



Barème, Babyloup, Contrats aidés : Comment utiliser le droit international

Chère et Chers Camarades,

Comme vous en avez sûrement entendu parler, de plus en plus de conseils de prud'hommes rendent des jugements qui écartent les barèmes d'indemnités pour licenciement injustifié, au motif pris de leur contrariété avec le droit international.

Ces jugements, dont il faut s'inspirer autant que faire se peut, que l'on soit défenseur ou conseiller, sont l'occasion pour DLAJ de faire un point sur différentes règles internationales qui peuvent être mobilisées en droit du travail et sur la façon dont on peut s'en servir.

Viennent ensuite dans ce Droit en liberté trois autres documents plus précis :

- L'un développe la contrariété du barème Macron avec le droit international
- L'autre explique une jurisprudence gagnée par la CGT au niveau de l'Union européenne obligeant l'employeur à prendre en compte les contrats aidés dans les effectifs
- Le dernier explique comment attaquer les clauses de neutralité des règlements intérieurs sur la base d'une décision rendue par le Comité des droits de l'homme de l'ONU

Enfin vous trouverez dans un second envoi les différents jugements de conseils de prud'hommes rendus contre le barème Macron.

Fraternellement,

Anaïs Ferrer
Responsable du pôle DLAJ confédéral

Document en annexe :

- Intégralité du DROIT EN LIBERTE

Comment utiliser le droit international ?

Avec les attaques successives du droit du travail français, la référence et le recours aux normes internationales et européennes s'accroissent et permettent dans plusieurs cas de « limiter la casse ». Alors que ces normes internationales étaient censées matérialiser un standard minimum et donc un socle très éloigné de ce que devrait être notre droit du travail, elles se trouvent être aujourd'hui un « plancher social » qui permet finalement d'amortir la chute du droit du travail en France.

D'après l'article 55 de la Constitution, le droit international prime sur toutes les réglementations françaises. Les normes nationales, légales ou conventionnelles, doivent donc respecter les conventions internationales, le droit européen et le droit de l'Union européenne. Mais affirmer cette primauté ne suffit pas, encore faut-il qu'elle soit effective et différents mécanismes existent afin de s'en assurer. On parle tantôt d'applicabilité du droit international, d'invocabilité devant le juge national, de saisir le niveau international ou européen afin de faire condamner la France, de poser une question préjudicielle... Il s'agit de bien distinguer les outils à notre disposition, leurs procédures et les intervenants concernés.

Lorsque la norme est "d'application directe", ou "d'effet direct", elle crée directement des droits et des obligations, sans besoin de transposition. Elle peut alors être invoquée directement devant le juge national. Le juge national doit éventuellement écarter l'application de la norme nationale contraire. Certaines normes, comme les directives européennes, ne peuvent être invoquées que dans des cas très précis. Les normes internationales et européennes peuvent également servir à interpréter le droit national.

- **Le droit de l'ONU et de l'OIT**

Quel contenu ?

Le droit de l'ONU se compose principalement de deux pactes de 1966, un sur les droits civils et politiques et l'autre sur les droits économiques, sociaux et culturels. De plus, l'Organisation Internationale du Travail (OIT) a intégré l'ONU, avec toutes ses conventions ratifiées par les Etats et de fait obligatoires. Elles traitent notamment de la liberté d'association, de la liberté syndicale ou encore du droit à la négociation.

Comment le faire respecter ?

Par le juge français directement :

Les conventions de l'OIT sont invocables par le justiciable directement devant le juge français qui en assure le respect.

Concrètement, cela signifie que le juge peut se baser sur un droit garanti par l'OIT, ou des Pactes de l'ONU de 1966, lorsque le droit français ne permet pas de le garantir, voir lui est contraire.

Ainsi par exemple, les juges français – des conseils de prud'hommes à la Cour de cassation – ont pu déclarer le Contrat Nouvelle Embauche contraire à la convention n°158 de l'OIT qui exige un motif de licenciement. Cette position du juge français a participé à l'abrogation de la disposition par le législateur.

