La « re-régulation » de la protection contre le licenciement au Pérou par le Tribunal constitutionnel

Francisco Villanueva

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/rdctss/1159>

DOI : 10.4000/rdctss.1159

ISSN : 2262-9815

Éditeur

Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale

Édition imprimée

Date de publication : 1 avril 2020

Pagination : 6-21

ISSN : 2117-4350

Référence électronique

Francisco Villanueva, « La « re-régulation » de la protection contre le licenciement au Pérou par le Tribunal constitutionnel », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* [En ligne], 1 | 2020, mis en ligne le 01 novembre 2021, consulté le 11 novembre 2021. URL : <http://journals.openedition.org/rdctss/1159> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdctss.1159>

Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

LA « RE-RÉGULATION » DE LA PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT AU PÉROU PAR LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL

RÉSUMÉ

Au cours des années 1990, le Pérou a entamé un processus de flexibilisation de son droit du travail, notamment en matière de protection de la sécurité de l'emploi. On passera ainsi d'un système de stabilité absolue à un système de pseudo-stabilité. Cette réforme se trouvera à l'origine de vagues successives de licenciements ayant affecté des milliers de travailleurs. Certains de ces congédiements seront contestés devant le Tribunal constitutionnel. Au début des années 2000, ce tribunal adoptera des décisions qui deviendront un frein au processus de flexibilisation et qui feront partie d'un nouveau processus : celui de la reconstruction du droit du travail péruvien par la voie de la juridiction constitutionnelle. Cet article analysera une étape de ce processus, celle relative à la protection contre le licenciement.

MOTS CLÉS : *Tribunal constitutionnel; droit au travail; sécurité de l'emploi; État social et démocratique de droit.*

ABSTRACT

During the 1990s, Peru began a process of flexibilisation of its labor law, particularly with regard to the protection of job security. This country will transit from a system of absolute stability to a system of pseudo-stability. This reform will allow successive waves of dismissals that affected thousands of workers. Some of these dismissals will be challenged before the Constitutional Court. In the early 2000s, this court will adopt decisions that will curb the process of flexibilization and become part of a new process: the reconstruction of Peruvian labor law through the constitutional jurisdiction. This article will analyze one stage of this process, that of protection against dismissal.

KEY WORDS : *Constitutional Court; Right to Work; Employment Security; Social State.*

Au début des années 1990, le Pérou a traversé la pire crise économique de son histoire et s'est vu imposer des programmes d'ajustement structurel par les grandes institutions financières internationales. Dans le cadre de ces programmes, il était demandé au Gouvernement péruvien d'entamer un processus radical de flexibilisation du droit du travail, lequel comportait - parmi d'autres mesures - l'affaiblissement du système de protection de la sécurité d'emploi. Ainsi, au cours des années 90, le Pérou passera d'un système de stabilité absolue à un système de pseudo-stabilité, qui se trouvera à l'origine de vagues successives et massives de licenciements. Certains de ces licenciements seront contestés devant le Tribunal Constitutionnel (ci-après TC), déclenchant ainsi d'importantes batailles juridiques qui auront des répercussions remarquables sur le droit du travail péruvien. En effet, au début des années 2000, ce tribunal a adopté des décisions qui ont marqué un frein au processus de flexibilisation et ont entraîné l'émergence d'un nouveau processus : celui de la reconstruction du droit du travail péruvien. Cet article s'intéresse à ce processus qui a porté sur la protection contre le licenciement, tout en examinant deux décisions clés du TC.

Afin de mieux comprendre la démarche et le raisonnement du TC, il convient au préalable de rappeler que la jurisprudence du TC contient des références clés à l'État social et démocratique de droit (ESDD ci-après) et à la protection constitutionnelle du travail, comme contexte normatif, ce qui rend nécessaire de s'y attarder brièvement. Le TC a défini le Pérou comme un ESDD à plusieurs reprises. Mais c'est dans sa décision du 11 novembre 2003 relative à l'action en inconstitutionnalité contre l'article 4 du D.U. n° 140-2001¹ qu'il a eu l'occasion d'analyser en profondeur les effets de ce type d'organisation politique sur l'ensemble du système normatif. Tout d'abord, le TC considère que l'État péruvien est un ESDD, sur la base d'une analyse conjointe des articles 3 et 43 de la Constitution². L'article 3 énonce que parmi les droits de l'homme protégés par la Constitution se trouvent ceux inhérents à l'État démocratique de droit ; tandis que l'article 43 proclame que la République péruvienne est démocratique et sociale. D'après le TC, l'ESDD reprend les principes et droits fondamentaux de l'État de droit libéral mais, à la différence de ce dernier, l'ESDD vise à assurer une effectivité plus grande des droits de la personne - auxquels s'ajoutent les droits sociaux, économiques et culturels - en les dotant d'une base et d'un contenu matériel. Ainsi, pour le TC, il n'y a aucune possibilité de matérialiser la liberté si son établissement et ses garanties formelles ne sont pas accompagnés de conditions de vie permettant son exercice réel³.

Le TC a également eu l'occasion d'affirmer que l'interprète de la Constitution doit privilégier une « logique herméneutique univoque », qui considère l'être humain comme « le *prius* éthique et logique » de l'ESDD, et ne pas céder à la tentation de faire une lecture

1 Action d'inconstitutionnalité contre le Décret d'urgence n° 140-2001, dossier 0008-2003-AI/TC, ci-après affaire 0008-2003-AI/TC.

2 Affaire 0008-2003-AI/TC, §4.1-10.

3 Affaire 0008-2003-AI/TC, §4.1.a-11.

en vase clos de chacune de ses normes⁴. D'après le TC, l'ESDD incarne les valeurs de dignité de la personne, d'égalité réelle, de solidarité, de justice sociale, et demande que ces valeurs puissent avoir un impact réel dans la vie quotidienne des citoyens⁵. En outre, l'interprète doit maximiser l'efficacité des droits sociaux, économiques et culturels⁶ et accorder aux personnes lésées la protection « la plus vaste, efficace et rapide possible »⁷.

Pour ce qui est de la protection du travail, l'article 1 de la Constitution péruvienne énonce que « la défense de la personne humaine et le respect de sa dignité sont le but suprême de la société et de l'État ». De cet article dérive le principe de dignité de la personne, qui exerce une influence très importante dans le domaine du travail⁸. Cela dit, le travail est consacré dans le texte constitutionnel comme un droit et un devoir⁹. Le travail est aussi considéré comme le fondement du bien-être social et un moyen de réalisation de la personne¹⁰. Selon la Constitution, le travail doit faire l'objet d'une attention prioritaire de la part de l'État¹¹. De plus, la Constitution établit que l'employeur ne peut pas porter atteinte à la dignité du salarié, ni limiter l'exercice de ses droits constitutionnels¹². La Constitution protège le travailleur tout au long du rapport salarial. D'après le TC, il est possible d'identifier par inférence un principe constitutionnel de protection du travail, et ce, à partir du modèle de l'ESDD et des différentes normes constitutionnelles de protection du travail précitées¹³.

