



Séance du 19 mai 2015.

Restitution de l'intervention de :

Franck Petit

Par l'équipe d'auditeurs : Barbara, Joëlle, Michèle, Roland, André et Gilles

TITRE : Démocratie sociale et citoyenneté dans l'entreprise

Jean-Robert Alcaras : Bonsoir à tous. Je vous présente notre conférencier de ce soir, nous n'avons pas eu de juriste cette année, et bien en voilà un, je vous présente mon collègue Franck Petit, professeur de droit privé qui nous vient tout droit, depuis quelques années déjà de Panthéon Sorbonne Paris 1 et qui depuis 5 ans assure les fonctions de doyen de la faculté de droit économie gestion dans laquelle je travaille ici à l'université ; donc c'est mon chef en quelque sorte ! alors j'insiste sur le fait que le doyen est un titre qui nous vient d'autrefois, des vieilles facultés mais cela ne signifie pas qu'il est le plus vieux, il est d'ailleurs plus jeune que moi ! Depuis très longtemps, dès qu'il a su que notre thème de l'année était la démocratie, comme Franck Petit est spécialiste de droit du travail, la question de la démocratie dans l'entreprise m'a t-il dit, est une question très importante et très intéressante et voilà ce dont il va nous parler ce soir « démocratie sociale et citoyenneté dans l'entreprise », je le remercie de notre part à tous.

Franck Petit : Merci Jean-Robert pour cette invitation, je vous salue également tous. Le sujet en lien avec la démocratie ce sera la citoyenneté dans l'entreprise, je crois que vous avez d'ailleurs déjà eu un intervenant plutôt sur le concept de démocratie sociale qui peut appeler des développements sur le pouvoir syndical, l'exercice du pouvoir syndical, le fonctionnement d'institutions ; mais moi je vais insister plus particulièrement sur un concept qui avait été lancé en 1982 : la citoyenneté dans l'entreprise, c'était le ministre Jean Auroux.

Je vais vous faire un petit parallèle entre citoyenneté politique et citoyenneté civile dans l'entreprise et nous passerons en revue ces grandes libertés fondamentales, ces droits fondamentaux qui sont exercés dans l'entreprise et que l'employeur peut restreindre mais dans une certaine limite ; donc le principe dominant étant que s'il y a restriction de ces libertés publiques fondamentales qui deviennent civiles dans l'entreprise, elles sont forcément proportionnées au but recherché.

Dans les pays occidentaux, la citoyenneté représente un attribut de la souveraineté politique, le citoyen est, dans un état démocratique, la personne qui participe à l'exercice de cette souveraineté soit de manière directe soit de manière indirecte. Au sens strict la citoyenneté n'est pas attribuée à chaque femme et à chaque homme relevé d'un état donné plus proche de la notion de national, même si elle est plus restreinte, la citoyenneté n'est reconnue qu'à l'égard de certains individus, ceux qui réunissent la plupart du temps des conditions d'âge et de nationalité et dans le passé autrefois des conditions de sexe et de fortune. C'est cette conception très restrictive de la citoyenneté qui apparaît dans la déclaration des droits de l'homme de 1789. A côté des droits de l'homme qui, pour leur part, s'adressent à la personne en tant qu'individu, il existe, selon cette conception classique, des droits politiques qui n'appartiennent qu'à une frange de la population et qui permettent d'établir un lien entre liberté et pouvoir ; c'est cette catégorie de personnes qui, formant avec les autres nationaux de leur pays une collectivité indivisible, c'est à cette catégorie de personnes que s'adresse ces droits.

Être citoyen cela signifie non pas subir les règles étatiques mais participer d'une certaine façon à leur édicition ; la cité grecque en a offert la première un modèle, il est vrai resté inachevé ; et en effet la cité grecque fut le berceau de la notion de citoyenneté elle représente à bien des égards, sauf pour la question de l'esclavage, une préfiguration de l'état moderne. Les communautés politiques présentaient des dimensions géographiques adéquates pour que le citoyen soit associé à l'organisation politique. La cité grecque en tant qu'elle connaissait non seulement le vote des lois sur la place publique, l'élection, le tirage au sort des gouvernants mais aussi la révocation, l'ostracisme, c'est-à-dire le droit de révoquer les gouvernants qui la servent, et bien permettait au citoyen de se sentir à la fois gouvernant et gouverné.

La notion de citoyenneté était connue aussi de Rome. Rome s'est inspirée de l'organisation de la cité grecque mais sa réussite militaire et le sens politique de ses gouvernants lui permirent de se constituer en empire, empire dans lequel la participation des citoyens au gouvernement de la cité n'avait plus sa place, le droit public s'est tout de même enrichi d'une notion qui allait jouer un rôle fondamental dans la construction des démocraties, dans la formation des états, c'est celle de souveraineté ; cette même souveraineté entraîna les rois de France vers une forme absolue de la monarchie ; il a fallu attendre la révolution française nourrie par la lecture de philosophes que vous connaissez tels que Hobbes, Rousseau, pour que la citoyenneté reconnue au peuple dans le cadre des nations emprunte ce caractère souverain qui jusqu'à présent lui faisait défaut.

