afférente à la violation d'une « liberté fondamentale ». La chambre sociale s'est livrée récemment (n°21-14.490) à une énumération des prérogatives auxquelles elle reconnaît la qualification de « liberté fondamentale » (liberté syndicale, droit de grève, droit à la protection de la santé, principe d'égalité des droits entre l'homme et la femme, droit à un recours juridictionnel et liberté d'expression). À la notable exception de la liberté d'expression qu'elle rattache à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, elle réserve cette qualification aux prérogatives garanties par une norme constitutionnelle. Ce faisant, elle s'écarte de la conception ouverte sur les instruments internationaux et européens que le Conseil d'État retient des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-1 du CJA. D'aucuns reprochent au tropisme constitutionnel de la jurisprudence judiciaire d'introduire une hiérarchie entre les droits fondamentaux selon la norme dont ils procèdent (MOULY, 2020). À bien y regarder cependant, c'est peut-être moins une hiérarchie des droits fondamentaux que fait apparaître l'appel aux normes constitutionnelles qu'une hiérarchie des causes de nullité du licenciement (GREVY, 2010). Il n'en demeure pas moins que le rattachement des libertés fondamentales aux prérogatives consacrées par les seules normes constitutionnelles traduit une « politique sélective de la nullité » (PELISSIER, LYON-CAEN, JEAMMAUD, DOCKES, 2008). Si, de surcroît, il n'y a de libertés fondamentales que constitutionnelles, toutes les normes constitutionnelles dont le signifiant parle de *droit* ne sont pas susceptibles d'accéder au statut de liberté fondamentale. Ainsi en va-t-il du droit à l'emploi qui « ne constitue pas une liberté fondamentale » (Soc. 21 septembre 2017, 16-20.270). Cette dernière proposition soulève la redoutable question de la justiciabilité des droits dits sociaux dont les termes sont passablement obscurcis par la conception des « droits-créances » profondément enracinée dans la culture juridique française. En effet, les droits sociaux sont pensés le plus souvent comme des « promesses à réaliser » (BORGETTO, 2003), qui appellent une action de mise en œuvre ou de concrétisation pour leur permettre de se métamorphoser en « vrais droits », invocables en tant que tels. Or, la justiciabilité des droits sociaux recouvre deux difficultés qui ne sont pas toujours identifiées comme telles. Une chose est, en effet, de reconnaître une « valeur juridique » ou une signification normative aux énoncés du préambule de la Constitution et des instruments internationaux et européens qui consacrent des droits sociaux, une autre d'en déterminer la teneur et la densité normative (JEAMMAUD, LYON-CAEN, 2012). Pour le dire autrement, « la texture ouverte » d'un énoncé fait obstacle non pas tant à la reconnaissance de sa signification normative qu'à son applicabilité dans les rapports de droit privé. Cette distinction entre signification et teneur normative puise ses racines dans une conception renouvelée de la normativité juridique (JEAMMAUD, 1990). Elle permet de rendre compte de la diversité des manières possibles pour une proposition normative de « produire des effets tangibles dans le champ du droit » qui ne s'identifient pas nécessairement à la reconnaissance d'une prérogative subjective (JEAMMAUD, LE FRIANT 1999). Mais en affirmant que « les États ont entendu reconnaître des principes et des objectifs (…) dont la mise en œuvre nécessite qu'ils prennent des actes complémentaires d'application », la Cour de de cassation adopte une interprétation de la Charte sociale européenne crispée sur le modèle des droits-créances, privant de « tout effet direct » – à dire vrai de toute signification normative –, la proposition que renferme l'article 24 de cet instrument.