Après avoir analysé la protection constitutionnelle et législative contre le licenciement au Pérou **(I)**, deux décisions du TC ayant joué un rôle clé dans le processus de re-régulation de la protection contre le licenciement seront commentées **(II)**.

I - LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE ET LÉGISLATIVE CONTRE LE LICENCIEMENT AU PÉROU

Pour bien comprendre l'évolution de la protection constitutionnelle **(B)** et législative **(C)** contre le licenciement, il est nécessaire de présenter la doctrine hispanophone et péruvienne relative au droit au travail et à la protection contre le licenciement **(A)**.

4 Affaire 0008-2003-AI/TC, §3-5.

5 Affaire 0008-2003-AI/TC, §4.1.c-13(d).

6 Affaire 0008-2003-AI/TC, §3-6. Selon l'article 44 de la Constitution, l'État est dans l'obligation de garantir la mise en œuvre et le plein respect des droits de l'homme.

7 Sentence du 13 mars 2003 (affaire *Llanos*), section V-15.

8 Selon le TC, « la dignité de la personne humaine est la valeur suprême du système juridique et, en tant que telle, elle est le fondement ontologique de tous les droits fondamentaux, y compris ceux à contenu économique », Affaire 0008-2003-AI/TC, §4.2-14. Il en résulte que la dignité de la personne rayonne sur tous les droits de l'homme.

9 Article 22 de la Constitution du Pérou.

10 Article 22 de la Constitution du Pérou.

11 Article 23 al. 1 de la Constitution du Pérou.

12 Article 23 al. 3 de la Constitution du Pérou.

13 Sentence du 11 juillet 2002 (affaire *Telefónica*), sections 12 et 13.

A- LE DROIT AU TRAVAIL ET LA PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT DANS LA DOCTRINE HISPANOPHONE

Pour une meilleure compréhension du raisonnement du TC, il convient de faire état de la manière dont le droit au travail **(1)** et la protection contre le licenciement **(2)** sont définis et compris dans la doctrine.

1- Le droit au travail

Selon R. Sastre, le droit au travail fait l'objet de trois lectures différentes. En premier lieu, il y a ceux pour qui le droit au travail constitue essentiellement un simple critère de nature éthico-politique, sans effets contraignants sur le plan juridique tant à l'égard de l'État qu'à l'égard des particuliers. Il s'agit d'une position extrême qui ne semble pas avoir beaucoup de promoteurs. En deuxième lieu, d'autres auteurs conçoivent le droit au travail de manière minimaliste. En effet, ils sont d'avis qu'en ce qui concerne ses effets à l'égard des pouvoirs publics, il s'agit d'une prescription de nature programmatique adressée à l'État en vue de promouvoir le plein emploi lors de la formulation de ses politiques de nature économique et sociale. Au niveau de la sphère juridique individuelle, ils affirment que le droit au travail garantit uniquement la liberté de travail. En troisième lieu, d'aucuns accordent au droit au travail un contenu plus vaste. Ils sont d'avis que ses effets ne se limitent pas aux politiques publiques ou aux rapports État-citoyen. Selon ce courant, le droit au travail entrerait en jeu dans tous les domaines réglementaires concernant le rapport salarial, y compris en matière d'accès à l'emploi et de sécurité de l'emploi¹⁴.

D'après J. Neves, le droit au travail possède une double dimension: faciliter l'accès des personnes à un emploi et garantir aux salariés la préservation de leur lien d'emploi. Pour ce qui est de la deuxième dimension, J. Neves avance que le droit au travail comporte l'interdiction adressée à l'employeur de ne pas licencier de manière injustifiée le salarié. Selon le même auteur, cette dimension du droit au travail garantit aussi le maintien du lien d'emploi dans des cas de figure différents du licenciement tel que, par exemple, la retraite obligatoire¹⁵. D'autres auteurs péruviens sont du même avis¹⁶.

2- La protection contre le licenciement

Pour ce qui est de la protection contre le licenciement, la classification des différents systèmes peut varier d'un auteur à l'autre en fonction des caractéristiques présentes dans chaque droit national.

De manière générale sont identifiés :

- Le système de stabilité absolue : Il s'agit du système le plus protecteur du salarié et le plus restrictif des pouvoirs patronaux. Le salarié ne peut être licencié que sur la base d'une cause juste prévue dans la loi (principe de causalité). Le licenciement injustifié peut être contesté devant le juge par le salarié en vue d'obtenir son annulation.

14 R. Sastre, *El derecho al trabajo*, Madrid, Editorial Trotta, 1996, p. 129.

15 J. Neves, *Derecho del Trabajo. Cuestiones Controversiales*, Lima, Ara Editores, 2010, p. 44.

16 C. Blancas, *El despido en el derecho laboral peruano*, Lima, Ara Editores, 2006, p. 73 ; A. Villavicencio, « El derecho al trabajo: en el tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado », *Derecho PCUP*, 2013, n°71, p. 317.

Les mesures réparatrices qui accompagnent l'annulation du licenciement sont la réintégration du salarié dans son emploi et le paiement d'une indemnité de perte salariale.

- Le système de stabilité relative : Le système de stabilité relative se distingue du système de stabilité absolue, essentiellement par l'absence de la réintégration du salarié à titre de mesure réparatrice. En lieu et place est versée une indemnité de départ calculée en fonction de l'ancienneté accumulée par le salarié. Cette indemnité s'ajoute à l'indemnité de perte salariale.
- Le système de pseudo-stabilité : Bien qu'il consacre formellement le principe de causalité, ce système ne comporte pas l'annulation du licenciement. De ce fait, même s'il est injustifié, le licenciement met fin définitivement au contrat de travail. La seule mesure réparatrice accordée au salarié est le paiement d'une indemnité.
- Le système de libre résiliation avec préavis¹⁷ : Dans ce système, l'employeur peut mettre fin librement au contrat. Il prévoit cependant l'obligation d'accorder au salarié un préavis pouvant être substitué par une indemnité équivalente à la rémunération que le travailleur aurait pu percevoir au cours de la période couverte par le préavis.

B- LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE CONTRE LE LICENCIEMENT

La protection contre le licenciement a été abordée au niveau constitutionnel seulement à partir de 1979. En effet, la Constitution adoptée cette année-là reconnaissait dans son article 48 la sécurité de l'emploi et le principe de causalité¹⁸. Selon l'interprétation dominante, le texte constitutionnel de 1979 prévoyait un système de stabilité absolue. A l'époque, la sécurité de l'emploi était considérée comme l'un des grands acquis des travailleurs associés au Gouvernement réformiste de Velasco (1968-1975) et sa protection constitutionnelle était devenue l'un des grands objectifs syndicaux.