Récemment, les conseils de prud'hommes de Troyes, d'Amiens, de Lyon etc. ont jugé que la

« barémisation » des indemnités dues en cas de licenciement abusif était contraire à la même convention n°158 qui exige une « *indemnité adéquate* ». Cette résistance des juges face aux déréglementations législatives du droit du travail français a de grandes chances, à l'instar du CNE, de forcer l'exécutif à reculer (Pour plus de détails, voir commentaire ci-joint des jugements).

Par l'ONU :

Le Comité des droits de l'homme, composé de juristes indépendants au niveau de l'ONU, peut être saisi directement afin de faire notamment respecter les pactes de 1966. Il peut être saisi par un particulier en dernier recours. Les décisions du Comité sont obligatoires du fait de la ratification de la France au protocole l'instituant, mais l'absence de pouvoir de sanction à l'encontre de l'Etat qui ne les respecterait pas amoindrit toutefois leur force.

Récemment, le Comité a condamné la France dans « l'affaire Baby Loup » pour atteinte à la liberté religieuse dans l'entreprise et au principe de non-discrimination. Il reste donc à attendre de voir dans quelles mesures les juridictions nationales prendront en compte cette décision du Comité des droits de l'homme (voir ci-joint décision Baby loup).

▪ **Les conventions du Conseil de l'Europe (CESDH et Charte sociale européenne)**

Le Conseil de l'Europe, composé de 47 pays, ne doit pas être confondu avec l'Union européenne. C'est à son niveau qu'ont été édictées la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales en 1950 et la Charte sociale européenne en 1961 (et révisée en profondeur en 1996). Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme (CESDH) est assuré par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et celui de la Charte sociale européenne par le Comité européen des droits sociaux (CEDS).

- **La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH)**
:

Quel contenu ?

Peu de dispositions de la Convention portent sur le droit du travail mais elles peuvent largement être invoquées : l'article 11 consacre la liberté syndicale et l'article 14 prohibe les discriminations. L'article 6§1, qui garantit le droit à un procès équitable et à un juge impartial, est également très souvent invoqué.

De plus, la Cour européenne des droits de l'homme interprète certaines dispositions. Ainsi par exemple, de la liberté syndicale elle déduit le droit à la négociation collective et le droit de grève.

Comment la faire respecter ?

Par le juge français directement :

La CESDH est reconnue d'application directe par la Cour de cassation et par le Conseil d'Etat. Autrement dit, le juge national est tenu d'appliquer les droits consacrés par la Convention et le justiciable peut directement les invoquer devant lui.

Le juge français est apte à rendre une décision au visa d'un article de la CEDH. Il ne faut donc pas hésiter à invoquer devant les articles de la CESDH, ainsi que les arrêts de la Cour européenne des

droits de l'Homme, utiles au litige.

Par la CEDH :

La CEDH peut également être saisie afin de déclarer ou non si une norme française ou une décision de justice nationale est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme.

Elle peut être saisie par tout citoyen, aux conditions cumulatives :

- d'être personnellement et directement victime et d'avoir subi un préjudice important ;
- que les voies de recours internes aient été épuisées (c'est-à-dire que la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat se soit déjà prononcé).

On ne peut donc envisager de saisir la CEDH qu'au cours d'un litige particulier et seulement comme dernière voie de recours.

- **La Charte sociale européenne**

Quel contenu ?

La Charte sociale européenne consacre un certain nombre de droits sociaux fondamentaux comme le droit de grève – elle est un des rares textes internationaux à le reconnaître –, le droit à l'information et à la consultation, le droit à la protection en cas de licenciement, qu'elle décline à chaque fois de façon assez précise.

Comment la faire respecter ?

Par le juge français directement :

Le Conseil d'Etat reconnaît l'application directe de certains articles de la Charte sociale européenne, comme l'article 24 sur la protection en cas de licenciement et l'article 5 sur le droit syndical. Il refuse en revanche de la reconnaître pour d'autres, comme pour l'article 2 sur la durée raisonnable. Il est donc possible d'invoquer la Charte sociale devant le juge administratif français au cas par cas, selon l'article.

La Cour de cassation n'a pas encore quant à elle expressément reconnu son application directe mais elle se réfère régulièrement à la Charte dans ses décisions.