Alors que dire de cette rencontre entre citoyenneté et souveraineté ? En observant les régimes révolutionnaires un auteur que vous connaissez sans doute Raymond Carré de Malberg, faisait remarquer en 1920 que les citoyens se trouvent associés dans une certaine mesure aux actes faits au nom de la collectivité. Encore aujourd'hui la règle étatique n'est pas considérée au moins en théorie comme un commandement qui est fait au citoyen, ce dernier, là encore en théorie, ne faisant qu'observer, commander à sa volonté, parce qu'il obéit à sa propre volonté ; sa situation diffère nécessairement de celle d'un enfant, d'un étranger qui restent soumis à un pouvoir de domination. La notion de citoyenneté renvoie donc assurément à celle de liberté dont elle est la composante essentielle.

Comment peut-on dans ces conditions prétendre reconnaître une telle qualité aux salariés dans l'exercice de leurs tâches professionnelles ? Comment ose-t-on penser qu'un salarié puisse être considéré comme un citoyen dans ses rapports avec le pouvoir patronal ? Vous savez l'entreprise n'est pas, en principe, le lieu d'exercice des droits politiques des citoyens, d'ailleurs les institutions représentatives du personnel, les élus du personnel, qui se risqueraient à financer des activités politiques s'inscriraient en faux contre l'objet de leur mission. Surtout l'entreprise n'est pas le lieu naturel d'expression, d'épanouissement, du citoyen, de la liberté du citoyen puisque vous le savez, quelquefois ça choque des étudiants mais je pense qu'il faut continuer à le dire puisque ça fait partie de la définition *le contrat de travail implique une soumission à l'égard de l'employeur, une subordination*. Cette situation ne laisse a priori aucune place à la participation des salariés aux règles qui les gouvernent ; elle ne leur accorde même pas le droit de repousser, une fois qu'elle est adoptée, une directive patronale sauf à commettre une faute grave justifiant d'ailleurs le licenciement, l'éviction de l'entreprise.

C'est pourquoi nombreux sont ceux qui ont pu douter de l'existence d'une citoyenneté dans l'entreprise mais leur point de vue faisait fi du caractère évolutif de la notion de citoyenneté. En effet le plus souvent la citoyenneté se décline en termes de droits politiques renvoyant la plupart du temps au droit de vote des nationaux, mais aussi au droit de se faire élire représentant du peuple, au droit d'accéder aux emplois publics. Ce droit de vote est l'expression du droit de concourir à la formation de la loi et se prolonge par un principe d'égalité des citoyens devant la loi. Il ne faut toutefois pas se refermer sur cette conception étroite de la citoyenneté.

Pour s'en tenir à la France, les droits des citoyens ont certes été distingués des droits de l'homme dans la déclaration de 1789 ; les premiers ressortissent davantage, de l'avis des juristes publicistes, de la liberté politique et la liberté d'expression mais on a fait justement remarquer qu'ils ne peuvent être respectés que si les droits de l'homme le sont pleinement auparavant ; la conception reposant sur la distinction des droits de l'homme et des droits du citoyen se rattachait en effet à la doctrine du droit naturel que vous connaissez bien grâce notamment à Jean-Jacques Rousseau qui pensait que les droits de l'homme étaient à la fois antérieurs et supérieurs à toute association politique mais cela revenait à raisonner à partir de l'homme isolé considéré d'abord comme extérieur et étranger à la société avant de l'avoir fondée. Or, on sait aujourd'hui qu'il y avait dans cette doctrine tout de même quelque chose de faux, une sorte d'abstraction ; il n'y a pas d'appui d'un point de vue historique dans la réalité de cette conception.

Alors les juristes l'ont montré, par exemple M. Aubert, M. Flour, voilà ce que disent les auteurs « *le seul dont les historiens aient retrouvé le souvenir est celui qui vit en société ; la thèse du contrat social est fautive en tant qu'elle affirme la réalité historique de ce contrat, elle est aussi en tant que pour fonder a posteriori la légitimité du pouvoir elle prétend expliquer les rapports de l'individu et de la société ; le bien de celui-là ne peut être atteint que dans celle-ci et par celle-ci ; c'est un lieu commun que de dire que la société est naturelle à l'homme, que sans elle chacun ne pourrait pas faire respecter l'essentiel de sa réalité matérielle et morale.*

Abandonnant cette distinction historique entre le citoyen et l'homme, de nombreux auteurs n'hésitent plus aujourd'hui à élargir la liste des attributs du citoyen, à l'égard d'autres libertés publiques notamment à la liberté d'aller et venir, au droit à la sûreté, à la liberté de créer, à la liberté d'association.

Un anglais, que vous connaissez peut-être, sociologue qui s'appelle Marshall distinguait ouvertement trois éléments du statut du citoyen : élément civil, élément politique, élément social ; et en fait Olivier Duhamel par exemple a pu retenir dans *La théorie politique moderne* une conception de la citoyenneté qui renvoie indivisiblement aux droits civils, sociaux, politiques des individus. C'est en ce sens que se sont prononcées explicitement certaines constitutions françaises : la constitution de 1958 elle, certes, est source d'ambiguïtés parce qu'elle affiche ostensiblement la volonté de ne plus assimiler la citoyenneté à l'état de national français destiné à être électeur et éligible mais elle ne fait mention du terme citoyen que dans son article 1 : « *la France assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ». Quant à la définition de l'électeur, qui n'est pas assimilé au citoyen, il est indiqué à l'article 3 que « *sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes jouissant de leurs droits civils et politiques* ». Alors vous voyez il y a une difficile articulation de ces textes en tout cas cela appelle deux remarques :

- on ne saurait soutenir d'une part que le droit de vote qui est présenté comme un attribut des nationaux français est le seul critère de reconnaissance de la notion de citoyenneté ;
- on peut même penser que ce décrochage a été voulu par le constituant pour éviter qu'à travers une compréhension extensive de la notion de citoyenneté on en vienne, en prenant appui sur la constitution elle-même, à militer pour la reconnaissance du droit de vote des étrangers.