En 1993, le Pérou a adopté une nouvelle Constitution qui, dans le domaine du travail, est moins protectrice que celle de 1979. Son article 27 énonce que « la loi protège adéquatement le travailleur contre le licenciement arbitraire ». Cet article fait l'objet de deux interprétations divergentes. D'un côté, une interprétation littérale et historique est favorable à la flexibilisation du licenciement et à l'intervention souveraine du législateur sur ce que l'on doit entendre par « protéger adéquatement »¹⁹. Selon ce courant, à la différence de la Constitution de 1979, celle de 1993 ne permet pas de présumer un parti pris pour un système de stabilité absolue. Ainsi, l'utilisation d'un langage différent d'une Constitution à l'autre constituerait un indice mettant en évidence la volonté des membres de l'assemblée constituante d'accorder au législateur une latitude plus vaste sur la conception de la protection contre le licenciement. D'un autre côté, un deuxième courant adhère à une interprétation systématique et téléologique protectrice du droit au travail.

17 Même si nous ne la reprenons pas littéralement, notre classification s'inspire de celle de A. Pla, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Montevideo, FCU, 2015, p. 212.

18 Article 48 : « L'État reconnaît le droit à la stabilité de l'emploi. Le travailleur ne peut être licencié que pour un motif valable, prévu dans la loi et dûment vérifié » (Traduction libre).

19 Voir M. Pasco, « El Trabajo en la Constitución », *Ius et Veritas*, 1993, n° 7, p. 27; V. Ferro, « La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional », *Derecho PUCP*, 2012, n° 68, p. 471; L. Castillo, « El contenido constitucional del Derecho al Trabajo y el proceso de amparo », *Asesoría Laboral*, 2004, vol. 14, n° 167, p. 9.

Selon ce courant, l'article 27 ne peut pas être lu isolément, mais plutôt en le situant dans son contexte normatif - une Constitution qui consacre l'État social et démocratique de droit et le principe de protection du travail - et à la lumière de l'article 22 relatif au droit au travail. Par rapport à ce deuxième élément, les auteurs qui défendent cette position soutiennent que le droit (constitutionnel) au travail protège le salarié contre le licenciement arbitraire et limite le pouvoir discrétionnaire du législateur dans les définitions du contenu de la loi mettant en œuvre l'article 27. Selon ce courant, une protection adéquate contre le licenciement arbitraire doit prévoir la réintégration du salarié dans son emploi²⁰.

C- LA PROTECTION LÉGISLATIVE CONTRE LE LICENCIEMENT

La sécurité de l'emploi a été introduite pour la première fois dans le droit du travail péruvien en 1970 avec le décret-loi n° 18471²¹. Cette loi accordait aux salariés - qui avaient achevé leur période de probation de trois mois - la protection d'un système de stabilité absolue. En 1978, le Gouvernement de Morales-Bermúdez adopta la loi n° 22126 visant à flexibiliser le système de la loi n° 18471, notamment en ce qui concerne l'accès à un emploi permanent alors possible seulement après trois ans de services²². Puis, en 1985, la loi n° 24514 réintroduit la période d'acquisition de la permanence de trois mois. Au début des années 1990, le Gouvernement entame un processus de flexibilisation qui aura des effets sur le plan de la protection contre le licenciement. En 1991, le décret législatif n° 728 est adopté (ci-après dénommé D.L. 728) et affaiblit le système de sécurité absolue. Néanmoins, cette loi introduit un nouveau recours, dont le but est de déclarer la nullité de certains types de licenciement²³, qui aboutit dans des cas bien précis à la réintégration du salarié.

En 1995, le processus de flexibilisation en matière de protection contre le licenciement est parachevé avec l'adoption de la loi n° 26513, qui modifie le D.L. 728 et introduit un système de pseudo-stabilité. Le principe de causalité est repris mais, à la différence des lois antérieures, cette loi prévoit le paiement d'une indemnité de départ comme seule mesure de réparation en cas de licenciement injustifié²⁴. La réintégration du salarié n'est possible que dans la situation du recours en nullité du licenciement, limité aux cas de figure mentionnés précédemment. S'ouvre alors une étape d'incertitude et de précarisation

20 Voir C. Blancas, « El derecho al trabajo en la futura constitución », *Derecho PUCP*, 2003, n° 56, p. 804; J. Neves, *op. cit.*, note 19, p. 44; M. Carrillo, « La estabilidad de entrada y de salida como expresiones del principio de continuidad. Una Aproximación desde la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano », *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2011, n° 12, p. 179; C. Blancas, *El despido en el derecho laboral peruano*, *op. cit.*, p. 130.

21 Avant cette loi, il existait un système de libre résiliation avec préavis (Loi n° 4916 de 1924). Sur l'évolution historique de la protection contre le licenciement, voir C. Blancas, « El despido en el ordenamiento peruano : el estado de la cuestión », *Laborem*, 2013, n° 13, p. 129.

22 Les salariés dont l'ancienneté varie de trois mois à trois ans peuvent être licenciés librement en leur accordant un préavis de trois mois.

23 Le licenciement ayant pour motif l'exercice d'une fonction de direction au sein d'un syndicat, l'affiliation à un syndicat ou en raison d'activités syndicales, le licenciement discriminatoire, le licenciement pour grossesse, et le licenciement causé par le dépôt d'une plainte contre l'employeur auprès des autorités compétentes.

24 Selon l'article 38 du D.L. 728, le salarié licencié de manière arbitraire a droit à une indemnité équivalente à 1,5 rémunérations mensuelles pour chaque année de services jusqu'à concurrence de douze mois de salaire.

de l'emploi, aggravée par la crise économique de la fin des années 1990. Bien que le D.L.728 prévoyait une procédure spécifique en cas de licenciement collectif pour motifs économiques, technologiques ou structurels, les employeurs ont décidé de se prévaloir du système de pseudo-stabilité pour effectuer des licenciements arbitraires (*ad nutum*) massifs accompagnés du versement d'une indemnité de départ. Dans de nombreux cas, les employeurs présentaient aux salariés, de manière soudaine, l'alternative suivante : « démission » accompagnée d'une indemnité de départ majorée, ou licenciement avec l'indemnité prévue par la loi. Cette façon d'agir pouvait aussi, du même coup, viser l'affaiblissement des syndicats, soit à cause de la perte d'effectifs syndiqués, soit parce que des dirigeants syndicaux faisaient partie du personnel supposé « excédentaire ».

II- UN PROCESSUS DE RE-RÉGULATION JURISPRUDENTIELLE DU LICENCIEMENT PAR LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL

Au début des années 2000, le TC retrouve son autonomie et réassume son rôle de garant de la primauté de la Constitution. Les salariés tireront avantage de cette nouvelle conjoncture politique afin de faire valoir leur droit au travail par la voie de la juridiction constitutionnelle (procès d'*amparo*). C'est ainsi que le TC se penchera sur de nombreuses demandes présentées en vue d'annuler les effets des licenciements arbitraires²⁵.

Trois décisions clés **(A)** se trouvent au cœur du processus de re-régulation de la protection contre le licenciement et retiennent particulièrement l'attention **(B)**.

