

# RÉFLEXIONS SUR LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE PROPORTIONNALITÉ EN DROIT DU TRAVAIL

Alexis BUGADA

Professeur, Aix-Marseille Univ, CDS, Aix-en-Provence, France

## INTRODUCTION

Le contrôle de proportionnalité est, en droit du travail, une question classique et récurrente<sup>1</sup>. Comme la cohérence de ce contrôle judiciaire se discute<sup>2</sup>, il serait plus juste de souligner que le juge du travail procède régulièrement à *des* contrôles de proportionnalité<sup>3</sup>. Ces contrôles diffèrent selon la nature du contentieux. Ainsi, s'agissant du contentieux du licenciement individuel et personnel, d'aucuns considèrent que l'appréciation de la cause réelle et sérieuse (voire de la faute grave) met depuis longtemps le juge du contrat de travail en situation d'exercer une « pesée » entre la mesure patronale et les griefs opposés au salarié, pesée qui confinerait au contrôle de proportionnalité. Cette opinion se discute. D'abord, par ce qu'en ce domaine, la loi ne fait que référence à la cause réelle et sérieuse et non à la proportionnalité. Ensuite, car toute pesée des éléments de fait en présence n'implique pas, juridiquement, un contrôle de proportionnalité au sens strict<sup>4</sup>. D'une manière générale, un tel contrôle nécessite un « rapport de confrontation » et un « rapport de mesure »<sup>5</sup>. Mais les évolutions modernes du contrôle de proportionnalité invitent à davantage le circonscrire pour insister sur ce qui fait débat en matière judiciaire. Qu'en est-il ? Il s'agit de contrôler la nécessité et l'adéquation d'une mesure (norme, décision et modalités d'exécution) lorsque sont mis en concurrence des libertés ou le droit des personnes. Le propos se limitera ici à cet aspect. La difficulté, pour le juge national, c'est que certains contrôles de proportionnalité sont soit nommés (*i.e.* prévus par le code du travail ou une loi non codifiée<sup>6</sup>) soit innommés (*i.e.* non prévus par un texte), à l'instar de la pratique de la conciliation de libertés prévues par la Convention européenne des droits de l'Homme et de sauvegarde des libertés fondamentales. Mais dans les deux cas, la difficulté est intensifiée par le fait qu'aucune méthode n'est précisée en droit positif

<sup>1</sup> I. Cornesse, *La proportionnalité en Droit du travail*, Litec, 2001 ; B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail : de l'exigence au principe*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèse, 2009.

<sup>2</sup> Ph. Barral, *Existe-t-il un véritable contrôle de proportionnalité en droit privé ? Étude comparative franco-allemande*, th. Strasbourg, 2013.

<sup>3</sup> Il y a en effet plusieurs types de contrôle de proportionnalité : v. Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation 2017, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

<sup>4</sup> Rapportée au droit du licenciement, une analyse plus fine mériterait de distinguer le contrôle opéré sur la cause (par la Cour de cassation) et sur son caractère sérieux (relevant plutôt de la pesée des faits une fois ceux-ci établis).

<sup>5</sup> I. Cornesse, *préc.* p. 178 et s.

<sup>6</sup> Ou partiellement codifiée : ex. L. n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JO 28 mai.

interne<sup>7</sup>, ce qui laisse au juge social une marge d'adaptation importante. Ce constat vaut pour la Cour de cassation comme pour les juges du fond. On peut soutenir que la méthodologie de la proportionnalité est construite à partir de l'observation de la pratique prétorienne. Et la liberté créatrice est plus ou moins grande selon que le juge s'en affranchit, ce qu'il peut faire lorsqu'il ne s'estime pas lié par un précédent (ce qui est propre au système judiciaire français). Cette marge créatrice prend rapidement une dimension politique au regard des questions sociétales sous-jacentes (libertés, discrimination, droit des personnes, questions éthiques, etc.) nécessairement évolutives<sup>8</sup>. C'est alors que le développement judiciaire d'un tel contrôle de proportionnalité en droit du travail invite à évoquer successivement une série de problématiques et de questionnements au fil d'une analyse déductive. Il en résultera *in fine* qu'il reste un long chemin à parcourir pour mieux en circonscrire les méthodes et les exigences en droit du travail. Mais dresser un décor critique, c'est déjà y contribuer.

## I. Des approches multiples

La texture de la méthode induite par le contrôle est nécessairement liée à la nature du contentieux. Si celui-ci est subjectif, il porte essentiellement sur l'appréciation des faits et leur mise en perspective avec la mesure patronale ; c'est le cas en matière de contentieux d'exécution et de rupture du contrat du travail. Si celui-ci est objectif, c'est une norme qui fait l'objet d'un contrôle (loi, texte réglementaire, convention collective ou règlement intérieur de l'entreprise), le cas échéant sous couvert d'une norme supérieure (constitution ou convention internationale). Dans ce cas, l'analyse des motifs qui justifient l'adoption de la norme, ainsi que ses effets constatés ou putatifs sont décisifs. Certains contentieux sont mixtes lorsque la résolution du litige individuel nécessite aussi de porter une appréciation sur une norme collective (ex. le règlement intérieur en droit disciplinaire). Dans la perspective du contrôle de proportionnalité, ces contentieux renouvellent l'exercice de la mise en balance<sup>9</sup>. Ils peuvent entrer en résonance avec les acquis jurisprudentiel du droit administratif (Conseil d'État)<sup>10</sup>, du droit constitutionnel (Conseil constitutionnel), du droit de l'Union européenne (CJUE) voire du Conseil de l'Europe (CEDH), qui sont des droits très pénétrés de la pratique du contrôle de proportionnalité<sup>11</sup>. Cette diversité des sources induit une diversité des approches<sup>12</sup>. Or, de façon classique, un contrôle

<sup>7</sup> H. Fulchiron, *Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode*, D. 2017, p. 656.

<sup>8</sup> V. par exemple la question des tests salivaires pour détecter la consommation de drogues et pratiqués par un représentant de l'employeur pour les postes à risque du BTP : CE, 15 décembre 2016, n° 394178

<sup>9</sup> T. Marzal, « La Cour de cassation à "l'âge de la balance" : analyse critique et comparée de la proportionnalité », *RDT civ.* 2017, p. 789.

<sup>10</sup> L'arrêt Benjamin (1933) rendu en matière de contrôle de la légalité des mesures de police est emblématique. Le juge administratif vérifie que la gravité de l'atteinte portée à telle ou telle liberté est justement proportionnée à la gravité de l'atteinte à l'ordre public (ce qui induit une mesure de la nécessité).

