

La liberté d'expression syndicale, parent pauvre de la démocratie

Jean-Pierre Marguénaud, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges (OMIJ EA 3177)

Jean Mouly, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges (OMIJ EA 3177)

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a beau s'être érigée en véritable Cour européenne des droits sociaux par son arrêt de grande chambre *Demir et Baykara c/ Turquie* du 12 novembre 2008⁽¹⁾, il lui arrive encore de retenir des solutions timorées dans des affaires relatives aux relations entre employeur et salarié. En l'espèce, c'est le droit à la liberté d'expression des salariés syndiqués qui lui a donné l'occasion de camper sur une prudente réserve, dont se réjouiront peut-être ceux qui redoutent ses incursions tonitruantes sur un terrain où elle n'aurait pas à pénétrer compte tenu, notamment, de l'existence de la Charte sociale européenne.

Par son célèbre arrêt *Fuentes Bobo c/ Espagne* du 29 février 2000⁽²⁾, la Cour avait déjà pu constater la violation du droit à la liberté d'expression d'un salarié licencié pour avoir, dans ses activités de journaliste, proféré des insultes à l'égard de son employeur au cours d'un « *échange oral rapide et spontané* ». Dans l'affaire *Aguilera Jiménez et a. c/ Espagne*, il s'agissait de six livreurs qui avaient été également licenciés pour avoir porté atteinte à l'honneur et à la dignité du directeur des ressources humaines, de deux autres salariés et de la société qui les employaient en publiant dans un bulletin syndical d'information mensuel un dessin avec une caricature faisant rudement et grossièrement comprendre les raisons pour lesquelles leurs collègues, président et secrétaire des représentants des travailleurs, avaient témoigné en faveur de l'employeur dans une procédure qu'ils avaient entamée contre lui. L'affaire jugée par la CEDH le 8 décembre 2009 était donc à l'exact confluent du droit à la liberté d'expression, que la Cour a parfois spectaculairement valorisée⁽³⁾, et du droit à la liberté syndicale, à laquelle elle a fait dernièrement accomplir de très importants progrès⁽⁴⁾. La liberté d'expression de salariés syndiqués étant *a priori* plus précieuse encore que celle de simples salariés, on aurait pu s'attendre à ce que le constat de violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme dressé par l'arrêt *Fuentes Bobo* soit *a fortiori* retenu dans l'arrêt *Aguilera Jiménez*. Or, préférant mettre en exergue la différence entre le caractère instantané et irréfléchi des propos tenus dans l'affaire de 2000 et la publication en toute sérénité et en toute lucidité de la caricature outrancière de 2009, la Cour a estimé qu'une mesure aussi radicale que le licenciement n'avait pas constitué une atteinte disproportionnée au droit à la liberté d'expression. Cet arrêt semble placé sous le signe du paradoxe.

On signalera tout d'abord, à titre anecdotique, un paradoxe de nature procédurale. L'arrêt rendu sur le fond le 8 décembre 2009 présente, en effet, l'étrange particularité de porter le nom d'un requérant, M. J.-A. Aguilera Jiménez, dont la requête a été déclarée irrecevable pour incompatibilité *rationae personae* avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, dans la mesure où les juridictions nationales avaient ordonné sa réintégration parce qu'il se trouvait en situation d'incapacité temporaire au moment de la publication du bulletin syndical litigieux. Le paradoxe est encore plus saisissant sur le plan substantiel. Comment expliquer, en effet, que les syndicats, dont la liberté d'expression est si utile pour faire progresser les droits sociaux à l'intérieur comme à l'extérieur de l'entreprise, ne soient pas mis au rang privilégié de chiens de garde de la démocratie, où certaines associations viennent de rejoindre les organes de presse et les journalistes (I) ? Comment ne pas s'étonner aussi de ce que la CEDH, grande ordonnatrice du contrôle de proportionnalité, l'ait ici abandonné en rase campagne pour mieux pouvoir justifier les licenciements attentatoires au droit à la liberté d'expression des salariés syndiqués (II) ?