A- LES TROIS DÉCISIONS PHARE DU TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL

1 - L'affaire Telefónica²⁶ (sentence du 11 juillet 2002)

La demande présentée par la partie syndicale (ci-après le Syndicat) visait à empêcher des licenciements massifs envisagés par Telefónica del Perú S.A.A. (ci-après TDP), lesquels se sont finalement produits après le début du procès. Ces licenciements ont eu lieu en application de l'article 34 du D.L. 728, lequel prévoit le paiement d'une indemnité de départ comme seule mesure de réparation en cas de licenciement arbitraire. Le Syndicat a invoqué principalement la protection accordée par les articles 22 (droit au travail), 27 (protection contre le licenciement) et 28 (liberté syndicale) de la Constitution. Dans sa décision, le TC donne raison au Syndicat et ordonne la réintégration des salariés licenciés par TDP.

Dans un premier temps, le TC rappelle que la Constitution est la norme suprême du système juridique et que son respect s'impose tant à l'État qu'à l'ensemble de la société. Qui plus est, les effets normatifs de la Constitution se déploient tant sur le plan des relations de droit public (État-citoyen) que sur le plan des relations de droit privé (entre particuliers).

25 Cette prétention ne pouvait pas être poursuivie avec succès dans la voie juridictionnelle ordinaire, compte tenu du fait que le D.L. 728 ne prévoyait pas la réintégration du salarié comme mesure réparatrice en cas de licenciement arbitraire.

26 Décision du 11 juillet 2002 relative à l'affaire *Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y FETRADEL c. Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A.*, dossier 1124-2001-AA/TC, (ci-après Affaire Telefónica).

Le TC ajoute que les effets normatifs de la Constitution concernent également les relations de travail. De ce fait, selon le TC, les pouvoirs patronaux doivent être exercés dans le respect de la dignité et des droits constitutionnels des salariés. Le TC constate la disparité de pouvoir existant entre l'employeur et le salarié et avance que la Constitution protège ce dernier²⁷.

La partie patronale soutient que la Constitution de 1993 n'a pas consacré un système de sécurité absolue. Par conséquent, l'option du législateur en faveur d'un système de pseudo-stabilité fait partie de son pouvoir de configurer ce que l'on doit entendre par une protection adéquate face au licenciement au sens de l'article 27 de la Constitution. À cet égard, le TC avance que centrer le débat sur la dichotomie stabilité absolue/pseudo-stabilité n'est pas la voie la plus appropriée dans le cadre d'une analyse portant sur le droit constitutionnel, compte tenu du fait que ce type de démarche pourrait conduire à évacuer toute possibilité de protection en faveur du salarié²⁸. Le TC est d'avis qu'il faut placer au cœur du débat la question du respect du contenu essentiel du droit au travail²⁹.

Le TC fait état de la reconnaissance explicite du droit au travail dans l'article 22 de la Constitution. Le TC considère que le contenu essentiel de ce droit comporte deux dimensions. Premièrement, le droit au travail englobe le droit de la personne d'accéder à un emploi. Deuxièmement, ce droit exige que le licenciement du salarié ne puisse avoir lieu que sur la base d'une cause juste. En même temps, le TC examine l'article 27 de la Constitution³⁰. Selon le tribunal, en vertu de cet article, il revient au législateur le pouvoir de configurer les modalités de protection face au licenciement arbitraire, mais dans le respect du contenu essentiel du droit au travail. Le TC statue que l'on doit rejeter toute interprétation selon laquelle l'article 27 accorde à l'employeur la faculté de licencier de manière arbitraire³¹. Ensuite, le TC analyse la constitutionnalité du deuxième alinéa de l'article 34 du D.L. 728³², et en conclut qu'il existe une situation d'antinomie entre cette règle et l'article 22 de la Constitution qui protège le droit au travail. Ainsi, pour le TC, l'article 34 al. 2 du D.L. 728 vide de contenu l'article 22 de la Constitution. En effet, l'article 34 al. 2 habilite l'employeur à résilier le contrat de travail de manière irréversible et, à toutes fins pratiques, sans avoir réellement à justifier le motif de sa décision, ce qui contrevient au principe de causalité faisant partie du contenu essentiel du droit au travail³³. Compte tenu de l'impossibilité d'interpréter l'article 34 al. 2 du D.L. 728 conforme à la Constitution, le TC

27 Sentence du 11 juillet 2002 (Affaire *Telefónica*), sections 6 et 7.

28 Selon l'article 1 de la Loi n° 23506 sur les actions de *habeas corpus* et *amparo*, applicable à l'Affaire *Telefónica*, les actions de garantie (*habeas corpus* et *amparo*) ont pour but de rétablir la situation existant avant la violation ou la menace de violation d'un droit constitutionnel.

29 Sentence du 11 juillet 2002 (Affaire *Telefónica*), section 12.

30 « Article 27. La loi protège adéquatement le travailleur contre le licenciement arbitraire ».

31 Affaire *Telefónica*, section 12.

32 Cette norme prévoit que si le licenciement est arbitraire parce qu'il n'est pas fondé sur une cause juste (*ad nutum*) ou parce que celle-ci n'a pas pu être prouvée devant un tribunal, le travailleur a seulement droit à une indemnité pour compenser la perte d'emploi, ce qui implique l'exclusion (législative) de la réintégration comme mesure réparatrice.

33 Affaire *Telefónica*, section 12. De ce fait, les frontières entre le système de pseudo-stabilité et celui de libre résiliation avec préavis s'estompent : dans les deux cas, l'employeur a la possibilité de mettre fin au contrat unilatéralement et sans en donner la cause et de s'exempter de toute responsabilité additionnelle en payant une indemnité.

déclare que, dans cette affaire, il faut affirmer la primauté de la Constitution en optant pour l'inapplication de la disposition législative³⁴.

Le TC considère que la manière dont *Telefónica* a appliqué l'article 34 al. 2 met en évidence le grand déséquilibre de pouvoir existant entre l'employeur et la salariée à l'occasion de la cessation du contrat de travail. Pour le TC, cette disparité de pouvoir entre les parties est contraire au principe constitutionnel de protection du travail lequel, selon ledit tribunal, découle des règles constitutionnelles qui consacrent divers droits sociaux et, surtout une conséquence - qualifiée « d'inexorable » - de l'ESDD. De plus, puisque le licenciement sans cause est un acte qui contrevient à une norme constitutionnelle (l'article 22 relatif au droit au travail), le TC statue qu'il est frappé de nullité *ab initio*. Il s'ensuit dès lors la non-reconnaissance des effets du licenciement, la nécessité de rétablir la situation l'ayant précédé, et au final la réintégration comme conséquence naturelle de la nullité du licenciement. Le TC est d'avis que dans ce cas de figure, l'indemnité de départ doit être considérée uniquement comme une forme complémentaire ou subsidiaire de réparation dans l'hypothèse où le salarié ne désire pas se prévaloir de la réintégration³⁵.