<sup>11</sup> Nous n'insistons pas sur tous ces points dès lors qu'ils sont abordés dans la publication du présent ouvrage. – V. cependant : J.-M. Sauvé, *Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés*, Conférence Institut Portalis mars 2017, Aix-Marseille université, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)

<sup>12</sup> Th. Aubert-Monpeyssen, « La combinaison des normes par la chambre sociale de la Cour de cassation », in *Pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*, coord. Th. Aubert-Monpeyssen, PU Toulouse 1 Capitole, 2010, p. 119.

rigoureux résulterait d'une analyse en trois temps, fondée d'abord sur l'*adaptation* de l'agissement critiqué, ensuite sa *nécessité*, et enfin sa *proportionnalité*. La mesure de proportionnalité devrait être traitée *in fine* faisant le lien avec les deux premiers aspects (héritage du droit allemand). Mais il est vrai que, souvent, la proportionnalité absorbe les deux premiers éléments. Il arrive que le juge judiciaire s'inspire, s'aligne ou, parfois, se détache des solutions et méthodes des autres juges. La résonance peut être harmonieuse ou dissonante selon les cas. Il est vrai que la méthode utilisée est parfois rigoureuse ou parfois approximative. Par exemple, le juge judiciaire peut connaître d'une clause d'un règlement intérieur qui n'a pas fait l'objet d'une appréciation préalable de la part de l'administration. Lorsque cette clause porte sur le contrôle de l'alcoolémie dans l'entreprise, on constate que le juge du contrat de travail accorde de l'importance à la jurisprudence administrative dégagée antérieurement dans des litiges comparables<sup>13</sup>. L'alignement des solutions et des méthodes permet d'éviter des jurisprudences discordantes. La cohérence doit au « dialogue des juges », selon l'expression consacrée<sup>14</sup>. Ce dialogue repose aussi et surtout sur l'observation et l'apprentissage des solutions dégagées par d'autres juridictions, ce qui invite à l'ouverture disciplinaire et comparative<sup>15</sup>. Naturellement, l'influence méthodologique peut aussi résulter de la doctrine construite par des autorités administratives indépendantes (AAI) dont l'activité spécifique se déploie aussi sur le terrain du droit social. On songe à la CNIL, à ses délibérations et normes simplifiées<sup>16</sup> (protection des données personnelles), ainsi qu'aux communications du Défenseurs des droits<sup>17</sup> (discriminations au travail), toujours connectées au droit européen en ces domaines et fortement guidés par la proportionnalité<sup>18</sup>.

## II. Un contrôle de la proportion ou de la disproportion ?

Il est intéressant de constater que le code du travail n'utilise pas le terme de proportionnalité, ni ceux de contrôle de proportionnalité. Dans le meilleur des cas, les textes évoquent, ici, une exigence proportionnée<sup>19</sup> et là, une restriction proportionnée au but recherché<sup>20</sup>. De façon plus circonscrite, la loi évoque le contrôle de la « disproportion » dans un cas particulier, celui du droit disciplinaire : la sanction

<sup>13</sup> Sur le contrôle de l'alcoolémie sur le lieu de travail. Voir par exemple : CE 12 nov. 2012, *RDT* 2013, 413, note N. Olszak et Cass. soc. 31 mars 2015, *Dr. soc.* 2015, note J. Mouly.

<sup>14</sup> M.-F. Mazars, « Le “dialogue des juges” et la Cour de cassation », in *Pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*, ouvrage préc., p. 139.

<sup>15</sup> Nous ne traiterons pas du contrôle de proportionnalité sous l'angle du droit comparé. On attirera l'attention sur le fait que bien des pays le pratiquent et que la référence aux droits étrangers est parfois utilisée à titre d'argument d'appui à une démonstration : A. Allouch, *L'argument comparatiste : essai sur les mutations du droit du travail*, th. Avignon, 2016.

<sup>16</sup> Aisément accessibles sur [www.cnil.fr](http://www.cnil.fr)

<sup>17</sup> Décisions, règlements amiables et avis, disponibles sur l'espace juridique du site du Défenseur des droits : [www.defenseurdesdroits.fr](http://www.defenseurdesdroits.fr)

<sup>18</sup> Sur la question : S. Sereno, *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, PUAM 2017.

<sup>19</sup> C. trav. art. L. 1131-1 (discrimination).

<sup>20</sup> C. trav., art. L. 1121-1 (libertés)

disproportionnée par rapport à la faute commise peut être annulée<sup>21</sup>. Ce type de contrôle est intéressant même s'il ne porte que sur l'adéquation de la sanction sans référence aux libertés. Pour autant, le grief reproché au salarié peut les concerner et la réaction patronale les restreindre. L'existence de ce contrôle, dont le juge doit se justifier<sup>22</sup>, relève donc d'une intensité différente. On pourrait soutenir que le contrôle de la disproportion est un contrôle de ce qui est clairement déséquilibré, ce qui n'implique pas la même balance des arguments. Ce serait un contrôle restreint, pour reprendre les termes usités en droit constitutionnel ; le juge combat l'exagération sans que ce standard puisse être utilement défini dans son contenu. Mais le contentieux des sanctions disciplinaires mis à part, un certain flottement peut apparaître en jurisprudence. Le déséquilibre peut être dans certains cas évident ou manifeste<sup>23</sup>. La Cour de cassation a récemment fait référence au mode de preuve disproportionné fourni par l'employeur<sup>24</sup>. L'arrêt est relatif à la production d'informations tirées d'un compte *facebook* limité à des personnes autorisées (l'employeur a été condamné à des dommages et intérêts pour violation de la vie privée). Mais les approximations sont plus gênantes lorsque des arrêts à grande diffusion mélangent les deux concepts. Ainsi s'agissant du droit à la preuve confronté au respect de la vie personnelle des salariés, un arrêt de la Haute juridiction admet que soit portée une atteinte *proportionnée* au but poursuivi et prononce la cassation car l'atteinte constatée par les juges d'appel n'était pas *disproportionnée*<sup>25</sup>. Belle incongruité sur un sujet particulièrement subtile. La Cour de cassation annonce un contrôle de proportionnalité pour, *in fine*, considérer que l'atteinte n'était pas disproportionnée. Le raisonnement est recevable si l'on considère que la disproportion est le contraire de ce qui est bien proportionné. Mais ce serait manquer de nuance. Cela pose des difficultés si l'on doit distinguer l'intensité du contrôle du juge (contrôle de proportionnalité / contrôle de la disproportion), ce dont la Cour de cassation s'arrange volontiers. Le constat d'une disproportion est souvent peu explicite. Or il y a bien des cas où ce déséquilibre n'a rien d'évident et nécessite une analyse plus fine. Certains grands arrêts de la Cour de Strasbourg sont exemplaires. Ils insistent sur l'office du juge national et détaillent *précisément* ce qui est attendu d'eux dans le contrôle européen de proportionnalité, spécialement s'agissant du contrôle patronal des communications électroniques. L'arrêt *Barbulescu c/*

<sup>21</sup> C. trav. art. L. 1333-2 : Le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise.

<sup>22</sup> Cass. soc. 23 avr. 1986, *Bull. civ.* V, n° 160.

<sup>23</sup> Dans ce cas, on peut soutenir que ce qui est manifestement disproportionné est susceptible de constituer un trouble manifestement illicite fondant la compétence du juge des référés.