Alors je vais vous citer un autre texte aussi qui nous intéresse, aux termes de l'article 11 des droits de l'homme et du citoyen, on évoque ici une consécration de la liberté d'expression, de la liberté religieuse, et en fait ici cette disposition est la preuve tangible que la citoyenneté reste un état fragile ; j'ai dit tout à l'heure « *conditionné par le respect d'un droit de l'homme jugé fondamental, la liberté d'expression* » ; la lettre de la déclaration de 1789 traduit malgré elle que la liberté d'expression est consubstantielle à la notion de citoyenneté. Le Conseil Constitutionnel a clairement montré ce lien de dépendance « *la liberté d'expression est une liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son existence est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale* ».

Pour ce qui est de la liberté religieuse que l'on peut présenter comme un aspect particulier de la liberté d'opinion ou d'expression, la liberté religieuse constitue assurément elle aussi une composante de la notion de citoyenneté. Les ingérences des autorités publiques et des autres personnes dans la sphère privée sont prohibées aussi dans notre système juridique sur le fondement de différents textes, des textes internationaux mais déjà l'article 9 du Code Civil. Cette protection de la vie privée est rarement présentée en France comme une conséquence ou une dimension de la citoyenneté à la différence de ce qui existe dans certains pays. Relevant du domaine des libertés publiques, la nécessité de préserver la tranquillité de la vie privée peut pourtant en droit français s'inscrire dans une conception élargie de la notion de citoyenneté, en témoigne par exemple la loi de 1978 sur « Informatique et Libertés » qui indique ceci « *l'informatique ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles et publiques* » elle commence, cette loi, en posant que l'informatique doit être au service de chaque citoyen.

Et bien, ce que j'ai essayé de vous montrer c'est qu'il existe un lien évident entre le respect de ces libertés publiques et la notion de citoyenneté et donc M. Jean Auroux en 1982 avait lancé l'idée que cette citoyenneté n'existait pas seulement dans la cité politique mais également dans l'entreprise, voilà d'ailleurs le préambule du texte qu'il a présenté à l'Assemblée « *citoyens dans la cité les travailleurs doivent l'être aussi dans l'entreprise* » sa proposition consistait à offrir un cadre juridique à l'exercice des libertés publiques du salarié, ces libertés devant entrer dans l'entreprise dans les limites compatibles avec les contraintes de la production. La loi du 4 août 1982 qu'il inspira offrit ainsi un cadre juridique au pouvoir réglementaire de l'employeur et permit d'encadrer son pouvoir disciplinaire.

La reconnaissance d'une citoyenneté dans l'entreprise a conduit également le gouvernement de l'époque à mettre en place des structures de dialogue, non pas seulement avec les syndicats, elles existaient déjà, mais avec les salariés eux-mêmes, c'est ce qu'on appelle le droit d'expression directe et collective des salariés et ce droit est la manifestation de la démocratie économique dans l'entreprise, cette démocratie devant, comme dans la cité, d'abord se nourrir du vécu des travailleurs et là je reprends le texte de Jean Auroux « *c'est aussi le développement d'une véritable démocratie économique qui a motivé la loi relative au développement des IRP (Institutions représentatives du personnel)* ».

Mais les lois Auroux n'entendaient pas partager le pouvoir de direction économique, le pouvoir de gestion de l'employeur ; certains ont pu voir d'ailleurs un échec de la loi, vous savez cette théorie dite de « l'employeur seul juge » que certains souhaitaient briser et même c'est assez curieux paradoxalement on a pu voir dans les lois Auroux, d'après certains analystes, un renforcement des pouvoirs patronaux. Je prends un exemple dans un des textes relatifs au pouvoir disciplinaire il est dit que « *l'employeur est habilité légalement à considérer lui-même comme fautifs les agissements des salariés* » ; c'est très fort puisque c'est l'employeur qui décide

des fautes, sous le contrôle judiciaire ; et heureusement qu'on a développé un contrôle judiciaire tout à fait poussé mais il est vrai que contrairement à ce qui se passe en droit pénal, les fautes ne sont pas prédéterminées, c'est l'employeur lui-même qui, au regard d'un comportement, va décider si il y a faute.

La citoyenneté décidée par M. Jean Auroux a donc pu surprendre quant aux chemins qui l'ont conduit dans l'entreprise ; je vous ai dit qu'elles n'avaient pas remis en cause le principe de l'employeur seul juge mais assurément quand même ces lois ont permis une meilleure affirmation des libertés publiques dans l'entreprise, celles-ci se présentant, je vous l'ai dit tout à l'heure, maintenant sous l'angle de libertés civiles.