Cette synthèse de l'essentiel de la décision du TC relative à l'Affaire *Telefónica* serait incomplète si l'on omettait de faire état de l'analyse formulée par le TC vis-à-vis de l'argument patronal concernant l'application du Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels (ci-après dénommé le Protocole de San Salvador)³⁶. Le texte de l'article 7(d) de cet instrument international laisse au choix du législateur la mesure réparatrice appropriée en cas de licenciement : le paiement d'une indemnité, la réintégration du salarié, ou d'autres modalités de dédommagement. Selon la partie patronale, en prévoyant le paiement d'une indemnité comme seule mesure de réparation (loi n° 26513 de 1995), le législateur péruvien a configuré la protection contre le licenciement en optant pour l'un des choix possibles prévus dans le Protocole de San Salvador. Dès lors, toujours selon *Telefónica*, les licenciements effectués en application du système de pseudo-stabilité étaient licites. Pour sa part, le TC rejette cet argument en affirmant que la protection accordée par les traités internationaux en matière de droits de l'homme possède un caractère minimal et qu'elle peut faire l'objet d'améliorations par les législatures nationales. Qui plus est, le TC avance que la ratification de cet instrument ne peut être faite au détriment des droits garantis par la Constitution du Pérou. Bien au contraire, les opérateurs juridiques doivent interpréter les dispositions constitutionnelles relatives aux droits de l'homme, tout en visant l'amélioration de leurs niveaux de protection.

2- L'affaire Llanos³⁷ (sentence du 13 mars 2003)

Cette affaire présente une importance particulière dans la mesure où elle a permis au TC de développer et de préciser davantage ses critères en matière de protection contre le

34 Affaire *Telefónica*, sections 12 et 13. Le principe de primauté de la Constitution est consacré de manière explicite dans l'article 51 de la Constitution.

35 *Ibid.*

36 Ratifié par le Pérou le 17 mai 1995. La loi 26513 modifiant le D.L. 728 et instituant le système de pseudo-stabilité fut adoptée le 18 juillet 1995. La proximité dans le temps entre la ratification du Protocole de San Salvador et l'adoption de la Loi n° 26513 ne semble pas être une simple coïncidence.

37 Décision du 13 mars 2003 relative à l'affaire *Eusebio Llanos Huasco c. Telefónica del Perú S.A.*, dossier 976-2001-AA/TC, ci-après Affaire Llanos.

licenciement. Dans le cas d'espèce, Telefónica del Perú S.A. avait licencié Monsieur Eusebio Llanos, accusé d'avoir commis une faute grave en lien avec l'exercice de ses fonctions. Bien que le TC ait déclaré irrecevable la demande de Monsieur Llanos, il a profité de cette occasion pour élargir les cas de figure permettant aux salariés d'obtenir l'annulation d'un licenciement.

Le TC précise que le régime de réparation par équivalent de l'article 34 al. 2 du D.L. 728³⁸ est conforme à la Constitution dans les cas où le travailleur accepte les effets extinctifs du licenciement. Ainsi, il est licite que le salarié licencié arbitrairement se prévale du droit à percevoir une indemnité, en invoquant l'application de la norme citée précédemment : soit en encaissant les sommes payées par l'employeur, soit en agissant en justice en vue d'obtenir ce type de réparation³⁹. D'un autre côté, le TC est d'avis que le régime de protection de l'article 27 de la Constitution n'est pas uniquement circonscrit à ce que le législateur a prévu dans le D.L. 728. En effet, d'après le TC, une telle protection découle aussi des différents dispositifs constitutionnels qui protègent les droits des salariés⁴⁰. D'après le TC, l'absence d'effets de certains types de licenciement résulte du lien « direct et immédiat entre l'acte extinctif du rapport salarial et la contravention à la Constitution ou aux traités en matière de droits de l'homme »⁴¹. Pour le TC, le principe de primauté constitutionnel n'admet pas la possibilité de reconnaître la légitimité ni l'efficacité des actes impliquant le non-respect des droits constitutionnels⁴², la réintégration dans l'emploi étant ainsi une conséquence naturelle de l'inefficacité du licenciement contraire à la Constitution.

Selon le TC, les catégories de licenciement qui contreviennent à la Constitution sont au nombre de trois : le licenciement nul, le licenciement sans cause et le licenciement frauduleux. La première catégorie inclut les licenciements effectués en raison de l'appartenance à un syndicat, de la participation à des activités syndicales, du fait d'exercer ou d'avoir exercé la fonction de représentant des travailleurs, ou d'avoir été candidat à un poste de représentant des travailleurs, le sexe, la race, la religion, l'opinion politique ou des motifs analogues, la grossesse, un handicap et le fait d'être porteur du VIH. Pour ce qui est de la deuxième catégorie - le licenciement sans cause -, le TC le définit comme le licenciement effectué sans communiquer au salarié une cause quelconque justifiant la rupture du contrat. Cette catégorie se trouve justement au cœur de la décision du 11 juillet 2002 précédemment analysée. Enfin, concernant le licenciement dit « frauduleux », il s'agit selon le TC d'une rupture teintée par la mauvaise foi de l'employeur; par exemple lorsque l'employeur attribue au salarié des fautes inexistantes au salarié, ou lorsque la cessation du contrat découle d'un accord affecté par un vice de la volonté⁴³.

3 - L'affaire AMP (sentence du 28 novembre 2017)

En novembre 2008, *América Móvil Perú SAC* (ci-après AMP) conclut un contrat à durée déterminée (CDD) avec Madame C. Márquez. Selon le D.L. 728, un employeur peut avoir

38 Ce régime se traduit dans le paiement d'une indemnité de départ calculée en fonction de l'ancienneté du travailleur.

39 Sentence du 13 mars 2003 (affaire *Llanos*), section IV-12(a.2).

40 Affaire *Llanos*, sections IV-13 et IV-14.

41 Sentence du 13 mars 2003 (affaire *Llanos*), section V-15.

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

recours à ce type de contrats uniquement dans l'un des neuf cas de figure explicitement prévus dans ses articles 57 à 67. Aussi la validité de ce type de contrat dépend-elle du respect des conditions légales objectives autorisant leur conclusion. Dans le cas de Madame Márquez, AMP se prévaut du CDD « Création ou accroissement d'activités »⁴⁴. Le CDD liant les parties prend fin le 5 novembre 2011. Par la suite, la salariée décide de contester la fin de cette relation salariale par la voie d'une action d'*amparo*. Madame Márquez affirme que, *de facto* et *de jure*, son contrat de travail était à durée indéterminée puisque, dans son cas, le recours à un CDD était frauduleux. Selon la salariée, elle aurait fait l'objet d'un licenciement injustifié et aurait droit à la réintégration dans son emploi. Cinq juges du Tribunal constitutionnel donnent raison à la demanderesse, estimant que l'employeur n'a pas suffisamment précisé dans le texte du contrat les motifs qui justifiaient la signature d'un CDD « Création ou accroissement d'activités ». En l'espèce, les juges concluent qu'il s'agit d'une fraude à la loi⁴⁵ et qu'en l'absence d'une cause juste de licenciement, AMP a porté atteinte au droit au travail de la salariée. Ils ordonnent ainsi la réintégration de Madame Márquez en guise de mesure de réparation⁴⁶.