<sup>24</sup> Cass. soc. 20 déc. 2017, n°16-19609 (non publié au Bulletin). En l'espèce la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir alloué des dommages et intérêts pour atteinte à la vie privée. L'employeur avait produit le procès-verbal de constat d'huissier qui rapportait des informations extraites du compte *facebook* de la salariée obtenues à partir du téléphone portable d'un autre salarié. Or ces informations étaient réservées aux personnes autorisées. Voilà pourquoi la cour d'appel pouvait en déduire que l'employeur ne pouvait y accéder sans porter une atteinte *disproportionnée et déloyale* à la vie privée de la salariée. Cet arrêt ne renseigne guère – hélas – sur le contrôle de la disproportion. Il procède par voie d'affirmation. On ne sait pas, par exemple, si l'ami titulaire du portable et de l'accès au compte *facebook* avait autorisé l'employeur d'y accéder.

<sup>25</sup> Cass. soc. 9 nov. 2016, n° 15-12203, v. *infra*.

*Roumanie* est de cette veine<sup>26</sup>. On doit donc admettre qu'il est différent pour le juge social de pratiquer un contrôle de la proportionnalité et un contrôle de la disproportion. L'un est ouvert, l'autre est restreint. L'analyse et la pesée permettant de dégager la solution devraient être plus fines dans le premier cas lorsque la mesure n'exprime pas un excès manifeste.

### III. Le risque de l'arbitraire

L'approximation doit être combattue car il y a, intrinsèquement, dans le contrôle de proportionnalité une part de subjectivité qui, si elle est mal maîtrisée, peut confiner à l'arbitraire. Le juge est placé au cœur de l'espace-temps des arguments des parties et des sensibilités sociétales du moment. Il lui revient alors de positionner un curseur sur l'échelle des intérêts, en présence de questions majeures (vie privée, vie personnelle et familiale, liberté syndicale, liberté d'expression, etc.) et souvent renouvelées (contrôle des messageries électroniques, géolocalisation, dépistage de produits stupéfiants, fait religieux en entreprise, etc.). On peut penser que, selon la nature du droit en balance et les circonstances de l'espèce, l'exigence de la justification de l'employeur sera plus ou moins intense. Voilà pourquoi la motivation de la décision est capitale. Cette exigence met au défi le rédacteur du jugement, de l'ordonnance ou de l'arrêt. Cet exercice sera plus accessible s'il doit être fait état d'une *proportion mathématique*<sup>27</sup> ou d'une *proportion quantitative*<sup>28</sup>, comme le suggèrent certains textes dans des situations précises. Mais en matière de conciliation de libertés en concours, l'art est délicat. L'appréciation comporte une dose de subjectivité. Cela est vrai pour les juges du fond et, en bout de course, pour la Haute juridiction. Le contrôle de proportionnalité éprouve la technique de motivation des arrêts de la Cour de cassation<sup>29</sup>, traditionnellement plus déclamatoire qu'explicative du raisonnement retenu. D'une part, c'est gênant pour l'unité du droit et, d'autre part, pour comprendre l'étendue du contrôle opéré par la Haute juridiction sur l'appréciation de la proportionnalité par les juges du fond. L'exercice est d'autant plus délicat, que la proportionnalité est assaillie de faux amis ou de concepts voisins qualifiés de standards du droit (finalité,

<sup>26</sup> Par exemple, s'agissant de la production de 45 pages issues d'une messagerie électronique instantanée dans la procédure de licenciement, la grande chambre de la Cour de Strasbourg a récemment insisté sur la méthode du contrôle de proportionnalité afin de protéger le droit au respect de la vie privée et de la correspondance (CEDH, 5 sept. 2017, n° 61-49/08, Barbulescu, Procédures 2017, comm. 240, note Bugada ; *JCP S* 2017, 1328, note G. Loiseau). Les juges nationaux doivent vérifier si le salarié est préalablement averti de la surveillance de ladite messagerie. Cette information doit aussi porter sur la nature et l'étendue de cette surveillance et du degré d'intrusion dans la vie privée et la correspondance électronique. Les juges doivent aussi déterminer les raisons spécifiques justifiant cette surveillance et vérifier qu'il n'y a pas de moyens moins intrusifs pour y procéder.

<sup>27</sup> Ex. de proportion mathématique : pour le calcul des seuils d'effectif des salariés sous CDD, temporaires, intermittents, mis à disposition ou à temps partiel (C. trav. art. L. 1111-2). Ces salariés sont pris en compte « à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédent ».

<sup>28</sup> Ex. de proportion quantitative : en matière de lutte contre l'incendie, une quantité de sable ou de terre meuble proportionnée à l'importance de l'établissement est conservée avec un moyen de projection (C. trav. art. R 4227-32).

<sup>29</sup> Ch. Jamin, Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux, 30 mars 2015, in Conclusions d'étape et travaux de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

nécessité, adéquation, raisonnable...). Le juge doit savoir s'en méfier s'il s'agit pour lui d'appliquer sans rigueur une règle de droit ou pire, habiller par fainéantise ou idéologie une solution en faisant l'économie des recherches juridiques idoines (droit positif et méthodologie). La critique de l'équité<sup>30</sup> (et de l'arbitraire) sera vite brandie ; et il n'y a rien de pire pour la crédibilité du système judiciaire. D'autant que ce contrôle de proportionnalité intervient *a posteriori*, une fois le litige né. C'est le propre de la décision de justice et de la jurisprudence. Mais ce flou permanent résulte de l'absence de loi donnant une solution *a priori*. Cette situation gêne la prévisibilité des comportements des sujets de droits et des employeurs en particulier. L'édition de guides pratiques par les ministères ou certaines autorités administrative, atteste de l'absence de réponse claire de la part du droit positif (ex. guide du fait religieux dans les entreprises privées)<sup>31</sup>. L'émancipation d'un droit fondé sur la proportionnalité peut avoir tendance à faire évoluer les pratiques vers un droit casuistique, à l'instar des droits anglo-américains. On objectera peut-être que cette incertitude est le propre de la condition humaine et possède une vertu comportementale : elle impose la pondération en cas de restriction d'une liberté<sup>32</sup>, qu'il faudra justifier en cas de litige. Les justifications et leur conservation dans le temps participent désormais du savoir-faire du décideur qui doit pouvoir, plusieurs années après, garder le souvenir et la preuve des arguments explicatifs de ses choix.

#### IV. La recherche d'un modèle

Le modèle du contrôle de proportionnalité en droit du travail repose, à titre principal, sur l'article L. 1121-1 du code du travail<sup>33</sup>. C'est un texte majeur qui est mobilisable tant pour le contentieux subjectif que le contentieux objectif. Il est venu compléter un texte jumeau concernant la validité du règlement intérieur – l'article L. 1321-3 du code du travail<sup>34</sup> – qui l'a longtemps précédé. Ce dernier est encore très appliqué par le Conseil d'État<sup>35</sup>. Sa jurisprudence guide la chambre sociale de la Cour de cassation lorsque le juge judiciaire peut s'appropriier directement le contrôle des restrictions patronales des libertés dans le contentieux disciplinaire<sup>36</sup>. L'assiette du contrôle fondée sur l'article L. 1121-1 du code du travail est cependant évasive. Elle

<sup>30</sup> Cf. l'aphorisme de Hauser sur la proportionnalité : « Formule faussement scientifique » derrière laquelle « on voit se dresser le vieux fantôme au drap troué de « l'équité » qui n'est qu'une variante de l'air du temps » : Ch. Radé, « Le Petit Hauser illustré – Éloge d'un juriste », *JCP G* 2018, 62.