Alors citoyenneté et harcèlement ont aussi un lien, c'est ce qui a été montré notamment dans un colloque qui avait été organisé au Ministère du Travail en 2000 intitulé « Harcèlement et citoyenneté au travail » ; c'est vrai qu'on peut se demander quel est le lien entre citoyenneté et harcèlement : ne s'agit-il pas ici donc d'un abus de langage que de mêler citoyenneté et finalement intégrité du corps humain. Alors il faut partir de cette difficulté qui est connue depuis très longtemps, difficulté à définir l'objet du contrat de travail ; nous n'aurions pas assez de temps pour faire état des différentes conceptions qui ont été adoptées du contrat de travail mais vous vous souvenez sans doute que « *seules les choses dans le commerce peuvent faire l'objet de conventions* » or le corps n'est pas dans le commerce et à priori ne devrait pas faire l'objet de convention. Le corps humain a été, comme vous le savez, considéré comme indisponible.

La doctrine est donc partie de la difficulté à faire du corps humain ou de la personne qui s'y attache un objet de la prestation impliquant le salarié, même si le Code Civil un peu plus loin nous dit que le domestique ou l'ouvrier peut être l'objet même de l'obligation à laquelle il s'engage. De cette recherche sans fin qui oscille entre droit des biens et droit des personnes il ressort inévitablement l'idée que le corps humain et la personne qui l'habite sont impliqués dans l'exécution du contrat de travail. Le concept de citoyenneté en tant qu'il renvoie à l'idée de la protection des droits fondamentaux de la personne a donc sa place dans ce débat : c'est l'homme dans son corps et son âme, dans son intégrité physique et morale qui risque d'être atteint lorsqu'il se met sous la subordination de son employeur et j'irai plus loin, je citerai aussi le principe dit « du droit à la dignité » c'est aussi sa dignité qui peut être menacée ; le législateur a précisément érigé ces deux conséquences : altération de la santé physique et mentale et même atteinte à la dignité, donc il a érigé ces deux conséquences comme des critères permettant l'existence d'un harcèlement.

Qu'en est-il de la formation ? Est-ce que le droit à la formation est un droit social ? Est-ce que c'est un droit social du citoyen ou est-ce que c'est seulement un droit, certes fondamental, mais attaché à la qualité de travailleur ? Et bien les auteurs, et notamment le professeur François Gaudu, n'hésitaient pas à écrire, à présenter le droit à la formation comme un droit social du citoyen comme le faisait d'ailleurs une constitution mais qui n'est plus en vigueur, non plutôt la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793 article 22.

Droit à l'emploi : est-ce que c'est un droit du citoyen ? Je pense que l'on peut aussi le présenter, ce droit à l'emploi, comme un droit social du citoyen. Alors évidemment on est surpris, vous savez ce n'est pas un droit subjectif, il n'est pas présenté comme un droit subjectif et, c'est inutile de le rappeler, mais il n'offre pas la possibilité à chacun d'obtenir un emploi ; mais ça ne veut pas dire qu'il soit dénué d'effets juridiques, il doit guider le législateur dans ses politiques d'emploi celles-ci devant être à même, et c'est le Conseil Constitutionnel qui ne cesse de le rappeler, d'assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi.

Il y a aussi une distinction à établir entre citoyenneté dans l'entreprise et citoyenneté d'entreprise, c'est un peu différent. En quoi c'est différent ? Vous savez ça, c'est apparu beaucoup plus tard la citoyenneté d'entreprise et actuellement le terme moderne qui remplacerait citoyenneté d'entreprise c'est celui, je dirais, de responsabilité sociale de l'entreprise. La citoyenneté dans l'entreprise doit être distinguée de la théorie économique dite de la citoyenneté d'entreprise, cette dernière se situe en effet sur un autre terrain, celle qui prône l'amélioration du profit par un comportement citoyen présentant les caractéristiques suivantes : d'abord respectueux de la loi notamment dans les rapports avec ses concurrents, surtout entreprises animées d'une éthique, d'une morale supposant une idée de la fonction sociale de l'entreprise ; enfin entreprise soucieuse de réaliser des actions philosophiques.

Alors constat qu'on peut faire avant des propositions que nous allons étudier plus en détail : la déclaration des droits de l'homme et du citoyen semblait construire une opposition entre droits de l'homme et ceux du citoyen mais cette ambivalence n'a pas prospéré et l'on peut même considérer qu'elle a disparu en ce début du XXI^{ème} siècle ; c'est surtout dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle que le sens du mot citoyenneté a évolué. Ce mot peut d'abord renvoyer à la qualité de celui qui participera à l'exercice de la souveraineté étatique, cette qualité est accordée en principe dans un état donné aux personnes remplissant des conditions d'âge, de nationalité ; cette citoyenneté est la plus ancienne, historiquement la plus ancienne, elle procède de l'idée que les citoyens participent à l'exercice du pouvoir.

Par l'effet de son élargissement, la citoyenneté induit aujourd'hui le respect pour tous des libertés et droits fondamentaux reconnus à toute personne et c'est ainsi qu'on établit un glissement entre les libertés publiques et les libertés civiles. Cette notion de citoyenneté se décline dans sa conception élargie autant en termes de liberté que d'égalité entre les individus.