S'agissant des deux votes dissidents des juges Ferrero et Sardón, qui considéraient pour leur part irrecevable la demande de Madame Márquez, les magistrats reprennent l'opinion selon laquelle le système de pseudo-stabilité du D.L. 728 n'est pas en conflit avec la protection constitutionnelle du licenciement.

Or, il est pertinent de faire état des arguments formulés par ces deux juges dans la mesure où il est envisageable qu'une modification de la composition du TC, au cours des prochaines années, puisse faire pencher la balance de leur côté⁴⁷. Le point de départ de l'argumentaire du juge Ferrero se retrouve dans le modèle économique de la Constitution de 1993 : celui d'une économie sociale de marché. Selon ce magistrat, dans le contexte d'un système macro-économique conforme à ce modèle, « la promotion de l'emploi requiert que la sécurité de l'emploi (...) soit relative »⁴⁸, cette affirmation étant corroborée par l'évolution constitutionnelle de la protection contre le licenciement⁴⁹. Toujours d'après lui, il revient au législateur de définir ce que l'on entend par protection « adéquate » contre le licenciement. De surcroît, son interprétation de l'article 22 de la Constitution admet que le droit au travail recèle plusieurs dimensions. Mais, curieusement et à la différence de la majorité de ses collègues, son exégèse du dispositif fait fi de la protection contre le licenciement⁵⁰.

44 Selon l'article 57 du D.L. 728.

45 Sentence du 28 novembre 2017 (affaire AMP), §12.

46 Sentence du 28 novembre 2017 (affaire AMP), p. 12.

47 Tel serait le cas si le Parlement, chargé de la nomination des juges du TC, se trouvait sous le contrôle des partis politiques de droite et favorables au système de pseudo-stabilité. Selon l'article 201 de la Constitution, la nomination des sept juges du TC requiert cependant un vote favorable des deux tiers des membres du Parlement.

48 Affaire AMP, vote dissident du juge Ferrero, p. 1.

49 Tel que déjà indiqué, alors que l'article 48 de la Constitution de 1979 consacre la sécurité de l'emploi, l'article 27 de la Constitution de 1993 renvoie pour sa part au législateur la responsabilité de configurer le contenu de la protection contre le licenciement.

50 Affaire AMP, vote dissident du juge Ferrero, p. 1. Ainsi, selon le juge Ferrero, le droit au travail engloberait la liberté de travail ; le respect de la dignité et des droits constitutionnels du salarié dans le cadre du rapport salarial ; la proscription du travail forcé et du travail productif non rémunéré ; et la promotion de l'emploi et de la formation professionnelle par l'État, dans le cadre d'une économie sociale de marché.

Par ailleurs, selon le juge Ferrero, le système de pseudo-stabilité serait compatible avec des traités internationaux, dont la Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement (non ratifiée par le Pérou) et le Protocole de San Salvador⁵¹ ; des instruments selon lesquels la réintégration du salarié est un moyen de réparation parmi d'autres. Il en découle, selon ce magistrat, qu'une interprétation de l'article 27 de la Constitution effectuée à la lumière des traités susmentionnés permet au législateur d'adopter un système prévoyant uniquement le paiement d'une indemnité en guise de mesure réparatrice⁵². Le vote et les arguments du juge Sardón furent très similaires. Néanmoins, ce magistrat a formulé un argument supplémentaire - qui n'est pas sans rappeler le discours des confédérations patronales - selon lequel un système de stabilité absolue découragerait la création de nouveaux emplois⁵³. Aucun de ces deux votes ne fait référence à l'ESDD ou au principe de protection du travail.

B - LA JURISPRUDENCE DU TC, UN REMPART CONTRE LA FLEXIBILISATION DU LICENCIEMENT

Il convient de souligner l'importance de la jurisprudence du TC. En premier lieu, elle donne au travailleur sa dignité en rejetant une approche « économiciste » qui confine le travail au coût de production pouvant être ajusté au gré de l'employeur. Ensuite, grâce à la mise en valeur des conséquences juridiques qui découlent de l'ESDD, la jurisprudence du TC affirme la primauté du travail face aux libertés économiques. Dans le cadre de l'ESDD péruvien, ce sont ces libertés qui devraient être subordonnées au travail et pas l'inverse. Troisièmement, elle empêche l'employeur d'ostraciser le salarié de l'entreprise et du monde du travail plus généralement. Le licenciement implique pour le salarié péruvien la perte de sa citoyenneté sociale, c'est-à-dire la perte d'un statut qui lui permet de s'affirmer comme personne libre à l'intérieur et à l'extérieur de l'établissement de travail, de s'épanouir, de se loger, de se nourrir, de s'acquitter de ses obligations familiales, de faire face aux aléas associés aux maladies et à la vieillesse, d'être à l'abri de la misère. Enfin, la sécurité de l'emploi constitue une condition nécessaire pour l'exercice d'autres droits fondamentaux du salarié au travail. En effet, bien que les travailleurs ne bénéficiant pas de la sécurité de l'emploi soient, en théorie, titulaires de la liberté syndicale et du droit de la négociation collective, dans les faits ces droits restent l'apanage des travailleurs permanents. La crainte de perdre le statut de salarié de manière irréparable explique que les travailleurs titulaires d'un contrat à durée déterminée « choisissent » de se tenir à l'écart des activités syndicales. Cette même crainte a énormément nui au mouvement syndical au cours de la période où le système de pseudo-stabilité fut en vigueur.

La construction juridique des décisions ici présentées est remarquable dans le sens où elle s'appuie sur la configuration sociopolitique de l'État péruvien, à savoir l'État social et démocratique de droit (ci-après ESDD).

51 Affaire AMP, vote du juge Ferrero, p. 2.

52 Affaire AMP, vote du juge Ferrero, p. 3. Selon la Quatrième disposition finale de la Constitution péruvienne, l'interprétation des dispositions en matière des droits de l'homme doit être effectuée à la lumière de la Déclaration universelle des droits de l'homme, des traités internationaux dans ce domaine et de la jurisprudence des tribunaux internationaux.

53 Affaire AMP, vote du juge Sardón, p. 1. Le magistrat ne cite cependant aucun article scientifique ou rapport officiel à son appui.

À cet égard, il convient de mettre en exergue l'influence du caractère social, démocratique et de droit de l'État péruvien sur son droit du travail. En effet, pour le TC, l'ESDD est la clef de voûte de la protection des travailleurs. Ainsi, c'est l'ESDD qui donne cohérence au système et imprègne les dispositions constitutionnelles en matière de droits sociaux, poursuivant comme objectifs le redressement des situations d'injustice, d'inégalité et d'insécurité sociale. Qui plus est, l'ESDD permet de dépasser l'abstentionnisme étatique, caractéristique de l'État libéral, axé sur la prémisse de « l'égoïsme vertueux », et intervient pour configurer les relations sociales, à partir des valeurs de respect de la dignité de la personne et d'égalité réelle. Dans le cadre de l'ESDD, l'intervention étatique n'est pas considérée comme un acte d'ingérence devant faire l'objet d'un contrôle restrictif, mais davantage comme le moyen d'assurer l'existence des droits sociaux et leur progressivité. Par conséquent, il est compatible avec la logique à la base du droit du travail, qui doit son existence à l'intervention normative, administrative et judiciaire de l'État, en vue de réduire les iniquités découlant de l'asymétrie de pouvoir existant entre les parties⁵⁴ au contrat de travail.