Récemment, des conseils de prud'hommes se sont basés, en plus de la convention n°158 de l'OIT (voir plus haut), sur l'article 24 de la Charte sociale européenne qui a été directement invoqué par des conseils de prud'hommes pour déclarer les barèmes Macron contraires au droit européen (Voir commentaire ci-joint).

Par le CEDS :

Un protocole additionnel en 1995, ratifié par la France, institue une **procédure dite de réclamations collectives. Ces réclamations peuvent être transmises par des organisations syndicales ou patronales.** Elles sont examinées par le CEDS, comité d'experts indépendants.

Si les décisions du CEDS sont juridiquement obligatoires, elles sont toutefois dépourvues de sanctions.

Ainsi par exemple, le CEDS avait considéré que le dispositif français des forfaits jours des cadres n'était pas conforme à l'article 2 de la Charte sociale européenne qui impose une durée de travail

raisonnable. Ces avis ont poussé la Cour de cassation à revoir sa jurisprudence et à ajouter de nouvelles conditions de validité, non prévues par la loi française, en visant expressément la Charte sociale européenne.

Récemment, le CEDS a été saisi par la CGT pour faire déclarer les barèmes de licenciement contraire à l'article 24 de la Charte. Son avis, qu'il rendra prochainement, s'ajoutera alors aux décisions des conseils de prud'hommes allant dans le même sens, et augmentera très certainement la pression exercée sur la Cour de cassation afin qu'elle censure cette mesure, et sur le gouvernement français afin qu'il la supprime.

- **Le droit de l'Union européenne : les directives**

Quel contenu ?

Parmi les différentes sources du droit de l'Union européenne, ce sont les directives européennes qui traitent principalement du droit du travail. On peut citer en exemple la directive sur les licenciements collectifs, les transferts d'entreprise, la discrimination, la santé et sécurité ou encore l'aménagement du temps de travail.

Les directives, présentées comme des outils "d'harmonisation sociale" entre les Etats membres de l'Union européenne, se contentent de fixer des résultats à atteindre par les Etats tout en leur laissant une large marge de manœuvre quant aux moyens à mettre en œuvre. Concrètement, cela signifie que la directive nécessite une transposition dans le droit national et que chaque Etat dispose d'une certaine liberté dans cette transposition. A ce titre, les directives sont sûrement les normes du droit de l'Union européenne les plus difficiles à appréhender quant à l'effet direct ou non qu'elles produisent dans le droit national (voir plus loin).

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est la juridiction compétente au niveau de l'Union européenne pour faire respecter ces droits. Mais c'est le juge national qui est considéré comme le juge de droit commun de l'UE, c'est-à-dire que c'est lui qui en priorité est censé assurer le respect du droit de l'UE.

Comment le faire respecter ?

Par le juge français directement :

La CJUE considère, du fait de la primauté du droit européen, que tout juge national est chargé d'appliquer le droit de l'UE et a donc l'obligation d'écarter toute norme nationale contraire à celui-ci.

Le principe est que la directive ne produit pas "d'effet direct", c'est-à-dire qu'elle n'est ni applicable ni invocable en l'état par ou devant le juge français. C'est la norme française de transposition de la directive qui créera un droit invocable directement par les particuliers.

Toutefois, il a vite paru contestable de pénaliser les particuliers lorsque l'Etat n'a pas transposé la directive, c'est-à-dire qu'ils pâtissent de la défaillance de l'Etat.

Il a donc été reconnu aux directives **un effet direct relatif lorsque deux conditions cumulatives sont remplies :**

- **la disposition de la directive doit être suffisamment claire, précise et inconditionnelle ;**
- **et le délai de transposition doit être expiré.**

Mais attention, cet « effet direct » ne vaut que dans les litiges opposant un particulier à l'Etat, c'est-à-dire qu'un salarié ne peut pas invoquer directement une directive à l'encontre de son employeur. La justification avancée serait que si une directive peut être invoquée à l'encontre de l'Etat afin de le sanctionner de son manquement de transposition, un employeur ne saurait être sanctionné pour la violation d'une obligation qui n'existe pas encore à proprement parler dans le droit national. Cette position est critiquable en ce qu'elle prive de fait les salariés de droits qui pourtant auraient dû leur être octroyés.