I - Le refus de reconnaître aux syndicats la qualité de chiens de garde de la démocratie
La qualité de chien de garde de la démocratie, initialement réservée à la presse, correspond, on le sait, à une valorisation spectaculaire de la liberté d'expression. Dans la mesure où les syndicalistes « jouent un rôle important en ce qu'ils expriment et défendent des idées d'intérêt public en matière professionnelle et sociale »⁽⁵⁾, leur liberté d'émettre des idées et des opinions semble mériter un degré de protection élevée. Or, l'arrêt *Aguilera Jiménez* la laisse stagner en seconde zone en se refusant à l'interpréter en contemplation de l'article 11 de la Convention qui consacre la liberté syndicale (A). En la réservant au cas d'échanges verbaux et spontanés, elle semble la confiner dans un champ résiduel peu propice à l'épanouissement que pouvait lui promettre l'arrêt *Fuentes Bobo* (B).

A - La déconnection critiquable du droit à la liberté d'expression et du droit à la liberté syndicale

Il n'est pas rare que certaines formes d'expression collective relevant du champ d'application de l'article 10 entretiennent d'étroites relations avec le droit à la liberté de réunion et d'association garanti par l'article 11. Alors, se souvenant que, par son arrêt *Ezelin c/ France* du 26 avril 1991⁽⁶⁾, elle avait estimé que l'article 10 était *lex generalis* par rapport à la *lex specialis* que serait l'article 11, la Cour se contente d'examiner la question seulement sous l'angle de ce dernier texte. Tel avait été le cas dans l'arrêt *Djavit An c/ Turquie* du 20 février 2003⁽⁷⁾ et, plus récemment, dans l'arrêt *Barraco c/ France* du 5 mars 2009⁽⁸⁾, à propos de l'épilogue européen de l'« opération escargot » menée par les routiers en 2002. Lorsque, d'aventure, la Cour décide de se fonder sur l'article 10, elle se fait à tout le moins un devoir de l'examiner en considération de l'article 11, comme elle l'a fait récemment dans l'arrêt *Women on Waves c/ Portugal* du 3 février 2009⁽⁹⁾, rendu dans une affaire où un navire de guerre avait interdit l'accès aux eaux territoriales à un bateau devant servir à la propagande d'une association favorable à l'avortement. Cependant, cette interdépendance des articles 10 et 11, établie lorsque la liberté de réunion pacifique est en jeu, n'a pas les faveurs de la Cour lorsque l'expression publique d'opinions critiques se situe dans le prolongement de la liberté d'association et, plus particulièrement, de la liberté syndicale. Déjà, les juges européens n'avaient pas voulu l'admettre dans un arrêt *Karademirci c/ Turquie* du 25 janvier 2005⁽¹⁰⁾ et elle a été à nouveau délibérément ignorée par l'arrêt commenté. Cette attitude est critiquable.

En effet, il n'existe pas de raisons de refuser à la liberté syndicale ce qui a été admis pour la liberté de réunion pacifique. Ainsi, le professeur F. Sudre a-t-il justement fait remarquer que la Cour refuse d'examiner séparément le grief tiré de la liberté syndicale par une économie de moyens qu'il qualifie de « regrettable »⁽¹¹⁾. De même, dans son opinion dissidente, M^{me} la juge Power se désolidarise-t-elle de l'arrêt parce qu'il ne tient pas suffisamment compte du fait que les requérants étaient membres d'un syndicat récemment créé, et de ce que les syndicalistes jouent un rôle important en ce qu'ils expriment et défendent des idées d'intérêt public en matière professionnelle et sociale. Nous ne pouvons que nous associer à ces critiques dans la mesure où il n'est guère contestable que la liberté d'expression est, tout autant que le droit à la négociation collective, « partie inséparable » de la liberté syndicale⁽¹²⁾. Il y aurait même lieu d'amplifier ces critiques.