Par extension et pour aller plus loin, la citoyenneté désigne le droit d'exercer le pouvoir de gestion et celui de jouir des libertés et droits fondamentaux reconnus aux travailleurs, des droits issus de cette citoyenneté pour alors autant ceux que la société garantit à tout citoyen et qui peuvent avoir un prolongement dans l'entreprise telle que la liberté d'expression et la liberté religieuse, que ceux qui sont spécialement destinés aux travailleurs subordonnés ; vous savez qu'il existe des droits fondamentaux attachés à la qualité de travailleur, j'évoque donc la liberté syndicale, le droit de grève, le droit de participer à la détermination collective des conditions de travail.

Concrètement, c'est ma proposition, la citoyenneté du salarié doit conduire à l'affirmation du droit de participer, en tant qu'il s'agit ici d'une institution étatique, de participer à la désignation des conseillers prudhommaux, à la désignation des membres d'un conseil économique, social et environnemental, également aussi dans cette dimension politique cette citoyenneté va appeler ce qu'on appelle le principe de participation des syndicats à l'élaboration de la loi ; vous vous souvenez peut-être que c'était un des programmes qui a été réalisé par le Président Chirac, ça s'est traduit par une loi, 2007, et l'article 1 du Code du Travail : « *avant une réforme portant sur le droit du travail, notamment sur les relations individuelles et collectives le gouvernement doit établir un texte d'orientation, le soumettre aux syndicats et les syndicats doivent se réunir et décider s'ils vont négocier sur ce sujet* » ; bien sûr ils peuvent rejeter le sujet mais s'ils décident de négocier on assiste très souvent à la naissance préalable à la loi d'un ANI (Accord National Interprofessionnel). Voilà, ça c'est ce qu'on pourrait dire de la dimension de la citoyenneté politique des salariés avec des participations directes ou indirectes.

La citoyenneté renvoie ensuite à la nécessité de protéger l'exercice des libertés et droits fondamentaux de la personne, et c'est là qu'on peut évoquer cette notion de citoyenneté civile et c'est ce que nous allons voir plus particulièrement en évoquant la liberté religieuse, la liberté d'expression, en invoquant le droit au respect de l'intégrité physique et morale, en invoquant le droit au respect de la vie privée, en invoquant aussi un principe qui est maintenant invoqué de plus en plus souvent par la Cour de Cassation le droit au respect de la vie familiale.

La citoyenneté se prolonge par une citoyenneté qu'on va dire « propre au salarié » elle vise l'affirmation, la consécration des droits et libertés que l'on présente comme les droits sociaux fondamentaux du citoyen, c'est ceux que j'ai évoqué : le droit à la formation, le droit à l'emploi et à la liberté du travail, le droit au minimum qui se traduit d'ailleurs par le droit au SMIG ; on peut dire qu'il s'agit ici d'une citoyenneté sociale.

Donc j'ai dit politique, civile, sociale, et enfin la dernière cette citoyenneté dans l'entreprise renvoie, dans ses dernières dimensions, à la nécessité de protéger les droits sociaux fondamentaux qui n'existent qu'au profit des travailleurs : la liberté syndicale, le droit de grève, le droit de participer à la détermination collective des conditions de travail, le droit de participer à la gestion des entreprises, et là ce n'est plus social mais purement professionnel, on peut évoquer une dimension professionnelle de cette citoyenneté. Alors évidemment si j'avais traité de tout ça on irait très loin et j'ai fait le choix de ne traiter que de la citoyenneté civile, j'ai trouvé que c'était intéressant parce que c'est chargé d'exemples assez concrets et notamment le problème de la liberté religieuse a fait l'objet d'arrêts récents, il était intéressant ici de montrer jusqu'où un employeur peut restreindre cette liberté religieuse. Il y a aussi des arrêts très intéressants sur le droit au repos, c'est un droit qui est visé dans certaines décisions, de la Cour de Cassation, qui sont extrêmement intéressantes parce que le droit au repos est aussi un droit inscrit dans la Constitution.

Le législateur est intervenu avec l'objectif qu'il fallait, non pas faire disparaître le pouvoir patronal ni le partager mais le limiter ; et c'est ainsi qu'est apparue cette notion de citoyenneté dans l'entreprise : le code du travail interdit à l'employeur de fonder les mesures qu'il veut prendre à l'égard du personnel sur des motifs jugés discriminatoires, motifs que le code prend soin d'énumérer ; c'est une énumération qui est enrichie au fil du temps, les premiers éléments qu'on ne peut pas prendre en compte c'est notamment les activités syndicales donc on protège ici la liberté syndicale ; les opinions politiques donc on protège la liberté politique ; l'exercice normal du droit de grève aussi ne peut pas justifier de sanctions.