En résumé, les directives peuvent être invoquées essentiellement lorsque l'employeur est l'Etat (ex : agents du service public mais aussi salariés de la RATP, de la SNCF etc.).

Il est également possible pour le salarié de saisir la juridiction administrative afin de faire reconnaître **la responsabilité de l'Etat en cas d'absence de transposition.** C'est ainsi que récemment, le tribunal administratif a par exemple retenu la responsabilité de l'Etat pour non-respect de la directive sur le droit à l'information et à la consultation des travailleurs, en ce que le droit français écarte les salariés en contrats aidés des effectifs (voir commentaires ci-joint. C'était en l'occurrence un contentieux porté par la CGT, FO et Solidaires, et non par un salarié).

Ceci dit, il faut avoir en tête que même dans des litiges dits entre particuliers, c'est-à-dire **entre salarié et employeur,** les directives peuvent être invoquées de façon détournée devant le juge français. En effet, on dit **le juge français se doit d'interpréter le droit national « à la lumière de la directive ».** Ainsi, un salarié peut avoir intérêt à citer une directive, même non transposée dans le droit français, pour pousser le juge à cette interprétation.

Par la CJUE : les questions préjudicielles

Les juridictions nationales peuvent interroger la CJUE sur l'interprétation ou la validité du droit de l'UE dans le cadre d'un litige dont elle est saisie. On parle de question préjudicielle.

Attention, ce mécanisme est une originalité du droit de l'UE et n'existe pas pour la CEDH, le CEDS ou l'OIT.

À la différence des autres procédures juridictionnelles, la question préjudicielle n'est pas formulée contre une norme nationale mais elle est posée par un juge national lorsque la résolution d'un litige qui lui est soumis est conditionnée par l'interprétation d'une norme du droit de l'Union européenne.

La question préjudicielle émane du juge français et ne peut se formuler que dans le cadre d'un litige. La procédure nationale est suspendue jusqu'à ce que la CJUE ait statué.

La question préjudicielle consiste à demander à la CJUE d'interpréter une norme du droit de l'Union européenne afin de l'appliquer correctement dans le cadre du litige. La réponse de la CJUE permet de préciser ou d'éclairer le droit de l'Union européenne.

La décision de la CJUE s'impose à la juridiction nationale à l'initiative de la question préjudicielle, mais aussi à toutes les juridictions nationales des États membres qui seront confrontées à une question identique ou similaire.

Marianne GIRIER
Pôle DLAJ Confédéral

Premiers jugements des conseils de prud'hommes écartant le barème Macron comme contraire au droit international

Depuis les ordonnances Macron, l'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse est encadrée par un barème obligatoire plafonné à 20 mois de salaire, fonction de l'ancienneté du salarié.

La CGT a toujours combattu ce barème injuste et dérisoire, qui permet seulement à l'employeur d'anticiper le « coût » d'un licenciement et de budgétiser le risque contentieux.

La CGT considère également que ce barème est contraire aux textes internationaux ratifiés par la France, et en particulier à :

- l'article 24 de la Charte Sociale Européenne, qui prévoit le droit des « *travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate et à une réparation appropriée* »,
- l'article 10 de la Convention OIT n°158, qui prévoit le versement « *d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée* » en cas de licenciement injustifié.

En prévoyant un plafonnement de l'indemnisation, qui est donc déconnectée du préjudice réel du salarié, le barème Macron ne permet pas d'octroyer une « *réparation adéquate* », imposée par les textes internationaux, au salarié injustement licencié.

Or, ces textes internationaux sont directement applicables en droit interne. On dit qu'ils ont un effet direct. Cela signifie qu'un salarié peut les invoquer devant le CPH. Ces dispositions ont également une valeur supérieure à celle de la loi française, et notamment du Code du travail. Cela permet donc au juge d'écartier l'application d'une loi, s'il considère qu'elle est contraire à un traité international.