<sup>31</sup> Ce guide datant de 2017 est structuré à partir d'une série de questions et de réponses illustrées par des questions concrètes : travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/guide\_employeurs\_valide.pdf – Pour un commentaire de de guide : D. Berra, « Guide pratique du fait religieux dans les entreprises publiques », in *Le fait religieux dans l'entreprise*, PUAM 2018, coll. Droit social, p. 38.

<sup>32</sup> Ce qui sous-entend que l'interdiction générale d'une liberté serait par principe illicite.

<sup>33</sup> Art L. L. 1121-1 C. trav. (anc. art. L. 120-2) : Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.

<sup>34</sup> C. trav. art. L. 1321-3, 2° (anc. art. L. 122-35) : Le règlement intérieur ne peut contenir (...) des dispositions apportant aux droits des personnes des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature à accomplir ni proportionnées au but recherché.

<sup>35</sup> Récemment : CE, 5 déc. 2016, n° 394178 (test salivaire de dépistage de stupéfiant).

<sup>36</sup> L'affaire Baby Loup est sur ce point exemplaire : comp. Cass. soc. 19 mars 2013, n° 11-28845 et Ass. plén. du 25 juin 2014, n° 13-28369.



concerne largement le droit des personnes et les libertés des salariés. Il n'est pas fait référence aux libertés fondamentales (ce qui serait plus restrictif). Toutes les libertés du salarié sont donc visées par ce contrôle de proportionnalité, ce qui n'exclut pas de penser qu'en présence d'une liberté fondamentale, la jurisprudence se fasse plus exigeante<sup>37</sup> voire intransigeante à l'égard de l'employeur (liberté d'expression, liberté d'opinion ou liberté d'agir en justice<sup>38</sup>). Elle sera plus conciliante en présence d'une liberté qui n'est pas fondamentale (ex. la liberté de se vêtir à sa guise)<sup>39</sup>. Cela étant posé, il est intéressant de constater que ces contrôles de proportionnalité ne mettent pas expressément en miroir la liberté d'entreprendre de l'employeur. Les textes précités visent des pouvoirs patronaux réduits à deux aspects fonctionnels : la détermination de la nature de la tâche à accomplir et la proportionnalité de la restriction au but recherché. La liberté d'entreprendre n'est d'ailleurs nulle part citée dans le code du travail. Ce masque permet d'occulter sa dimension pourtant constitutionnelle, ce qui produit un effet sur la méthode imposée au juge. Le législateur a « calibré » le contrôle de proportionnalité de l'article L. 1121-1 et augmenté subséquemment les pouvoirs du juge judiciaire dans l'analyse de décisions patronales et leur sanction. Le développement des nullités du licenciement (avec réintégration) en atteste<sup>40</sup>. Le juge reste insensible à l'argument constitutionnel relatif au libre choix par l'employeur de ses collaborateurs, argument qu'il eût fallu prendre en considération s'il avait fallu mettre dans la balance des libertés en concours, celle d'entreprendre<sup>41</sup>. Faut-il alors s'étonner que la Cour de cassation elle-même, viennent aussi, à l'instar du législateur, contenir le contrôle de proportionnalité des juges du fond ? C'est bien le cas en matière de clause de non-concurrence, affectant le libre exercice d'une activité professionnelle. Celle-ci impose depuis 2002<sup>42</sup>, qu'une telle clause soit *indispensable* à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise<sup>43</sup>, qu'elle soit limitée dans le temps et l'espace, qu'elle corresponde aux nécessités de l'emploi et qu'elle comporte une contrepartie pécuniaire. Le contrôle de proportionnalité est ainsi balisé. La Cour de cassation s'emploie à rétrécir la marge d'appréciation des juges du fond en faveur d'un contrôle biaisé au profit du libre exercice d'une activité professionnelle par le salarié au détriment de l'ancien employeur déjà établi. L'on pourrait qualifier ce contrôle de contrôle conditionné. L'office du juge du fond reste un enjeu bien compris du législateur mais aussi de la Haute juridiction qui définissent, l'un et l'autre, la politique judiciaire en modelant le contrôle de proportionnalité.

<sup>37</sup> On retrouve cette exigence en droit constitutionnel, lorsque le Conseil constitutionnel exige une justification mettant en œuvre un droit constitutionnel concurrent (ex. secret des correspondances, inviolabilité du domicile).

<sup>38</sup> Cass. soc. 16 mars 2016, *JCP S* 2016, 1173, note A. Bugada : « Est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale le licenciement intervenu en raison d'une action introduite par le salarié ».

<sup>39</sup> Cass. soc. 28 mai 2003, n° 02-40273, Bull. V, n° 178.

<sup>40</sup> Fondé notamment sur l'atteinte à une liberté fondamentale (liberté d'expression, droit d'agir en justice du salarié...)

<sup>41</sup> A. Bugada, « La liberté d'entreprendre au regard du droit social », in. *L'éthique de l'entrepreneur*, coll. Centre d'Éthique Économique, dir. J.-Y. Naudet, PUAM 2015, p. 196-210.

<sup>42</sup> Cass. soc. 10 juill. 2002, n° 00-45135, Bull. v, n° 239.

<sup>43</sup> Et non simplement nécessaire, adaptée et proportionnée, à l'instar de ce qu'exigerait un contrôle de proportionnalité classique.

## V. Vers un juge polymathe<sup>44</sup>

L'identification de restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché confère une texture particulière au travail du juge. Son analyse peut le conduire à sortir des sentiers strictement juridiques pour appréhender des arguments de nature gestionnaire, économique ou d'ordre technique. Cela devrait conduire à percevoir les contraintes de l'entreprise et celle imposées au salarié au regard de son poste de travail. Hors l'hypothèse de l'abus de pouvoir évident (ex. licenciement pour port des boucles d'oreille<sup>45</sup>), la mise en contexte sociologique et économique est essentielle. En conséquence, le juge saisi du litige pénètre certains éléments du pouvoir de gestion et de direction de l'employeur en prenant en compte des données économiques, fonctionnelles, techniques et sociales, extérieures au seul énoncé de l'article L. 1121-1 du code du travail, et qui peuvent nécessiter – pourquoi pas – le recours à une expertise<sup>46</sup>. Selon l'espèce, parce qu'une liberté du salarié est confrontée au pouvoir de direction de l'employeur, il va devoir apprécier le caractère raisonnable du choix opéré par celui-ci. L'exercice est délicat car il ne mobilise pas que des connaissances de droit positif mais une saine analyse des faits et une juste mise en balance des droits des protagonistes dans le contexte sociétal du moment. Voilà pourquoi le développement du contrôle de proportionnalité, de par son ouverture sur l'interdisciplinarité, questionne la formation du juge qui ne saurait se contenter d'être uniquement juridique. Il y a là un challenge majeur pour l'avenir, le droit étant situé au sein des sciences de la société. La formation initiale comme continue du juge mérite de s'ouvrir sur l'interdisciplinarité des savoirs pour lui permettre d'apprécier si la mesure est adaptée, justifiée et, *in fine*, proportionnée. On songe, notamment, à la science économique, aux politiques et à la sociologie comparées. Cela vaut pour les questions sociétales touchant aux mœurs ou encore aux usages des nouvelles technologies. Par exemple, ce n'est pas parce que la technologie de la géolocalisation permet un contrôle sans faille de techniciens itinérants que l'employeur peut l'utiliser pour contrôler sans mesure la durée du travail<sup>47</sup>, en dépit des mises en demeure de la CNIL, et compte tenu du fait que l'entreprise dispose d'autres moyens de contrôle moins intrusifs<sup>48</sup>. Pour autant, la mise en contexte peut aboutir à une solution différente. Cela dépend des contraintes liées à l'exercice de l'activité et des modalités des usages de cette technologie dans le respect des prescriptions issues de la loi de 1978<sup>49</sup> et ou des règlements européens applicables<sup>50</sup>. La marge des interprétations techniques et