La question se pose rapidement de ce qu'il devait advenir d'une mesure patronale apportant une restriction à une liberté ou un droit fondamental ; il était question en d'autres termes de déterminer si ce texte avait un caractère ou non limitatif, ce texte du code du travail qui prévoit un certain nombre d'éléments discriminants que l'on ne peut pas prendre en compte. Et il se trouve que justement en 1988 c'est une affaire que vous avez peut-être connue, dont vous vous souvenez peut-être il était question d'une liberté, la liberté d'expression qui n'était pas citée dans le code du travail, une affaire dite « Clavaud » du 28 avril 1988. Cette affaire est très intéressante

car c'est un des premiers arrêts qui a fondé, qui a consolidé les libertés civiles dans l'entreprise ; en l'espèce c'est un ouvrier qui a été licencié dans son entreprise, l'entreprise Dunlop, parce qu'il a expliqué, il a raconté au journal L'Humanité, les conditions dans lesquelles il travaillait la nuit ; la publication a déçu l'employeur, l'a offusqué et l'employeur a même considéré que les propos étaient de nature à porter préjudice à l'entreprise et le salarié a été licencié pour faute grave, donc immédiatement. Alors les premiers juges avaient annulé son licenciement mais par la suite le licenciement a été confirmé et enfin la Cour de Cassation finit par se prononcer et ce qui est très intéressant c'est qu'en effet la liberté d'expression n'est pas consacrée dans le code du travail en tant que telle. La liberté d'expression est consacrée et protégée en tant que droit à l'expression collective et directe mais pas quand la personne s'exprime hors de l'entreprise et utilise tout simplement un droit du citoyen, la liberté d'expression. Et ce qui est très intéressant c'est que la Cour de Cassation a dit : puisqu'on protège la liberté d'expression dans l'entreprise à fortiori on va la protéger à l'extérieur de l'entreprise. Et ainsi ce salarié, non seulement a obtenu dédommagement mais, puisqu'il s'agissait ici d'une atteinte à une liberté fondamentale, a pu obtenir, et c'était la première fois, sa réintégration dans l'entreprise. La Cour de Cassation a décidé à propos de la violation de cette liberté, liberté d'expression, de prononcer non seulement un licenciement sans cause réelle et sérieuse mais d'annuler le licenciement ; pourquoi ? le fondement est tiré de l'article 1131 du Code Civil « *le licenciement repose sur un objet illicite, il porte atteinte à une disposition d'ordre public, à une liberté fondamentale* ».

Alors, peu à peu le législateur va intervenir. L'intervention du législateur s'est faite en 1992 une nouvelle pierre à l'édifice a été apportée par un rapport d'un professeur Gérard Lyon-Caen, que j'ai eu d'ailleurs aussi, c'était très intéressant de suivre les cours du professeur Gérard Lyon-Caen et le gouvernement lui commande un rapport officiel sur l'emploi et les libertés publiques et c'est à la suite de ce rapport que le Code du Travail se dote d'une disposition qui existe toujours et est très souvent utilisée « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée aux buts recherchés* » ; donc vous voyez ce qui est intéressant c'est que on permet les restrictions mais attention dans une certaine limite.

Quelques mois auparavant la Cour de Cassation s'est prononcée sur le cas d'un licenciement d'un M. Painsecq, autre arrêt aussi qui est très important quant au respect des grandes libertés publiques, arrêt Painsecq qui est aussi connu sous le nom de l'arrêt Saint Nicolas du Chardonnet. Les faits sont les suivants, arrêt très important parce que vous comprenez bien que cette citoyenneté s'est constituée par petites touches successives. En l'espèce il s'agissait du salarié de l'association culturelle Saint Nicolas du Chardonnet, église des intégristes qui accueille un certain nombre d'intégristes. L'employeur avait appris à la suite d'indiscrétions que le bedeau M. Painsecq était homosexuel ; considérant que de telles mœurs étaient incompatibles à la fois avec la doctrine de l'église catholique et le métier qu'il occupait il a été licencié. La Cour de Cassation fut amenée à se prononcer pour la première fois sur les conditions dans lesquelles on peut tirer d'un fait extra professionnel, notamment de l'exercice d'une liberté, un motif pour licencier le salarié.

Et voilà ce que dit la Cour de Cassation « *il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* » ; ici on protège le comportement personnel ce qu'on appelle les activités extra professionnelles mais on peut tout de même quelquefois sanctionner le salarié si ce comportement extra professionnel entraîne des dommages dans l'entreprise. Le dommage c'est le trouble caractérisé, en l'espèce le trouble caractérisé n'était pas justement caractérisé, il est vrai qu'il y avait une petite fuite de fidèles, mais ça n'a pas été considéré comme un trouble suffisamment caractérisé. Si l'on s'attache à la finalité de l'entreprise c'est ce qu'il s'agit d'une entreprise de tendance : entreprise ayant pour objet essentiel la défense et la promotion d'un dogme, d'un message religieux, philosophique, moral ou politique et donc pour ce qui est de cet élément caractéristique il était bien présent : entreprise de tendance qui peut demander une certaine adhésion de ses salariés à l'objet qu'elle poursuit. Et puis si on prend en compte maintenant le troisième élément, la fonction du salarié, il est fait une distinction entre ceux qui participent à la réalisation de l'objet de l'entreprise de tendance et ceux qui ont uniquement à assurer des tâches d'exécution, or, que fait un bedeau ? il ouvre les portes, il sonne les cloches, il nettoie l'église et donc en effet ce sont uniquement des tâches d'exécution, il ne pouvait pas être concerné par un tel licenciement, et la Cour de Cassation considère donc que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (arrêt de 1992).