A ce jour, les décisions écartant l'application des barèmes sont largement plus nombreuses que celles les approuvant. Les CPH de Troyes, Amiens, Grenoble, Lyon et Anger ont jugé que les barèmes étaient contraires au droit international, avec des argumentations parfois différentes :

- CPH de Troyes, 13 décembre 2018 : le barème ne permet pas au juge de réparer de manière juste le préjudice subi par le salarié et n'est pas non plus dissuasif pour l'employeur qui souhaiterait licencier sans motif. Il conclut que ce barème « *sécurisant d'avantage les fautifs que les victimes* » est « *inéquitable* » et contraire à la Charte Sociale Européenne et à la Convention OIT n°158. Le CPH a donc accordé 9 mois de salaire à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, là où une application du barème n'aurait permis une indemnisation qu'à hauteur de 4 mois de salaire, soit une différence de plus de 20.000 euros !
- CPH d'Amiens, 19 décembre 2018 : a écarté l'application du barème en se fondant seulement sur sa contrariété à la Convention OIT n°158. En l'espèce, compte tenu de sa faible ancienneté, le salarié ne pouvait prétendre qu'à 0,5 mois de salaire de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ce qui ne constituait pas une réparation appropriée selon le Conseil, qui a donc accordé au salarié la somme de 2.000 euros.
- CPH de Lyon, 21 décembre 2018 : a écarté l'application du barème en ne se fondant cette fois ci que sur l'article 24 de la Charte Sociale Européenne (motivation est très courte tenant

en quelques lignes). Les juges ont tout de même accordé 3 mois de salaires à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse alors qu'ils n'ont retenus qu'un seul jour d'ancienneté au salarié !

- CPH d'Anger, 17 janvier 2019 : comme le jugement précité, le CPH a écarté l'application des barèmes en raison de leur contrariété à la Charte Sociale Européenne uniquement (motivation également très courte). Ce qui est intéressant, c'est que contrairement aux autres décisions, le salarié disposait d'une ancienneté relativement importante (12 ans). Le CPH lui a accordé 1 mois de salaire par année d'ancienneté soit 12 mois de salaire, là où l'application des barèmes ne lui aurait permis d'obtenir qu'une indemnisation comprise entre 3 et 11 mois.
- CPH de Grenoble, 18 janvier 2019 : par une argumentation très détaillée, le CPH a considéré que les barèmes étaient contraires à la Convention OIT n°158 ainsi qu'à la Charte Sociale Européenne en ce qu'ils ne permettaient pas de réparer l'intégralité des préjudices subis par les salariés injustement licenciés, notamment s'ils avaient une faible ancienneté. Le CPH considère aussi que les barèmes sont contraires au droit au procès équitable puisque les pouvoirs du juge sont « *drastiquement limités* ».

Dans une affaire ne concernant pas les barèmes (le licenciement était intervenu en 2014, donc avant l'entrée en vigueur des ordonnances), le CPH de Lyon a néanmoins invoqué la Convention OIT n°158 et la Charte Sociale Européenne pour rappeler que ces textes imposent une réparation intégrale des préjudices subis par les salariés injustement licenciés. Les barèmes avaient été invoqués par l'avocat de la société pour tenter de minorer l'indemnisation du salarié. L'avocat du salarié avait alors plaidé sur l'inconventionnalité des barèmes, qui a été retenue par le CPH malgré une présidence employeur ! Ce jugement nous montre donc qu'il est possible d'invoquer les textes internationaux et le principe de réparation intégrale du préjudice même quand les barèmes ne sont pas applicables, afin que cela devienne une évidence et un réflexe pour les conseillers et les défenseurs.

Ces jugements sont des immenses victoires pour les salariés injustement licenciés et contre les ordonnances Macron. Il faut donc continuer d'investir les CPH pour multiplier le nombre de décisions et contraindre le gouvernement à abroger le barème inconventionnel.

Vous trouverez donc en pièces jointes les jugements des CPH précités, ainsi que l'argumentaire élaboré par le SAF (syndicat des avocats de France) à reproduire pour démontrer la contrariété du barème aux textes internationaux.