En effet, l'opinion de M^{me} la juge Power estimant que les syndicalistes n'appartiennent « manifestement pas à la même catégorie que les journalistes, lesquels exercent des fonctions importantes de chiens de garde », pourra paraître trop timide dès lors que la liberté de la presse n'est plus la seule à bénéficier de la valorisation spectaculaire de la liberté d'expression à laquelle donne accès la qualification empruntée à Paul Nizan. C'est ainsi, par exemple, que l'arrêt *Vides Aizsardzibas Klubs c/ Lettonie* du 27 mai 2004⁽¹³⁾ a étendu aux associations de protection de l'environnement le statut privilégié naguère réservé à la presse. On voit mal, dans ces conditions, pourquoi la Cour continuerait à refuser aux syndicats et à leurs représentants ce qu'elle accorde désormais aux associations et à leurs militants⁽¹⁴⁾. L'assimilation des syndicats professionnels aux associations de défense de l'environnement s'impose avec d'autant plus de force qu'ils ont bien souvent leur mot à dire sur les mêmes

questions enchevêtrées dans les méandres de la mondialisation. Le refus par l'arrêt *Aguilera Jiménez* de mettre la liberté syndicale en relation privilégiée avec le droit à la liberté d'expression du salarié est d'autant plus préoccupant que, sur ce terrain, une limitation de la portée de l'arrêt *Fuentes Bobo c/ Espagne* du 29 février 2000 semble avoir été réalisée.

B - Le champ résiduel de la liberté d'expression syndicale

On se souvient que cet arrêt *Fuentes Bobo* avait déployé l'effet horizontal de l'article 10 en le faisant jouer pour stigmatiser le licenciement dont avait été victime un journaliste, salarié d'une chaîne de télévision, en raison des vives critiques publiquement proférées à l'encontre de son employeur. Pour faire triompher la liberté d'expression syndicale dans cette affaire fortement médiatisée, la Cour avait observé, d'une part, que les déclarations litigieuses avaient été tenues dans un échange vif et spontané au cours d'une émission de radio n'ayant pas laissé le temps à son auteur de les reformuler de manière plus convenable, d'autre part, qu'elles s'inscrivaient dans le contexte particulier d'un conflit du travail doublé d'un large débat public concernant des questions d'intérêt général relatives à la gestion de la télévision publique. Ces deux restrictions commandaient la prudence quant au point de savoir si l'article 10 aurait vocation à tempérer aussi le droit de licencier lorsque le conflit, moins médiatisé, n'aurait pas dépassé l'enceinte de l'entreprise. On pouvait néanmoins espérer que la brèche ainsi ouverte dans le mur du silence permettrait au fil du temps d'étendre la jurisprudence *Fuentes Bobo* aux conflits du travail plus ordinaires. Or, l'arrêt *Aguilera Jiménez* anéantit cette perspective d'élargissement en consolidant les deux réserves précitées. Pour juger, cette fois, que l'article 10 n'avait pas été violé, la Cour observe en effet que, contrairement à ce qui était advenu dans la première affaire, les termes litigieux n'avaient pas été proférés dans le cadre d'un échange oral rapide et spontané, mais qu'il s'agissait d'assertions écrites et affichées publiquement au sein de la société, qui, de surcroît, ne se rapportaient pas à un débat public concernant des points d'intérêt général, mais à des questions propres à l'entreprise. Ainsi, la jurisprudence *Fuentes Bobo* se trouve-t-elle confirmée au rang d'exception par rapport à un principe, qui demeure le droit de licencier les salariés s'exprimant de manière outrancière et injurieuse. Les menaces que l'arrêt *Fuentes Bobo* aurait pu faire planer sur le droit français du licenciement, qualifiant encore inflexiblement les injures du salarié envers l'employeur de faute grave⁽¹⁵⁾, sont ainsi dissipées. Pour rassurante qu'elle puisse paraître, cette solution n'est pourtant pas à l'abri des critiques.