<sup>44</sup> La polymathie désigne une instruction variée et étendue. Un polymathe est une personne qui a étudié des sciences différentes (Dic. Littré, éd. intégrale, T. 6, 1966)

<sup>45</sup> Cass. soc. 11 janv. 2012, Dr. soc. 2012, p. 345, note J.-P. Lhernould ; *JCP G* 2012, 281, note. M. Mercat-Burns ; *JCPS* 2012, 1164, note B. Bossu. – La Cour de cassation a d'ailleurs préféré faire référence à une discrimination, v. *infra*.

<sup>46</sup> Notamment lorsqu'est en cause la mise œuvre d'une nouvelle technologie.

<sup>47</sup> Cass. soc. 3 nov. 2011, *JCPS* 2011, 1926, note D. Corrigan-Carsin : Un système de géolocalisation ne peut être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées auprès de la CNIL, et portées à la connaissance des salariés.

<sup>48</sup> CE 15 déc. 2017, n° 403776, *préc.*

<sup>49</sup> Cass. soc. 20 déc. 2017, n° 16-12569, inédit.

<sup>50</sup> Cass. soc. 14 janv. 2014, n° 12-16218 (chauffeur longue distance).



socio-économiques demeure importante pour apprécier les risques d'une dérive vers l'hypercontrôle. L'appréciation judiciaire reste cruciale faute d'interdit de principe.

## VI. La liberté de manifester sa religion

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a parfaitement perçu l'enjeu politique du contrôle de proportionnalité. Il a été utilisé comme soupape sociétale, dans un contexte historiquement dramatique pour le pays, rendant délicate l'appréhension des phénomènes religieux dans l'entreprise. C'est ainsi que la Haute juridiction a fait basculer certains éléments du contentieux des discriminations vers le contrôle de proportionnalité dans la fameuse affaire *Baby Loup*<sup>51</sup>. Ce basculement, n'avait rien d'évident. On se souvient qu'il s'agissait d'apprécier la nullité du licenciement de la directrice adjointe d'une crèche associative. De retour d'un congé parental, la salariée avait contrevenu aux dispositions du règlement intérieur imposant une règle de neutralité dans les locaux de l'association. Or cette salariée avait, en toute connaissance de cause, et de façon répétée, refusé d'ôter son voile islamique. La chambre sociale avait admis la nullité du licenciement<sup>52</sup> ; l'Assemblée plénière le considère finalement justifié car la restriction, imposée par l'employeur, pouvait être considérée comme proportionnée (donc licite). Cet arrêt est doublement captivant sous l'angle de la méthode d'abord et de la stratégie judiciaire ensuite.

*S'agissant de la méthode* : l'Assemblée plénière refuse de brider le pouvoir d'appréciation de la cour d'appel comme l'avait fait la chambre sociale. Cette dernière avait considéré non seulement que la clause du règlement intérieur était illicite et qu'en conséquence, les faits cités à l'appui du licenciement ne pouvaient être examinés. Le motif discriminant avait contaminé tous les autres griefs relatifs à l'insubordination de la salariée. Le contrôle de l'Assemblée plénière est finalement plus respectueux de l'office des juges du fond. Elle approuve leur appréciation « concrète » des conditions de fonctionnement de l'entreprise, à savoir notamment la taille réduite de l'établissement, la relation directe des salariés avec les enfants et leurs parents. Elle considère que la restriction à *la liberté de manifester une religion* ne présentait pas de caractère général et, qu'au regard du contexte précis, cette restriction était justifiée (par rapport à la nature de la tâche à accomplir) et proportionnée (au but recherché)<sup>53</sup>. Enfin elle admet que la Cour d'appel ait pu retenir l'existence d'insubordinations répétées alors que les demandes de l'employeur étaient licites. Le contrôle opéré sur l'analyse concrète de l'ensemble du contexte retenu par la cour d'appel (ici approuvé) est remarquable. Il est à la fois précis et pédagogique. Il a très vite inspiré les conseils de prud'hommes dans leur contrôle de proportionnalité<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Cass. ass. plén. 25 juin 2014, n°13-28369, Bull. civ. ass. Plén. 1 – *JCP S* 2014, 1445, note B. Bossu ; *JCP E* 2014, 1445, I. Desbarats ; *Dr. soc.* 2014, p. 811, note J. Mouly ; J. Colonna et V. Renaux-Personnic, *Gaz. Pal.* 2014, n° 235, p. 39.

<sup>52</sup> Cass. soc. 19 mars 2013, n° 11-28845.

<sup>53</sup> Action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et en faveur de l'insertion sociale et professionnelle des femmes (selon les statuts de l'Association).

<sup>54</sup> CPH Lyon, départage, 18 sept. 2014, n° 13/00187, *Gaz. Pal.* 2015, n° 13, p. 33, note J. Colonna et V. Renaux-Personnic.

*S'agissant de la politique jurisprudentielle* : l'Assemblée plénière procède à une combinaison des articles L. 1121-1 (contrôle général de proportionnalité) et L. 1321-3, 2° (contrôle de la licéité du règlement intérieur). Elle soumet ainsi au contrôle de proportionnalité la question de la restriction à *la liberté de manifester sa religion*. Ce glissement est audacieux car le principe de non discrimination vise notamment les « convictions religieuses » et ne permet pas, sauf disposition expresse, de contrôle de proportionnalité. Par principe, la discrimination est illicite et exclusive de la proportionnalité<sup>55</sup>. Par exception, la différence de traitement est admise par les textes<sup>56</sup>, lorsqu'elle répond à une « exigence essentielle et déterminante » et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence professionnelle proportionnée. L'intensité du contrôle de proportionnalité en ce cas se révèle particulièrement intense et difficile à admettre tant pour les juges du fait que le juge du droit. En droit des discriminations, cette intensité baisse cependant pour se rapprocher d'un contrôle plus équilibré, lorsque la discrimination est *indirecte*. Encore faut-il un but légitime et des moyens nécessaires et adaptés, conformément au droit positif européen. En 2017, la CJUE a ainsi admis que les juges nationaux procèdent à un contrôle de proportionnalité en présence d'un règlement intérieur interdisant de manière générale le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail (règle de neutralité)<sup>57</sup>. Mais en l'absence d'une telle clause, le risque est réel que la discrimination soit directe et plus étanche au contrôle de proportionnalité puisque celui-ci est soumis au préalable de la recherche d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante<sup>58</sup>. C'est d'ailleurs la doctrine suivie, à la suite des arrêts européens, par la chambre sociale de la Cour de cassation<sup>59</sup>. Celle-ci tient néanmoins compte des raisonnements très factuels de la Cour de justice pour en déduire que les souhaits « d'un » client de l'entreprise ne sauraient être considérés comme satisfaisant une telle exigence (v. *infra*). La Cour d'appel de renvoi, n'a plus d'espace d'appréciation sur ce point précis, qui a fait l'objet de la décision préjudicielle de la CJUE.