Par ailleurs, tel que le TC a eu l'occasion de le rappeler, les droits de l'homme, y compris les droits des travailleurs, constituent l'un des piliers de l'ESDD. En effet, le rôle des droits fondamentaux n'est pas limité à leur dimension subjective : ils sont « objectivés ». Cela revient donc à dire qu'ils deviennent une garantie institutionnelle, avec des effets normatifs qui orientent l'action des pouvoirs publics⁵⁵. En outre, l'ESDD est le point de départ de la démarche entreprise par le TC pour reconnaître l'existence du principe de protection du travail, sur lequel il s'est appuyé pour interpréter de manière large et libérale les normes constitutionnelles relatives au droit du travail et remettre en question le système de pseudo-stabilité de l'emploi. Ce principe est associé au principe *pro homine*, selon lequel les droits de l'homme doivent être interprétés en vue d'assurer les niveaux de protection les plus vastes et efficaces possibles.

Toujours dans le domaine de l'herméneutique juridique, un autre aspect capital des décisions contribuant à leur solidité réside dans le recours à la notion de contenu essentiel (*Wesensgehalt*) des droits fondamentaux dans la démarche décisionnelle du TC. Il s'agit d'une technique importée du droit constitutionnel espagnol, qui s'est lui-même inspiré de la jurisprudence allemande. Selon le Tribunal constitutionnel espagnol⁵⁶, il existe deux voies complémentaires pour identifier le contenu essentiel d'un droit fondamental. Premièrement, en établissant un lien entre le langage utilisé par la norme, les notions et les idées généralement acceptées par les juristes et les opérateurs juridiques, véhiculées par la doctrine et la jurisprudence. Deuxièmement, en identifiant la partie du contenu

54 E. Benda, « El Estado social de Derecho » ; E. Benda, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 487. J. Rodriguez-Arana, « Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales », *Revista de Investigações Constitutionais*, 2015, vol. 2, n° 2, p. 31 ; I. Garrido, *Derechos Fundamentales y Estado Social de Derecho*, Madrid, Editorial Dilex S.L., 2007 ; C. Blancas, *La Cláusula de Estado Social en la Constitución*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2011 ; C. Preciado, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2018.

55 A.-L. Martinez-Pujalte et T. Del Domingo, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Grenade, Editorial Comares, 2011, p. 65 ; F. Bastida, I. Villaverde, P. Requejo, M. Presno, B. Alaez et I. Fernandez, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2012, p. 50.

56 Tribunal Constitucional, Sala Plena, sentencia 11/1981, (La Ley 6328-JF/0000).

du droit qui est absolument nécessaire pour que les intérêts justifiant l'existence de ce droit soient vraiment protégés, les limitations qui les rendent impraticables devant être écartées. Ainsi, le TC a précisé que le contenu essentiel du droit au travail (article 22) englobe le droit à avoir accès à un emploi, de même que le droit à ne pas être licencié en l'absence d'une cause juste (principe de causalité). Puis, le TC a interprété l'article 27 (protection contre le licenciement) à la lumière de l'article 22 et, en se servant d'une méthode pragmatique axée sur l'évaluation des effets de l'application de la loi⁵⁷, il est arrivé à la conclusion que le licenciement *ad nutum* portait atteinte au droit au travail. Le TC a ainsi rejeté l'interprétation littérale et historique de l'article 27 de la Constitution. L'exégèse de cette norme, faite au détriment du contenu essentiel du droit au travail et du droit à une protection adéquate contre le licenciement, avait eu pour effet d'affaiblir le droit à la sécurité de l'emploi au point de le rendre presque méconnaissable et peu efficace.

Une autre question qui mérite d'être analysée concerne l'argument (repris par les magistrats dissidents dans l'affaire AMP) selon lequel l'article 27 de la Constitution devrait être interprété à la lumière des traités internationaux, notamment du Protocole de San Salvador. Dans la mesure où l'article 7(d) dudit Protocole⁵⁸ laisse aux États signataires le choix de déterminer la mesure réparatrice appropriée - parmi lesquelles se trouve le versement d'une indemnité - le système de pseudo-stabilité du D.L. 728 (tel que modifié par la loi n° 26513) semblerait être compatible avec la Constitution. Cette position a trouverait des assises dans la décision de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) du 31 août 2017, relative à l'affaire *Lagos del Campo c. Pérou*⁵⁹ (ci-après affaire *Lagos*). Dans cette décision, la CIDH affirme, d'une part, que le droit au travail est protégé par l'article 26 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme⁶⁰, interprété conformément à l'article 45(b) de la Charte de l'Organisation des États américains (OEA)⁶¹ et au premier alinéa de l'article XIV de la Déclaration américaine des droits et devoirs de

57 En l'occurrence la loi n° 26513 modifiant le D.L. 728, qui a conduit à des vagues de licenciement arbitraire au cours de la période 1995-2001, y compris celui en lien avec l'affaire *Telefonica*.

58 Selon cet article « [e]n cas de renvoi injustifié, le travailleur a droit à une indemnité, à sa réintégration ou à toute autre prestation prévue par la législation nationale ».

59 *Lagos del Campo c. le Pérou*, Affaire n°12.795, arrêt du 31 août 2017 : www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf.

60 Article 26 - Développement progressif : « Les États parties s'engagent, tant sur le plan intérieur que par la coopération internationale - notamment économique et technique - à prendre des mesures visant à assurer progressivement la pleine jouissance des droits qui découlent des normes économiques et sociales et de celles relatives à l'éducation, la science et la culture, énoncées dans la Charte de l'Organisation des États Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, ce, dans le cadre des ressources disponibles, et par l'adoption de dispositions législatives ou par tous autres moyens appropriés ».

61 Article 45 : « Les États membres, convaincus que l'homme ne peut arriver à sa pleine réalisation que dans le cadre d'un ordre social de justice axé sur un développement économique et une paix véritable, conviennent de consacrer tous leurs efforts à l'application tant des principes que des mécanismes suivants : [...] b. Le travail est un droit et une obligation sociale. Il honore celui qui l'accomplit et doit se réaliser dans des conditions qui, comportant un régime de justes salaires, garantissent l'existence, la santé et un niveau économique décent au travailleur et à sa famille, tant au cours de leurs années actives que pendant leur vieillesse, ou lorsqu'une circonstance quelconque entraîne une incapacité professionnelle ».

l'homme⁶² ; d'autre part, en s'appuyant sur l'avis du Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU⁶³, que le droit au travail inclut la protection de la sécurité de l'emploi⁶⁴. Enfin, la CIDH considère que l'atteinte à ce droit doit donner lieu à des mesures réparatrices qui peuvent se matérialiser soit sous la forme de la réintégration du salarié injustement licencié, soit du versement d'une indemnité et d'autres prestations prévues par la loi⁶⁵. Dès lors, on constate que la CIDH n'exprime pas de parti pris pour la réintégration du salarié à titre de mesure réparatrice.