Recomposition

L'attention portée à la personne au travail dans la période contemporaine n'est pas sans évoquer une certaine forme d'individualisation du droit du travail (ADAM, 2005). Cette dernière renverrait, entre autres, au repli de « l'idée de collectif » (PORTA, 2018) qui transparaît dans les facultés de singularisation de la situation du salarié en matière de rémunération ou de temps de travail. Pourtant, le collectif resurgit avec force pour légitimer les accords sur l'emploi (KATZ, 2007) ou justifier le repli du principe d'égalité de traitement. En outre, la qualification de harcèlement moral et l'abondant contentieux qu'elle suscite, de même que la profusion des motifs discriminatoires, traduisent l'éminente préoccupation de préserver la personne d'un exercice dévoyé du pouvoir. Mais ce déplacement des protections vers la personne n'a-t-il pas pour contrepartie la mise à l'écart d'une appréhension collective de la protection (MASSE-DESSEN, 2006) ?. À un autre niveau, ce déplacement était également perceptible dans la proposition du Rapport Supiot de création de droits de tirages sociaux » (SUPIOT, 1999). Plus profondément, l'affirmation des droits fondamentaux ne préfigure-t-elle pas un changement de modèle du droit du travail ? En effet, la crainte d'une « instrumentalisation des droits fondamentaux qui servirait de justification à une déréglementation généralisée du droit du travail » ou d'une reformulation appauvrie d'un ordre public « dégradé » se fait jour dans quelques discours doctrinaux (MEYRAT 2002, PERULLI 2005, SACHS, 2017). La corrélation de l'essor des droits fondamentaux dans les discours juridiques et des politiques de flexibilisation n'est pas véritablement explicitée et relève en partie de l'imprécation. Elle n'en retient pas moins l'attention si l'on en juge par les propositions — nombreuses—assignant aux droits et aux principes fondamentaux une fonction « matricielle » dans le réordonnancement juridiques des relations du travail. On peut, en effet, observer une tendance à faire précéder d'un corpus variable de droits et de principes « en surplomb » de nouvelles orientations normatives. Au-delà de leur éclectisme (dans la teneur, les niveaux d'élaboration, le statut), diverses propositions ont entendu répondre à la dénonciation des rigidités et des complexités du droit du travail par l'affirmation de droits fondamentaux. La Déclaration de l'OIT sur les droits et les principes fondamentaux au travail de 1998 s'est inscrite dans le contexte du tournant néo-libéral de la fin du XXème siècle et de « la crise » de l'action normative de l'OIT qui s'en est suivie. De l'aveu même d'un conseiller du BIT, est en cause « l'aptitude de la technique normative –celle d'un maillage normatif à travers une multitude d'instruments spécifiques – à concilier les progrès vers les objectifs énoncés par la Constitution de l'OIT et les contraintes d'une économie globalisée » (MAUPAIN, 2015). C'est pourquoi, cette action doit être désormais « ciblée sur les règles du jeu essentielles plutôt que sur des niveaux préétablis et relayée par les modes de persuasion à la disposition de l'OTT ». De cet instrument, l'on peut rapprocher le Socle européen des droits sociaux de 2017 qui se présente comme « un ensemble de principes et de droits essentiels pour doter l'Europe du 21e siècle de marchés du travail et de systèmes de protection sociale qui soient équitables et qui fonctionnent bien ». Le rapport Badinter de 2016 en appelait également aux « principes essentiels du droit du travail » pour répondre à la complexité engendrée par « la révolution numérique et l'irrésistible mondialisation des échanges ». Ces travaux poursuivent des visées différentes mais partagent la croyance en « l'obsolescence des rassurantes catégories grâce auxquelles le droit social a construit sa description du monde » (DE MUNK, 1995). De celle-ci, découlerait la nécessité de repenser les finalités du droit

(étatique) du travail à la lumière d'un modèle procédural, centré sur l'organisation de processus démocratiques de prise de décision et la garantie des droits fondamentaux de la personne, réservant l'élaboration de droits « quantifiables » à la négociation collective.

« Terre d'élection pour les droits de l'homme » (VERDIER, 1992), le droit du travail l'est assurément. Pourtant le sens la référence dans les discours juridiques est pluriel. Si les droits fondamentaux ont été et demeurent un « lieu » de résistance et d'émancipation, les secousses provoquées par les réformes d'inspiration néo-libérale ont fait apparaître leur fonction centrale dans le redéploiement de l'ordonnancement des relations du travail.

Bibliographie

ADAM P. *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, LGDJ, 2005

BORGETTO M. « Droits sociaux », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003, p. 554

CHAMPEIL-DESPLATS V. « Les droits et libertés fondamentaux en France : genèse d'une qualification », in A. Lyon-Caen et P. Lokiec, *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz 2005, p. 11

CHEVALLIER J. *L'État de droit*, Montchrestien, 1992

DE MUNK J. « Comment réguler le temps de travail ? », *Les carnets du centre de philosophie du droit*, n°18, UCL, 1995

GREVY M. « La sanction du licenciement attentatoire à la liberté syndicale », *RDT* 2010, p. 592

JEAMMAUD A. « La règle de droit comme modèle », *D*. 1990, chron. p. 125

JEAMMAUD A.,LYON-CAEN A, *Droit du travail, démocratie et crise*, Actes Sud, 1986

JEAMMAUD A., LYON-CAEN A. « Suprématie de la Constitution et droit social », in M. Troper et D. Chagnollaud*, Traité international de droit constitutionnel*, Tome 3, Dalloz, 2012, p. 665

KATZ T., *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, 2007

LYON-CAEN A., VACARIE I., « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de J-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 421

LYON-CAEN G. « Du nouveau sur le règlement intérieur et la discipline dans l'entreprise », *D*. 1983, chron. p. 8

LYON-CAEN G. *Les libertés publiques et l'emploi,* La documentation française, 1992

Masse-Dessen H. « Le danger d'une sollicitation inconsidérée », *RDT* 2006, p. 8

MAUPAIN A., *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière,* BIT, 2012

MEYRAT I. « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Le Droit ouvrier* 2002, p. 343

PELISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A., DOCKES E. *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2008

PERULLI A. « Les droits fondamentaux et le droit du travail. Quelques remarques », in A. Lyon-Caen et P. Lokiec, *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz 2005, p. 207

PESKINE E. *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, LGDJ, 2008

PICARD E. « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6

PORTA J. « Le droit du travail en changement. Essai d'interprétations », *Travail et emploi*, n°158, 2019, p. 95

SACHS T. « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *RDT* 2017, p. 585

SOURIAC M.-A., BORENFREUND G. « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p. 72

SOURIAC M.-A. « Les réformes de la négociation collective », *RDT* 2009, p. 14

SINAY H., « Un tournant du droit du travail : les arrêts Perrier », *D*. 1974, chron. p. 48

VERDIER J.-M., « Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques », *JCP* 1971, p. 42

VERDIER J.-M., « Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », *D*. 1988, chron, p. 63

VERDIER J.-M., « Le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme », *Écrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 427

WOLMARK C., « La discrimination voilée », *Le Droit ouvrier* 2014, p. 835.

Notices connexes

Convention collective de travail, Justification, Liberté d'entreprendre, Procéduralisation, Subordination, Supplétivité

Isabelle Meyrat

Décembre 2022