Le combat continue également devant le Comité européen des droits sociaux (CEDS), devant lequel la CGT a une réclamation toujours en cours contre la France relative à ce barème. Compte tenu de la position des CPH et de la condamnation de la Finlande qui avait elle aussi tenté d'imposer un barème d'indemnisation, nous avons bon espoir que notre réclamation soit entendue et que le CEDS confirme une fois pour toute que le barème est contraire à la Charte Sociale Européenne. Si tel est le cas, le Cour de cassation n'aura pas d'autre choix que de confirmer l'inconventionnalité du barème lorsqu'elle sera saisie de la question, ce qui sera un élément de pression supplémentaire à l'encontre le gouvernement pour le contraindre à abroger ce barème injuste.

Hélène VIART
Pôle DLAJ Confédéral

Directive européenne : Prise en compte des salariés en contrats aidés dans le calcul des effectifs de l'entreprise en matière de représentation du personnel

Alors que des droits collectifs des salariés et des obligations de l'employeur se déclenchent à partir d'un certain nombre de salariés dans l'entreprise, le calcul des effectifs ne prend pas en compte certains salariés. L'article L. 1111-3 du code du travail visait jusqu'ici les salariés en contrats aidés (contrat unique d'insertion initiative-emploi ou d'accompagnement dans l'emploi), en plus des apprentis et des salariés en contrats de professionnalisation. Il s'agit clairement d'une mesure permettant aux employeurs de ne pas atteindre ces seuils et de ne pas avoir à respecter les obligations qui en découlent.

L'exclusion de ces salariés du calcul de l'effectif en matière de représentation du personnel est contraire au droit de l'Union européenne qui garantit le droit fondamental à l'information et à la consultation des « travailleurs », sans aucune distinction selon le statut dans l'entreprise de ces travailleurs.

Une récente décision du tribunal administratif de Paris suivie d'une intervention législative a permis partiellement de mettre le droit français en conformité au droit de l'Union européenne.

A l'origine du contentieux, l'Union locale CGT des quartiers nord de Marseille a désigné un représentant de la section syndicale dans une entreprise de 170 salariés en contrats aidés mais de moins de 50 salariés « effectifs » au sens du code du travail permettant la désignation.

Les contrats de travail exclus de l'effectif sont en nombre considérables et ne sont pas sans conséquences sur les droits des salariés conditionnés à des seuils d'effectif.

Saisie par la Cour de cassation, la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé l'article L. 1111-3 contraire à la directive européenne de 2002 portant sur le droit à l'information et à la consultation des travailleurs. Or, cette directive n'a pas été transposée par la France, ce qu'elle aurait pourtant dû faire en 2005 au plus tard, et ne peut être invoquée directement dans un litige entre particulier.

On se retrouvait donc avec une législation manifestement non conforme au droit de l'UE mais qui devait être appliquée.

Afin de contraindre l'Etat à y remédier, les confédérations CGT, Solidaires et CGT-FO ont engagé un recours en indemnisation devant le tribunal administratif de Paris. Dans sa décision du 17 juillet 2018, celui-ci reconnaît la responsabilité de l'Etat du fait de l'adoption d'une loi en méconnaissance du droit de l'Union européenne. Le jugement résonne comme un cinglant désaveu à l'égard de l'Etat, en particulier des gouvernements successifs ayant refusé d'appliquer le droit européen relatif à la participation des travailleurs.

Devant l'imminence de cette condamnation administrative et suite à sa mise à demeure par la Commission européenne, le Gouvernement intègre à la loi « Avenir professionnel » du 5 septembre 2018 une disposition incluant désormais les salariés en contrats aidés dans l'effectif de l'entreprise en matière de représentants du personnel (c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de déterminer les seuils pour la mise en place des élections professionnelles et la détermination des attributions des IRP). A partir du 1^{er} janvier 2009, les salariés en contrats aidés devront donc être pris en compte par l'employeur pour

le calcul des effectifs en matière de représentation du personnel.

Bien que cela représente assurément une avancée dans le respect du droit européen par le droit français, le Gouvernement a opté pour une mise en conformité partielle et minimale. En effet, le Conseil d'Etat rappelle qu'au regard de l'arrêt de la CJUE les apprentis et les salariés en contrat de professionnalisation devraient également être pris en compte dans les effectifs, alors que seuls les salariés en contrats aidés se sont vu inclus par la loi de septembre 2018.