## VII. Le contrôle du principe de neutralité

C'est dans un tel contexte qu'il faut situer l'apport de l'article 2 de la loi du 8 août 2016<sup>60</sup>. Le législateur a souhaité tenir compte des positions de l'Assemblée plénière d'une part, et de la CJUE, d'autre part. Le nouvel article L. 1321-2-1 permet,

<sup>55</sup> Cass. soc. 11 janv. 2012, affaire des boucles d'oreille, *préc.* La Cour de cassation se fonde en réalité sur une discrimination fondée sur le sexe plutôt que sur le terrain de la liberté individuelle pour évincer tout contrôle de proportionnalité.

<sup>56</sup> C. trav. art. L. 1131-1 ; v. art. 6-3° de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, prise en application du droit communautaire et spéc. l'art. 4 de la Dir.CE n° 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOCE n° L 303, 2 déc. 2000.

<sup>57</sup> CJUE, 14 mars 2017, aff. C.-157/15 et aff. C. 188/15, *JCP G*, 657, note S. Hennion ; *Gaz. Pal.* 2017, J. Colonna et V. Renaux-Personnic, n° 20, p. 57 ; Europe 2017-5, note L. Driguez, p. 37 ; *JCP S* 2017, 1105, note B. Bossu

<sup>58</sup> Aff. C. 188/15, *préc.*

<sup>59</sup> Cass. soc. 22 nov. 2017, n° 13-19855, FP-P+B+R+I, *JCP S* 2017, 1399, C. Coucol-Bouchard ; *JCP S* 2017, 1400, note F. Pinatel, B. Bossu ; *JCP G* 2018, 21, note S. Hennion ; *RDT* 2017, p. 797, note M. Miné.

<sup>60</sup> L. n° 2016-1088 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JO 9 août 2016.

via le règlement intérieur de l'entreprise, de poser une règle de neutralité et d'organiser une discrimination indirecte soumise au contrôle de proportionnalité. Le texte est ainsi rédigé : « Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché ». Cette formulation laisse une marge d'interprétation très importante, tant pour le juge administratif que judiciaire, y compris si la liberté de manifester des convictions religieuses est en cause<sup>61</sup>. L'essentiel demeure que la clause soit l'expression, dans l'entreprise, d'une politique de neutralité à tous égards (politique et philosophique) et non exclusivement religieuse. Le contrôle de proportionnalité fait resurgir l'impératif de *bon fonctionnement de l'entreprise*. Celui-ci est placé au même niveau que l'alternative qui opposerait la liberté de manifester ses convictions à d'autres droits fondamentaux, sans exclusive de ceux de l'employeur. C'est un peu comme si les exigences constitutionnelles de la liberté d'entreprendre avaient enfin droit de cité, sans que cette liberté ne soit expressément mentionnée. C'est qu'il y a sans doute une différence : l'analyse du bon fonctionnement de l'entreprise impose au juge une approche concrète et contextualisée de la collectivité de travail organisée dans un but de production de biens ou de services<sup>62</sup>. Le contrôle est concret et non abstrait, fondé sur une pesée non dogmatique des libertés en concours. Il lui incombe d'apprécier ce « bon fonctionnement », de façon rationnelle au regard des buts économiques et sociaux que poursuit cette entreprise, en tenant compte de toutes ses contraintes contextuelles démontrées<sup>63</sup>. L'exercice peut s'avérer délicat pour un juge qui n'est pas censé être un gestionnaire de l'entreprise. Sans doute à des fins d'anticipation, la jurisprudence récente de la chambre sociale<sup>64</sup> semble baliser ce contrôle de la façon suivante et propose une lecture constructive de la doctrine de la CJUE : 1°) elle limite la validité de la clause aux rapports avec la clientèle ; 2°) contrairement à la CJUE, elle ne fait pas référence à la liberté d'entreprendre<sup>65</sup> mais évoque la mission de l'employeur de faire respecter, au sein de la communauté de travail, l'ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié ; 3°) l'employeur doit s'engager, en cas de refus du salarié de se conformer à la clause, dans une recherche de reclassement. Ce balisage en trois temps est effectué au visa des articles L. 1121-1 (libertés), L. 1132-1 (discriminations) et L. 1321-3, 2° (règlement intérieur). Ce mélange des

<sup>61</sup> J. Colonna et V. Renaux-Personnic, « Neutralité au travail », *Les cahiers du DRH* 2016, n° 236, p. 9.

<sup>62</sup> « La liberté d'entreprendre est une liberté à valeur constitutionnelle en droit interne et une liberté fondamentale en droit de l'Union européenne. Il devrait résulter de cette liberté que l'entreprise peut choisir, pour réaliser son image de marque, d'imposer à son personnel de se conformer à cette image neutre au travail, et ce, *a fortiori*, lorsque celui-ci est en contact avec la clientèle. La question reste cependant posée de savoir si l'entreprise peut, au-delà de la promotion de son image, satisfaire aux attentes de la clientèle ». J. Colonna et V. Renaux-Personnic, *op. cit.*

<sup>63</sup> Ainsi la CEDH admet que la promotion d'une certaine image de marque de l'entreprise constitue un objectif légitime : CEDH, 15 janv. 2013, n° 48420/10, *Eweida c/ Royaume-Uni*, *RJS* 5/13 n° 420.

<sup>64</sup> Cass. soc. 22 nov. 2017, préc. – L'article L. 1321-2-1, adopté en 2016, n'avait pas vocation à s'appliquer aux faits de l'espèce. De plus, l'entreprise ne disposait pas d'une telle clause dans son règlement intérieur. Cela n'a pas empêché la Cour de cassation de préciser quelle solution elle adopterait en présence d'une telle disposition.

<sup>65</sup> V. S. Hennion, *préc.*

fondements demeure étonnant sous l'angle du contrôle de proportionnalité et laisse filtrer un message paradoxal. *A priori*, une ligne dure semble se dessiner. Sa jurisprudence future pourrait restreindre les conditions d'application du nouvel article L. 1321-2-1 du code du travail tout en introduisant, subrepticement, l'accommodement raisonnable en droit français<sup>66</sup>. Il illustrerait, à nouveau, comment la chambre sociale entend maîtriser les paramètres du contrôle de proportionnalité afin de réduire le domaine de l'appréciation des juges du fond. Mais, à l'inverse, le mélange des fondements pourrait aussi laisser penser que la Cour de cassation entend ménager le contrôle de proportionnalité selon les circonstances de l'espèce. Ceci mérite toute l'attention pour l'avenir.