Il est, tout d'abord, permis de se demander s'il est encore justifié de ne protéger la liberté d'expression des salariés, et plus particulièrement de leurs syndicats, que lorsqu'elle se rattache à des questions d'intérêt général, dans la mesure où les activités économiques sont de plus en plus enchevêtrées et interdépendantes. Il est bien rare, en effet, que les questions propres à une entreprise ne débordent pas vers des questions extérieures, qui finissent toujours par rejoindre des problématiques d'intérêt général. Les pouvoirs publics reconnaissent d'ailleurs eux-mêmes aux syndicalistes de terrain une aptitude à porter un regard utile sur des questions d'intérêt public à partir de l'expérience acquise sur leurs lieux de travail en admettant leur désignation au sein d'institutions nationales, telles que par exemple, en France, le Conseil économique, social et environnemental⁽¹⁶⁾. La brutale dissociation opérée par l'arrêt du 8 décembre 2009 entre les questions propres à l'entreprise et les débats d'intérêt général est en fait une distinction artificielle, qui n'est plus en phase avec les réalités d'aujourd'hui. Elle était d'autant plus malvenue en l'espèce qu'elle s'inscrivait au coeur même d'un débat relatif à la liberté syndicale puisque, en opposant des syndicats entre eux et non à un employeur, il posait également la question du pluralisme syndical.

Quant à l'importance du caractère écrit et non spontané des termes litigieux, on peut se demander si elle n'a pas été surévaluée par la Cour, qui s'en sert en définitive pour placer la liberté d'expression syndicale à un rang inférieur à celui de la liberté d'expression artistique, alors qu'il eût fallu l'élever à celui de la liberté d'expression journalistique. Il était relativement indifférent, en l'espèce, que l'expression des salariés ait pris la forme de caricatures, qui relèvent d'un régime plus sévère même lorsqu'il s'agit de caricatures de presse⁽¹⁷⁾. Il était, en revanche, déterminant de prendre en compte la connotation sexuelle des propos injurieux. Et, de ce point de vue, une comparaison avec l'arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c/ Autriche* du 25 janvier 2005 (n° 68354/01) s'imposait. Dans cette précédente affaire, était en

jeu le droit à la liberté d'expression d'un artiste frappé par les juridictions nationales d'une interdiction d'exposer l'un de ses tableaux constitué de collages représentant diverses personnalités, dont Mère Teresa et, il est vrai, des hommes politiques, dans des positions sexuelles pour le moins équivoques. Dans l'affaire *Aguilera Jiménez*, il s'agissait d'un dessin avec des bulles de dialogue évoquant de prétendus ébats sexuels des syndicalistes concurrents avec le directeur des ressources humaines, afin de dénoncer leur duplicité avec l'employeur. Le tableau du peintre autrichien comportait des détails beaucoup plus scabreux que ceux utilisés dans la caricature des syndicalistes espagnols. C'est pourtant dans la seule affaire autrichienne qu'un constat de violation de l'article 10 a été dressé, alors même que les faits litigieux avaient seulement été qualifiés par la Cour de « *quelque peu outrageants* ». Il est difficile de ne pas voir dans cette différence d'appréciation une volonté délibérée, mais contestable, de traiter la liberté d'expression syndicale de manière plus rigoureuse que la liberté d'expression artistique. Cette volonté de reléguer en seconde zone la liberté d'expression syndicale est d'autant plus manifeste que la Cour neutralise également le contrôle de proportionnalité qui, pourtant, aurait pu être plus favorable aux salariés.

II - Le refus de soumettre le licenciement des syndicalistes au contrôle de proportionnalité
Le contexte particulier de l'affaire *Aguilera Jiménez* venait de ce que les critiques outrancières des salariés syndiqués étaient dirigées davantage contre d'autres salariés qu'à l'égard de l'employeur lui-même. Aussi la Cour s'en est-elle tenue à un vague constat de la gravité des atteintes à la réputation des uns, sans se préoccuper du point de savoir si le licenciement ne constituait pas une atteinte trop grave au droit à la liberté d'expression des autres. L'ambiguïté du contrôle de proportionnalité privatisée auquel la Cour s'est livrée (A) l'a donc curieusement dispensée de confronter le licenciement à l'exigence d'un besoin social impérieux (B).

A - L'ambiguïté du contrôle de proportionnalité privatisée

Comme l'a remarqué le professeur F. Sudre⁽¹⁸⁾, la Cour a, en réalité, oublié l'exigence de proportionnalité puisqu'elle s'en remet à la marge nationale d'appréciation qui avait conduit les juridictions espagnoles à juger que les requérants avaient dépassé les limites acceptables du droit de critique. Il faut apprécier cette démission des juges européens à l'aune des difficultés propres à la rencontre du principe de proportionnalité et de l'effet horizontal de la Convention européenne, particulièrement bien mise en évidence lorsque l'ingérence dans un des droits conventionnels du salarié résulte d'abord d'une décision de l'employeur.