Par ailleurs, les salariés en contrats aidés restent exclus des effectifs en matière de désignation des délégués syndicaux, de négociations obligatoires, de mise en place d'un PSE ou encore du calcul des indemnités sans cause réelle et sérieuse. Cette exclusion doit continuer à être combattue, même si, à la différence de l'exclusion en matière de représentation du personnel, aucune réglementation du droit international n'est violée.

La CGT réclame que tous les salariés employés par l'entreprise soient considérés comme des salariés à part entière, non seulement en matière de droit de la représentation du personnel mais également pour tous les droits liés à l'effectif de l'entreprise.

Marianne GIRIER
Pôle DLAJ confédéral

Neutraliser les clauses de neutralité dans les règlements intérieurs suite à la décision *Baby Loup* du Comité des droits de l'homme de l'ONU

Dans une décision du 10 août 2018, **le Comité des droits de l'homme de l'ONU a condamné la France pour atteinte à la liberté religieuse dans l'entreprise et au principe de non-discrimination**, pour avoir validé le licenciement d'une salariée voilée. Chargé de veiller au respect du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1966, le Comité avait été saisi par la salariée. Le Comité ne peut être saisi qu'en dernier recours, c'est-à-dire après avoir saisi la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat et avoir perdu.

Une salariée de la crèche privée *Baby Loup* est licenciée en 2008 pour faute grave après avoir refusé de retirer son foulard, contrevenant selon son employeur au règlement intérieur qui imposait le respect des « principes de laïcité et de neutralité ». Alors que les juges du fond valident le licenciement, la Chambre sociale de la Cour de cassation juge que le licenciement est nul car discriminatoire. Mais la cour d'appel de renvoi décide de ne pas appliquer la décision de la Chambre sociale, ce qui porte alors l'affaire devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, qui a le dernier mot dans ces cas de figure. Dans un arrêt du 25 juin 2014, elle valide le licenciement. En se refusant d'analyser la situation au regard de la discrimination contrairement à la Chambre sociale, elle juge lapidairement que la restriction était suffisamment précise, en raison « *des conditions de fonctionnement de l'association de dimension réduite* » avec les salariés « *qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents* ».

Cette solution a porté un coup à la protection de la liberté dans l'entreprise, pour avoir légitimé et offert une assise juridique à l'idée selon laquelle la liberté de manifester ses convictions pouvait être largement restreinte au travail.

La salariée décide de ne pas s'arrêter là et de saisir le Comité des droits de l'homme. Ce dernier vient rétablir le principe de la liberté de manifester ses convictions dans l'entreprise (1) tout en reconnaissant la notion de discrimination « intersectionnelle » (2).

La décision s'impose à la France. Au-delà de devoir indemniser la salariée dans les 180 jours, le Comité des droits de l'homme condamne la France à « *prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir des violations similaires à l'avenir* » (3).

1) Une atteinte à la liberté de manifester sa religion

Le Comité des droits de l'homme suit un raisonnement somme toute classique. Dans un premier temps, il rappelle l'étendue du droit à la liberté de religion proclamé par l'article 18 du PIDCP selon lequel « *ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, (...) tant en public qu'en privé* ». Considérant que ce droit englobe le port de vêtements ou de couvre-chefs distinctifs, le Comité en

déduit que l'interdiction de porter son foulard sur son lieu de travail porte atteinte à l'exercice de son droit à la liberté de manifester sa religion. Dans un second temps, il se demande si l'interdiction était nécessaire à la protection de la sécurité, de l'ordre de la santé publique etc. et conclut que « *l'Etat n'explique pas en quelle mesure le port du foulard serait incompatible avec la stabilité sociale et l'accueil promis au sein de la crèche* ». **La mesure n'est donc pas justifiée.**

2) La reconnaissance d'une discrimination « intersectionnelle » (= une différence de traitement basée sur un double motif discriminatoire)