### VIII. Le droit à la preuve (critiques)

La tentation du contrôle de proportionnalité suscite parfois des réserves, notamment dans la méthodologie utilisée. Tel est le cas de l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation, le 9 novembre 2016. Cet arrêt est relatif au droit à la preuve<sup>67</sup>. Il a été fort critiqué<sup>68</sup> tant au regard de la solution retenue que de la méthode utilisée. La Cour de cassation a considéré, en l'espèce, que le code du travail (art. L. 3171-2) autorise le délégué du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée du travail permettant le contrôle de l'interdiction du travail dominical. Elle en déduit que ce représentant du personnel est en droit de faire la copie, sous forme de photographies, des bulletins de paie, des contrats de travail et des candidatures des salariés au travail dominical (courriers privés). Elle considère en conséquence que ce délégué du personnel peut transmettre près de 220 photographies à un tiers (un syndicat) pour qu'il agisse en vue de faire respecter la règle du repos dominical. Les multifonctionnalités d'un *Smartphone* se révèlent ici redoutables. Il est vrai que l'employeur avait été condamné en référé à fermer son établissement le dimanche ; le syndicat agit en liquidation de l'astreinte et produit les éléments de preuve qui lui avaient été transmis par un tiers (le délégué du personnel). Les documents comportaient naturellement des données personnelles susceptibles de porter atteinte à la vie privée des salariés. Néanmoins, la Cour de cassation reproche aux juges d'appel d'avoir écarté les preuves illicites. Elle annonce que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle des salariés à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi. Pour prononcer la cassation, elle en déduit que la production des documents litigieux ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle. Ce qui est remarquable, c'est d'une part ce mélange de contrôle de la proportion et de la disproportion dans un contexte où le demandeur était un syndicat et non un salarié subissant la subordination (*quid* du déséquilibre probatoire ?). D'autre part, la chambre sociale s'affranchit de la doctrine

<sup>66</sup> Sous couvert de proportionnalité, la Haute juridiction introduit ainsi l'accommodement raisonnable en droit français puisqu'un nouveau poste va être proposé au salarié concerné : en ce sens, M. Miné, *op. cit.*

<sup>67</sup> *JCP S* 2016, 1008, note A. Bugada ; *D.* 2017, n°1, p. 37, note G. Lardeux ; *Dr. soc.* 2017, p. 89, note J. Hauser ; *RDT* 2017, p. 134, note B. Géniaut ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 17, p. 66 note V. Orif.

<sup>68</sup> Et diversement apprécié. Certains l'on présenté comme une consécration du droit à la preuve en droit du travail ou comme une pesée des intérêts au service du respect de l'interdiction dominicale.

de la première chambre civile de la Cour de cassation<sup>69</sup>. Celle-ci pose que l'atteinte soit « indispensable »<sup>70</sup> à l'exercice du droit à la preuve, et non seulement *nécessaire* comme l'énonce la chambre sociale<sup>71</sup>. Ce qui est enfin choquant, c'est l'occultation des possibilités alternatives dont pouvait disposer le syndicat pour prouver l'ouverture dominicale illicite (constat d'huissier, procès-verbal de l'inspecteur du travail, témoignages, mesures *in futurum* de l'article 145 CPC). Sous couvert du recours au contrôle de proportionnalité justifié par un droit à la preuve évasif, la Cour de cassation a transformé la captation illicite de données en une preuve recevable. Elle a sacrifié le droit à la vie privée et au respect des données personnelles dans le seul souci de l'efficacité judiciaire de la lutte contre le travail dominical en facilitant l'action d'une partie. Le contrôle de proportionnalité est ici tronqué alors qu'il devait mettre en œuvre une parfaite mise en balance des droits ou libertés en concours. La rédaction de l'arrêt est si brève que le déficit de motivation révèle une position d'autorité<sup>72</sup> plutôt qu'une mise en œuvre orthodoxe de la proportionnalité.

### IX. La restriction du droit au juge (dérives)

Certaines dérives méritent enfin d'être franchement contestées. C'est spécialement le cas lorsque la convocation du contrôle de conventionnalité apparaît artificielle et attentatoire au droit au juge et au procès équitable. Relatif aux contentieux des expertises CHSCT<sup>73</sup>, l'arrêt du 31 mai 2017 est éloquent<sup>74</sup>. La Cour de cassation procède à un contrôle de conventionnalité d'une loi dont la portée discutable résulte de sa propre construction jurisprudentielle. Un raccourci consisterait à dire qu'elle se fait juge, elle-même, de sa propre jurisprudence en convoquant plusieurs articles de la Convention EDH. Elle le fait dans un contexte où le Conseil constitutionnel avait préalablement jugé le texte, et son interprétation, inconstitutionnels<sup>75</sup>. Mais ayant laissé un délai au législateur pour modifier la loi, la Cour de cassation a estimé que sa jurisprudence avait été provisoirement constitutionnalisée jusqu'à la date de l'abrogation. Le maintien temporaire de l'ancienne législation permet, selon elle, de maintenir son interprétation pour les affaires en cours. Elle justifie cette persévérance en considérant que l'atteinte au droit de propriété et au droit au recours effectif était proportionnée car temporaire. La solution ancienne devait donc perdurer en dépit du caractère inconstitutionnel du texte disputé. En l'occurrence, il s'agissait des articles L. 4614-12 et L. 4614-13 alors applicables (expertise sollicitée par le CHSCT sur le fondement du risque grave). Sur la base de ces textes, la Cour de cassation en

<sup>69</sup> G. Lardeux, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *RTD civ.* 2017-1, p. 1.

<sup>70</sup> V. récemment : Cass. civ. 1, 5 juill. 2017, n° 11-700867.

<sup>71</sup> G. Lardeux, *op. cit.*

<sup>72</sup> En ce sens. B. Géniaut, *op. cit.*

<sup>73</sup> Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Ses attributions sont désormais reprises par le comité social et économique (CSE) : Ord. n° 2017-1386 du 22 sept. 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* 23 sept.

<sup>74</sup> Cass. soc. 31 mai 2017, Procédures 2017, comm. 198, note A. Bugada ; *Dr. soc.* 2017, p. 784, note J. Mouly qui évoque une fausse mise en balance du droit à l'exécution des décisions de justice et du droit à la santé des salariés.