On se souvient que l'arrêt *Fuentes Bobo* avait révélé la tentation paradoxale de plaquer aux rapports horizontaux de particulier à particulier le contrôle de proportionnalité élaboré pour les rapports verticaux entre l'Etat et le citoyen. La conséquence avait été de donner à l'employeur, personne privée partie à une relation horizontale, le rôle dévolu à l'Etat dans les rapports verticaux et de le placer dans la situation exorbitante de pouvoir limiter, par référence à un but d'intérêt général, le droit fondamental d'une autre personne privée. Cette construction en trompe-l'oeil, marquée dans l'arrêt du 29 février 2000 par la constante hésitation sur le point de savoir si l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression du salarié venait du licenciement lui-même ou des décisions de justice l'ayant validé, présentait l'inconvénient majeur d'empêcher de faire concrètement la balance entre deux intérêts privés considérés en tant que tels. Il est vrai qu'à l'époque la Cour ne s'était pas encore dotée d'une technique permettant de procéder à un tel contrôle de proportionnalité privatisée. Ce moyen de concilier rationnellement effet horizontal et principe de proportionnalité n'a été concrètement mis en place, on le sait, qu'à partir du célèbre arrêt *Van Kück c/ Allemagne* du 12 juin 2003⁽¹⁹⁾. L'affaire *Aguilera Jiménez* se prêtait d'autant mieux à une rationalisation méthodologique nourrie de l'importante jurisprudence *Van Kück* que, contrairement à l'affaire *Fuentes Bobo*, elle ne laissait aucune ambiguïté sur la qualité de personne privée de l'employeur. Or l'arrêt du 8 décembre 2009 n'a pas fait l'effort de dissiper l'ambiguïté. En se situant toujours dans une logique de confrontation aux exigences du paragraphe 2 de l'article 10 (pt 26), en considérant que la mesure litigieuse est constituée tantôt par les licenciements (pt 25), tantôt par les décisions rendues par les juridictions internes (pt 36), la Cour persiste à engoncer l'employeur dans les habits d'un représentant fortuit de l'intérêt général et se

dispense de rechercher le juste équilibre entre les intérêts privés considérés en tant que tels. Cette attitude est d'autant plus regrettable qu'il y avait justement en l'espèce une grande originalité quant aux intérêts privés à mettre en balance.

En effet, il ne s'agissait pas d'un conflit classique entre les intérêts de l'employeur et les intérêts des salariés, mais, plus sûrement, d'un conflit entre salariés sous le regard de l'employeur. On se trouvait donc en présence d'une sorte d'effet horizontal au second degré, pour lequel l'application d'un véritable principe de proportionnalité privatisée pouvait paraître encore plus justifiée. Il sera même permis d'affirmer que la Cour de Strasbourg a commis une grave erreur en s'abstenant de l'exercer en l'espèce, car il se rapportait à l'essentiel respect du pluralisme syndical. Or, dans son arrêt de grande chambre *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark* du 11 janvier 2006 (20), la Cour avait ouvertement marqué son attachement au pluralisme syndical en stigmatisant l'obligation d'adhérer à un syndicat prédéterminé. Elle avait alors estimé que, lorsqu'il s'agit de monopole syndical allant à l'encontre de la liberté de choix de l'individu inhérente à l'article 11, la marge d'appréciation doit être considérée comme réduite. Il est peut-être un peu contradictoire de juger, comme en l'espèce, que la marge d'appréciation est, en revanche, « certaine » lorsque le pluralisme syndical est en jeu au regard de l'article 10. Quoi qu'il en soit, la Cour de Strasbourg n'a pas hésité à approuver l'application à des syndicalistes, en querelle avec d'autres syndicalistes, de la plus lourde des sanctions qui puissent frapper des salariés.