La formulation est toujours reprise dans les attendus de la Cour de Cassation avec ses trois éléments caractéristiques :

- finalité de l'entreprise à prendre en compte,
- fonction du salarié
- et puis bien sûr existence d'un dommage qui est qualifié de trouble caractérisé.

Dans son contrat de travail on n'a pas indiqué qu'il participait de l'apostolat au même titre par exemple que quelqu'un chargé de faire le catéchisme, uniquement des tâches matérielles sans indication de finalité particulière et c'est pour cette raison qu'il a été protégé.

A partir de ces deux arrêts, de l'intervention du législateur, on va pouvoir aussi montrer que cette citoyenneté représente un concept au service de la protection des droits et des libertés qui ne sont pas propres au monde du travail, mais qui ont leur place dans l'entreprise, je pense à la liberté de pensée, à la liberté d'expression, on dira un petit mot de la liberté religieuse, le droit au respect de la vie privée, vous savez que ça c'est une tendance très nette qui a été contestée par un très grand nombre de professeurs de droit, plutôt des professeurs de droit civil qui ont essayé de dire au départ : attention vous êtes dans l'entreprise, vous n'êtes pas chez vous, où est le droit au respect de la vie privée dans l'entreprise ? Et pendant dix ans la cour de cassation a toujours hésité à utiliser le droit au respect de la vie privée.

Mais elle est revenue à la charge avec un arrêt Nikon de 2001 où elle indiquait qu'il fallait ici protéger les messages personnels que le salarié recevait sur intranet et internet, même si c'était sur du matériel de l'employeur, il avait la possibilité de recevoir des messages personnels, et ces messages personnels sont bien protégés par le droit au respect de la vie privée comme l'étaient autrefois ses lettres, vous savez, protégées par le secret de la correspondance et c'est vraiment un mécanisme de continuité finalement car on protège un message électronique comme on protégeait autrefois des lettres manuscrites.

Le même jour de 2001 voit apparaître un arrêt Abram qui a posé ce principe : dans cette affaire l'employeur demande au salarié de travailler chez lui, de mettre son matériel informatique chez lui et ses dossiers chez lui, il refuse et il est immédiatement licencié pour faute grave, est ce que c'est une faute que de refuser de travailler à domicile ?, c'était une modification du contrat de travail, on peut accepter de travailler chez soi mais on ne peut pas l'imposer et pourquoi ne peut-on pas l'imposer ? Et bien parce que le domicile est protégé par le droit au respect de la vie privée et c'est sur le fondement de l'article 9 du code civil qu'on a pu protéger cet individu, alors on n'est pas allé jusqu'à la nullité du licenciement, ici on a dit que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse, ce qui veut dire que pour travailler à domicile, il faut donner son accord express.

Alors la liberté de pensée d'abord, c'est une liberté absolue, on se demande d'ailleurs pourquoi on s'y intéresse puisqu'elle est liberté de pensée, elle n'est pas exprimée, elle reste secrète mais tout de même vous savez liberté de pensée qui se prolonge souvent par une liberté d'expression et c'est à ce titre qu'elle mérite d'être protégée, la liberté de pensée constitue sans doute la liberté la plus forte et la plus absolue, celle qui a vocation à s'exercer dans toute sa plénitude, nul ne peut forcer autrui à penser ce qu'il ne pense pas et à ne pas penser ce qu'il pense, c'est un peu abstrait, un peu théorique mais..., de même nul ne peut forcer autrui à exprimer ce qu'il pense, et un professeur de Paris II, monsieur Olivier a fait le rappel que le droit au respect des opinions est protégé, a déjà été protégé par la cour de cassation. En tous les cas il y a des textes internationaux, des textes fondamentaux, la constitution, qui protègent cette liberté de pensée.

Alors comme je vous l'ai dit, c'est un petit peu théorique, il faut aller concrètement sur le terrain de la liberté d'expression pour voir toute la dimension de la protection. Le juge a reconnu le plus largement possible la liberté d'expression du salarié, aussi bien dans qu'à l'extérieur de l'entreprise, par exemple par l'intermédiaire de la presse, aussi bien sur un sujet relatif au travail que sur un sujet étranger au travail et c'est un vieil arrêt de 1955 qui l'avait déjà indiqué, cet arrêt a condamné le licenciement d'une ouvrière à domicile qui s'était exprimée dans un journal sur ses conditions de travail, je vous ai cité tout à l'heure l'arrêt Claveau, mais il y a un arrêt aussi qui est très intéressant, c'est un arrêt du conseil d'état, vous savez que souvent ces limitations de libertés fondamentales sont inscrites dans un règlement intérieur et qui contrôle le règlement intérieur ? : le ministère à travers le directeur du travail et l'inspecteur du travail et donc quand l'employeur conteste la décision à l'inspecteur du travail on va devant le juge administratif et voilà qu'en l'espèce un règlement intérieur interdisait dans l'entreprise toutes discussions politiques ou religieuses et d'une façon générale toutes conversations étrangères au service, ça va quand même très loin, et le conseil d'état a considéré ici que cette disposition était illicite.