<sup>75</sup> C. const. 27 nov. 2015, n° 2015-500, JO 29 nov. 2015.

déduisait que les voies de recours de l'employeur contre les décisions du CHSCT désignant un expert étaient dépourvues d'effet réel. Les frais d'expertise demeuraient à la charge de l'employeur, même lorsque ce dernier obtenait l'annulation en justice de la délibération du comité ayant décidé de recourir à l'expertise, après l'accomplissement de la mission par l'expert. Dans tous les cas, l'entreprise devait payer des sommes souvent très importantes même lorsque la demande d'expertise s'avérait infondée. Pour justifier un tel maintien provisoire, la Cour de cassation convoque l'article 2 (droit à la vie), 6 (procès équitable) et 8 (respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales. Dit autrement, sous couvert d'un contrôle de proportionnalité, elle fait prévaloir le droit à l'expertise sur le droit au procès équitable franchement méconnu de l'ancien dispositif. La Haute juridiction a donc refusé d'infléchir ses interprétations constructives alors que des réformes avaient eu lieu par la suite en 2016<sup>76</sup> et 2017<sup>77</sup>. De façon dogmatique et non contextualisée, elle a souhaité faire prévaloir *sa* politique de prévention des risques professionnels, à n'importe quel prix, quitte à priver l'employeur d'un recours effectif. La solution a généré une gêne profonde quant à la méthode. Car le contrôle de proportionnalité est ici déconnecté des faits précis de l'espèce. Quels étaient les risques graves précis ? Étaient-ils constatés par la cour d'appel ? Quelles étaient les circonstances de la désignation de l'expert ? Etc. Bref, la Haute juridiction a procédé à un contrôle de proportionnalité abstrait, par la seule pesée des normes européennes convoquées pour l'occasion, sans expliciter les implications concrètes au cas d'espèce. Une telle approche est hérétique. Elle procède d'un déni des circonstances de fait. Elle s'inspire du contrôle de constitutionnalité des lois...mais pour opérer un contrôle de conventionnalité au regard du droit européen. Or, à bien regarder la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, ses décisions sont toujours connectées aux faits. Cet arrêt est l'archétype de l'exemple à ne plus suivre. Car on peine à admettre que la Haute juridiction, par principe, piétine – même provisoirement – le droit constitutionnel à un recours effectif<sup>78</sup>.

## X. Des suggestions en conclusion

Que retenir et proposer à la suite de cette courte analyse sur ce contrôle juridictionnel ? Les suggestions porteront tour à tour sur l'office du juge de cassation et sur celui du juge du fond. S'agissant de la Cour de cassation, il conviendrait qu'elle explicite davantage ses décisions, la méthode et l'intensité<sup>79</sup> de son contrôle (abstrait, concret, ouvert, restreint ou conditionné) sur le contrôle de proportionnalité des juges du fond<sup>80</sup>. La doctrine en fait fréquemment la remarque. Plus de rigueur est recommandé dans ses attendus y compris s'agissant de l'usage des concepts voisins

<sup>76</sup> Cf. art. 31 de la loi Travail n° 2016-1088, du 8 août 2016 – N. L. Dauxerre, Les honoraires de l'expert du CHSCT après la loi du 8 août 2016, *JCP S* 2016, 1430.

<sup>77</sup> V. C. trav. art. L. 2315-96 nouveau

<sup>78</sup> On rappellera ici la teneur de l'article 16 de la Constitution : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ».

<sup>79</sup> En ce sens : P. Ducoulombier, Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose, *D.* 2017, p. 1778.

<sup>80</sup> Le « contrôle du contrôle » selon l'expression de H. Fulchiron, *préc.*



(disproportionné, nécessité, adapté, etc.). On comprend bien que, dans certains cas, le contrôle de proportionnalité est organisé par un texte ou la jurisprudence de façon plus ou moins précise. Mais dans d'autres cas, c'est la Haute juridiction qui révèle ponctuellement comment identifier le concours réel de libertés et, parfois, comment le résoudre. Quelle que soit l'occurrence, ce contrôle est peu compatible avec une affirmation d'autorité alors qu'est attendu un effort de persuasion. Il est évident, en conséquence, que le juge judiciaire confronté à un tel contrôle doit faire un effort particulier de motivation. Car la ligne de crête est fine entre le contrôle juridictionnel et le choix de nature politique, plus ou moins adapté à l'air du temps. Une motivation déficiente fera germer la défiance dans l'esprit du justiciable. La convocation des sources nationales, européennes ou internationales ne suffit pas. Encore faut-il qu'elles aient été préalablement mises en perspective avec la science des juridictions qui les appliquent pour que la solution soit cohérente au regard des sources multiples de la proportionnalité. Mais surtout, le contexte et les faits doivent rester les maîtres. Les faits (et leur preuve) demeurent au cœur du contrôle de proportionnalité ; mieux, ils en sont l'âme<sup>81</sup>. Le travail des juges du fond est ici capital pour mettre la Cour de cassation en mesure d'exercer son propre contrôle. Car la bonne qualification des faits est essentielle pour pratiquer la mesure de proportionnalité. Il s'en déduit que le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail devrait, par nature, être un contrôle concret dès lors que le regard est porté sur le « bon » fonctionnement de l'entreprise. Il exige donc une méthode contraignante. Voilà pourquoi un contrôle abstrait mérite réprobation en ce domaine<sup>82</sup>. Enfin, et pour prolonger la réflexion, il conviendrait aussi de s'interroger sur l'incidence des décisions judiciaires elles-mêmes. Leurs effets mériteraient aussi d'être analysés par le filtre de la proportionnalité. L'article L. 1121-1 dispose que « Nul ne peut apporter » de restriction non justifiée et proportionnée. Il pourrait être soutenu que ce texte s'impose aussi au juge lui-même (et pas uniquement à l'employeur) pour qu'il introduise dans la balance des intérêts, toutes les libertés en concours, en tenant compte de l'incidence concrète de ses décisions. Y compris s'agissant des condamnations financières. Des réformes récentes se déploient en ce sens, qu'il s'agisse de l'introduction d'un barème des indemnités de licenciement<sup>83</sup> ou de la possibilité de moduler dans le temps les décisions d'annulation des accords collectifs de travail<sup>84</sup>. S'agissant plus spécifiquement des libertés fondamentales, le nouvel article L. 1235-2-1 du code du travail est illustratif de cette évolution. Il dispose qu'« En cas de pluralité de motifs de licenciement, si l'un des griefs reprochés au salarié porte atteinte à une liberté fondamentale, la nullité encourue de la rupture ne dispense pas le juge d'examiner l'ensemble des griefs énoncés, pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation qu'il fait de l'indemnité à allouer au salarié ». Le législateur ouvre la voie de la pondération indemnitaire compte tenu des circonstances de fait et tempère les effets du motif contaminant à l'égard des autres griefs. Serait-ce

<sup>81</sup> V. en ce sens, le remarquable article de T. Marzal, La Cour de cassation à « l'âge de la balance », *préc.*.

<sup>82</sup> Il a sans doute une place lorsqu'il s'agit d'apprécier – dans certaines circonstances – la conventionnalité d'une loi, mais c'est un autre débat. Sur lequel, v. not. : P. Ducoulombier, *préc.* et P. Deumier, Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode, *RDT civ.* 2016, p. 578.

<sup>83</sup> Y compris s'agissant des condamnations financières (institution du barème des indemnités de licenciement, art. L. 1235-3 nouveau. - V. art. 4, Ord. 22 sept. 2017, n° 2017-1387, relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations du travail, JO du 23 sept.).

<sup>84</sup> C. trav. art. L. 2262-14 nouv.

là un effet du développement de la proportionnalité vers le « conséquentialisme » ? L'exemple semble venir d'en haut<sup>85</sup>. Si tel est le cas, l'art de juger en droit du travail est manifestement en pleine transformation.

---

<sup>85</sup> S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, bibl. const. et de science politique, T. 147, 2016.