B - L'omission de contrôler la proportionnalité de la sanction

Les collègues syndiqués de M. Aguilera Jiménez avaient dénoncé de manière particulièrement grossière et choquante la collusion supposée entre l'employeur et deux autres salariés représentants des travailleurs. Ces propos étaient tellement outranciers qu'ils méritaient d'être sanctionnés, car il est admis, même à l'égard des journalistes (21), que la formule de l'article 10, suivant laquelle l'exercice des libertés qu'il consacre comporte « *des devoirs et des responsabilités* », ne doit pas rester lettre morte. Nul, en effet, ne saurait dépasser les limites acceptables du droit de critique et les membres d'un syndicat ne doivent pas échapper à cette contrainte, même si, comme le reconnaît l'arrêt du 8 décembre 2009, « *leurs idées, propositions et actions peuvent aussi heurter, choquer ou inquiéter* ». Il reste néanmoins à se demander si le dépassement de la mesure devait nécessairement exposer les syndicalistes caricaturistes à leurs licenciements sommaires et définitifs, alors surtout que la faute commise était en lien étroit avec leurs missions syndicales. Comme le souligne avec force M^{me} la juge Power, une sanction si grave implique l'existence d'un besoin social impérieux. Or, il faut bien constater avec elle qu'il n'y a dans l'arrêt aucun passage examinant quel besoin social impérieux justifiait, en l'occurrence, la mise en oeuvre d'une sanction aussi drastique, qui prive les salariés du droit de gagner leur vie par le travail consacré par l'arrêt *Sidabras* (22). En refusant de constater une violation du droit à la liberté d'expression des requérants sans se donner la peine de vérifier la proportionnalité de la sanction la plus lourde qui les a frappés, il est à craindre que la CEDH n'ait pris, elle aussi, le risque de rendre un arrêt... caricatural.

Mots clés :

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Liberté d'expression * Contrat de travail * Rupture * Licenciement * Syndicaliste

(1) J.-P. Marguénaud et J. Mouly, L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux, D. 2009. Chron. 739 ; RDT 2009. 288, obs. N. Hervieu.

(2) D. 2001. Jur. 574, notre note.

(3) M. Levinet, in GACEDH, 5^e éd., PUF, 2009, p. 612.

(4) CEDH 21 avr. 2009, *Enerji Yapi Yol Sen c/ Turquie*, RDT 2009. 499, nos obs., qui, de manière incontestable, rattache le droit de grève à l'art. 11 de la Convention.

(5) V. l'opinion dissidente de M^{me} la juge Power.

- (6) Req. n° 11800/85
- (7) Req. n° 20652/92
- (8) Req. n° 31684/05
- (9) Req. n° 31276/05
- (10) Req. n° 37096/97
- (11) F. Sudre, Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, JCP G 2010, doctr. 70, n° 20.
- (12) V. notre note ss. CEDH 21 nov. 2006, JCP 2007. II. 10038
- (13) Req. n° 57829/00
- (14) V. l'arrêt *Mamère c/ France* du 7 nov. 2006, D. 2007. Jur. 1704, note J.-P. Marguénaud .
- (15) V., encore récemment, Soc. 15 déc. 2009, n° 07-44.264, D. 2010. Actu. 156 .
- (16) V. l'art. 7 de l'ordonnance n° 58-1360 du 29 déc. 1958.
- (17) V. l'arrêt *Leroy c/ France* du 2 oct. 2008, RTDH 2009. 1109, note B. Nicot ; V., aussi, S. Sellami, *La liberté d'expression des caricaturistes*, mémoire de master 2 en droit privé général et européen, Limoges, 2007.
- (18) Préc.
- (19) RTD civ. 2004. 361, obs. J.-P. Marguénaud .
- (20) *In* GACEDH, préc., n° 62 ; Dr. soc. 2006. 1022, obs. J.-P. Marguénaud et J. Mouly.
- (21) V. l'arrêt de grande chambre *Stoll c/ Suisse* du 10 déc. 2007, GACEDH, préc., n° 57.
- (22) *Sidabras et Dzautias c/ Lituanie* du 27 juill. 2004 ; J.-P. Marguénaud et J. Mouly, Le droit de gagner sa vie par le travail devant la CEDH, D. 2006. Chron. 477 .