Au final, l'argumentaire de ceux qui visent à légitimer le système de pseudo-stabilité, en privilégiant une interprétation de l'article 27 de la Constitution qui resterait assujettie à la lettre de certains traités internationaux, présente un grand défaut : il passe outre une caractéristique essentielle de ces instruments, à savoir qu'ils accordent des niveaux minima de protection pouvant être améliorés par les États signataires. De fait, cette caractéristique est reprise de manière explicite par l'article 4 du Protocole de San Salvador. C'est donc dire que la ratification d'un instrument en matière de droits de l'homme ne peut pas avoir pour effet de restreindre les droits accordés aux salariés par le système juridique national⁶⁶, en l'espèce le droit d'obtenir la réintégration dans l'emploi en cas de licenciement injustifié. Par ailleurs, ceux qui critiquent la position majoritaire du TC semblent occulter que les articles 22 et 27 de la Constitution doivent être interprétés dans le contexte de l'ESDD et notamment à la lumière du principe de protection du travail. Au moment de rendre sa décision relative à l'affaire *Telefónica* (juillet 2002), 7 ans s'étaient écoulés depuis l'adoption du système de pseudo-stabilité. De

62 Article XIV : « Toute personne a droit au travail dans des conditions dignes et celui de suivre librement sa vocation, lorsque les conditions d'emploi le permettent ». Dans son avis OC-10/89 du 14 juillet 1989, la CIDH a affirmé que les États membres ont compris que la Déclaration américaine des droits de l'homme contient et définit les droits de l'homme essentiels auxquels la Charte de l'OEA fait référence, de sorte qu'il n'est pas possible d'interpréter et appliquer les dispositifs de la Charte portant sur les droits de l'homme sans les intégrer avec les normes pertinentes de la Déclaration (*Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Serie A, n° 10, § 43) ; *Lagos del Campo c. le Pérou*, Affaire n° 12.795, arrêt du 31 août 2017, § 143.

63 Selon ce Comité, « le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, affirme l'obligation des États parties de garantir aux individus leur droit à un travail librement choisi ou accepté, notamment le droit de ne pas en être privé injustement ». Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale numéro 18 du 24 novembre 2005*, U.N. Doc. E/C.12/GC/18, 2006, § 4.

64 *Lagos del Campo c. le Pérou*, Affaire n° 12.795, arrêt du 31 août 2017, § 145.

65 Selon la CIDH, les obligations des États en matière de protection de la sécurité de l'emploi englobent les obligations suivantes : a) adopter les mesures appropriées en vue de réglementer et de surveiller le respect dudit droit ; b) protéger le travailleur, par l'intermédiaire de ses organes compétents, contre le licenciement injustifié ; c) en cas de licenciement injustifié, remédier à la situation (soit par la voie de la réintégration, soit, le cas échéant, par le biais d'une indemnité ou d'autres avantages prévus dans la législation nationale d) mettre à la disposition des travailleurs des mécanismes de plainte efficaces en cas de licenciement injustifié, et ce, afin de garantir l'accès à la justice et une protection juridictionnelle effective. *Lagos del Campo c. le Pérou*, Affaire n° 12.795, arrêt du 31 août 2017, § 149.

66 En faveur de cette thèse, voir J. Neves, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2012, p. 74 ; M. Canessa *Los derechos humanos laborales*, Fondo Editorial de la PUCP et PLADES, Lima, 2014, p. 113.

ce fait, le TC a eu le temps d'évaluer la mise en œuvre du nouveau texte du D.L. 728, tel que modifié par la loi n° 26513, et il en a conclu que le système de pseudo-stabilité avait ouvert la porte des licenciements massifs aux employeurs. Ainsi, le système de pseudo-stabilité était devenu une imposture de la part du législateur, et ce en particulier parce que l'intérêt central qu'il était censé protéger- en l'occurrence la sauvegarde de l'emploi - n'était plus à l'abri du pouvoir arbitraire de l'employeur. Cette protection inefficace contre le licenciement entravait aussi l'exercice d'autres droits fondamentaux des travailleurs, tels que la liberté syndicale et le droit de négociation collective. Compte tenu de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits de l'homme⁶⁷, une interprétation visant à les sauvegarder et à les promouvoir dans son ensemble était de mise : celle adoptée par le TC en 2002⁶⁸.

En conclusion, la protection contre le licenciement continue d'être un sujet très controversé au niveau mondial qui divise les partenaires sociaux. Le Pérou n'est pas une exception. Pays caractérisé par l'instabilité des politiques législatives, l'examen de l'évolution de la législation dans ce domaine démontre combien le parcours suivi par son droit du travail a été sinueux. Une chose est certaine, les travailleurs de ce pays ont trouvé dans le TC un allié de grande envergure. Sa doctrine jurisprudentielle sur le sujet de la protection du travail s'avère très solide et bien étayée. Elle n'est pas figée dans l'Histoire. Mais dorénavant, toute modification devra impliquer, soit un accord entre les représentants du patronat et les centrales syndicales, soit une réforme constitutionnelle ou encore un remaniement de la composition du TC favorable aux intérêts patronaux. Parmi ces trois scénarii, le plus plausible reste indéniablement un remaniement de la composition du TC, bien que ceci soit peu probable à ce jour.

67 Voir M.-J. Redort-Fichot, « L'indivisibilité des droits de l'homme », *CRDF*, 2009, n° 7, p. 77, qui affirme que par rapport à l'indivisibilité des droits de l'homme, tous ces droits (civils, sociaux, etc.) « sont également nécessaires à la dignité de chaque être humain ». Voir également M.-C. Ponthoreau « Le principe de l'indivisibilité des droits », *RFDA*, 2003, p. 928.

68 Selon J. Pérez, il ne servirait à rien d'énoncer que tout licenciement doit être fondé sur une cause juste si les conséquences pour l'employeur du non-respect de cette interdiction sont négligeables. Pour cette raison, le système le plus respectueux du droit au travail serait celui qui prévoit la réintégration du salarié. Voir J. Pérez, « Derecho al Trabajo y Estabilidad en el Empleo », in A. Noguera et A. Guamán (dir.), *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 252.

FRANCISCO VILLANUEVA

Docteur en droit, avocat au barreau de Lima (Pérou) et professeur à l'École des sciences de gestion de l'UQÀM (Canada).

Thèmes de recherche : Droits fondamentaux des travailleurs, lien travail-commerce, protection des travailleurs migrants.

Publications :

~ F. Villanueva, « El programa de trabajadores extranjeros temporales en el sector agroindustrial de Quebec: ¿enemigo natural del trabajo decente? », *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2019, p. 257.

~ F. Villanueva, « Defining the level of collective bargaining in Peru: a singular process of appropriation by the Constitutional Court of decisions made by the ILO Committee on Freedom of Association », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2016/3, p. 26.