Le Comité reconnaît par ailleurs que la salariée a subi une discrimination basée doublement sur la religion et le genre. Il précise que les « *restrictions à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions (...) affectent particulièrement les personnes appartenant à certaines religions et les filles* ». **Le Comité souhaite donc insister sur le fait que c'est spécifiquement en tant que femme et musulmane que la salariée a fait l'objet d'un licenciement discriminatoire.** Si le concept d'intersectionnalité est largement connu en sociologie, il est bien moins mobilisé en droit. Son utilisation par le Comité des droits de l'homme est ainsi novatrice et d'autant plus importante qu'elle est faite sur le terrain des femmes musulmanes, victimes d'une islamophobie grandissante et de plus en plus décomplexée.

3) Le caractère obligatoire de la décision et ses conséquences

La CGT, qui défend au quotidien les libertés des salariés, ne peut que saluer cette décision. La liberté d'expression doit être protégée dans toutes ses composantes : religieuse, de conscience, philosophique, syndicale, politique... Dans l'entreprise, si le salarié doit fournir un travail, il n'est pas tenu de renoncer à ses droits fondamentaux, comme la liberté d'expression, ni de se défaire de son identité. Encore plus que dans d'autres espaces sociaux, en raison du lien de subordination juridique, il faut redoubler de vigilance et veiller à ce que le pouvoir patronal soit suffisamment circonscrit, afin que les libertés ne s'arrêtent pas aux portes de l'entreprise.

La volonté d'imposer un principe de neutralité aux salariés a vocation à affaiblir toutes ces libertés. Le principe de neutralité ne peut concerner que les agents du service public et non les salariés des entreprises privées.

Pourtant, facilitée par l'affaire *Baby Loup*, la loi « El Khomri » de 2016 a instauré la possibilité pour le règlement intérieur de prévoir un « principe de neutralité » et restreindre « la manifestation des convictions des salariés », à condition d'être justifié par « l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise » et proportionné au but recherché. Cela permet une généralisation du principe de neutralité à tous les salariés, dont les limites apparaissent très faibles et imprécises.

La décision du Comité des droits de l'homme vient remettre les choses en ordre et condamner ces restrictions aux libertés des salariés.

Il s'agit de **rappeler le caractère obligatoire des décisions du Comité.** Institué par un protocole en 1996, prévoyant un mécanisme pour donner suite aux plaintes relatives à la violation du PIDCP par un Etat signataire, et ratifié par la France en 1984, le Comité appartient à l'arsenal juridique international auquel la France est bel et bien soumise. Ses décisions doivent être suivies, autant par

les pouvoirs publics que par l'ensemble des juridictions.

Ainsi, faute d'action future de la part du gouvernement, appelé à « *prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir des violations similaires à venir* », **il appartiendra à toutes les juridictions, des conseils de prud'hommes à la Cour de cassation de faire respecter le Pacte international relatif aux droits civils et politiques**

Il paraît alors important, lorsque la situation se présente, de **ne pas hésiter à contester devant les conseils de prud'hommes les clauses de neutralité de règlement intérieur, ni hésiter à demander aux juges d'écarter l'application de la loi El Khomri, non conforme à la convention internationale qu'est le PIDCP**. En dehors du contentieux prud'homal, ces clauses peuvent être contestées, d'abord auprès de l'inspection du travail puis en saisissant le tribunal administratif.

Le principe de neutralité applicable dans toutes les entreprises privées doit être abrogé ou sinon neutralisé. La liberté doit être le principe, et sa restriction l'exception. Les clauses de neutralité ne peuvent en aucun cas être générales tel que l'a autorisé la Cour de cassation et l'a prévu la loi « Travail » de 2016 ; et si l'on peut admettre des restrictions, notamment pour des raisons d'hygiène ou de sécurité, celles-ci doivent être strictement encadrées.

Nous attirons donc votre vigilance sur toutes ces clauses de neutralité, et sur la possibilité de les contester et d'en écarter l'application, en ajoutant que vous pouvez faire remonter au **DLAJ confédéral** les dossiers qui vous paraîtraient intéressants.

Marianne GIRIER
Pôle DLAJ Confédéral