Alors bien sur la liberté d'expression, je vous l'ai dit, elle est protégée mais elle n'a jamais été consacrée de manière absolue, vous savez que même en matière politique, on considère qu'il faut répondre à l'abus de la liberté d'expression et la cour de cassation, en même temps qu'elle consacre la liberté d'expression, va en montrer les limites. Autrefois une catégorie de personnel était tenue à une réserve très forte ; c'était les cadres, ils ne devaient pas s'exprimer, critiquer le personnel et voilà que la cour de cassation prend position pour montrer qu'un cadre c'est un citoyen et qu'il a le droit de s'exprimer s'il le fait de manière positive, si sa critique est positive. Alors lors d'une affaire jugée le 14 décembre 1999, un directeur administratif et financier avait remis aux membres du comité de direction, auquel il appartenait en plus, un document critiquant la nouvelle organisation mise en place par l'employeur ; il a été licencié pour perte de confiance et manque à l'obligation de réserve.

Voilà ce que dit la cour de cassation qui censure la décision de première instance :

- elle énonce que les juges du fond avaient méconnu la liberté d'expression du travailleur, liberté d'expression qui ne peut s'exercer en dehors du cadre protecteur du droit d'expression du code du travail et dont jouit tout salarié dans l'entreprise et en dehors de celle-ci. La cour de cassation indiqua qu'il ne peut être apporté à la liberté d'expression que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché et en l'espèce on a considéré qu'il n'avait pas du tout abusé de sa liberté d'expression mais attention la cour montre une limite, dans l'exercice de ses fonctions il avait le droit de formuler des critiques, des critiques même vives, dès lors que celles-ci ne comportent pas de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs.

Ce qui est intéressant c'est que l'on retrouve ici des conditions à l'expression en matière générale, en matière politique, la diffamation, l'injure et puis on voit apparaître un adjectif qu'il est difficile de mesurer « excessif » qu'est-ce que ça veut dire excessif ? Et donc on n'était pas éclairé immédiatement, il a fallu attendre la jurisprudence et je pense que cet arrêt pourra servir la cour de cassation lorsqu'elle va se prononcer sur les cas de ces salariés un peu imprudents sur facebook, sur les réseaux sociaux et puisqu'on attend une décision de la cour de cassation, elle a déjà dit que le mur facebook n'était pas une zone publique et donc qu'on n'appliquera pas ici les sanctions renforcées, notamment les sanctions qui ont trait à l'injure publique, mais en tous les cas ce que l'on sait c'est que l'information délivrée ne doit pas être excessive et donc si on se réfère à la jurisprudence on verra très rapidement ce que veut dire excessif.

J'ai trouvé un arrêt intéressant : c'est plusieurs salariés dans un laboratoire qui avaient usé de méthodes médiatiques pour dénoncer les manœuvres d'un employeur qui fabriquait des tests de dépistage du virus du sida, des tests qui n'étaient pas fiables, tout le monde le savait, et les salariés se sont exprimés auprès de la presse, mais ces salariés se sont si bien exprimés que cela a conduit à la faillite de l'entreprise. Même si les mots étaient justes, en tant que salariés on ne peut pas aller jusqu'à conduire son entreprise à la faillite et voilà ce que dit la cour de cassation : « elle admet qu'il pouvait y avoir abus dans l'exercice de la liberté d'expression lorsque le salarié participe activement à une campagne de dénigrement ayant entraîné la fermeture de l'entreprise » et donc en effet ça revient très souvent dans la lettre des juges ; quand il y a dénigrement de la personne de l'employeur ou de l'entreprise, c'est là qu'on peut trouver une limite à la liberté d'expression, alors là vous avez vu il y avait du dénigrement mais en plus on avait constaté la disparition de l'entreprise. Tollé dans la salle qui estime qu'il y avait risque de santé publique et que dans ce cas il était question de lanceurs d'alerte et non de dénigrement.

Il est vrai qu'il y a de la jurisprudence sur la dénonciation et notamment sur la dénonciation calomnieuse auprès de l'inspection du travail auprès d'une autorité publique et on se rend compte après coup qu'il n'y avait rien et bien le salarié a été protégé dans ces cas là quand il a agi de bonne foi, il n'a pas accès à toutes les informations, il a cru voir une situation litigieuse, une situation excessive qu'il a dénoncé à l'inspecteur du travail mais s'il l'a fait de bonne foi et l'on en revient à l'idée de dénigrement, s'il est de mauvaise foi c'est justement pour dénigrer son employeur, et donc il peut être protégé aussi sous cet angle-là dit de la dénonciation, mais évidemment c'est une pratique dont il ne faut user qu'avec prudence.

La liberté religieuse ; et pour ce faire il faut distinguer les entreprises avec finalité religieuse et les entreprises sans finalité religieuse et très souvent la difficulté ne se pose pas avec les entreprises avec finalité religieuse où le personnel accompagne la réalisation de l'objet, où on demande une adhésion, où les salariés sont prévenus à l'avance et très souvent d'ailleurs il peut y avoir des clauses particulières dans le contrat de travail pour leur demander d'adhérer expressément à la réalisation de l'objet, mais dans les entreprises sans finalité religieuse la question est de savoir si un salarié peut être demandeur d'une exigence particulière. Plusieurs arrêts importants de la cour de cassation ont été rendu sur cette question et ont montré avec une certaine continuité avec l'arrêt Habibouche j'ai trouvé, ont montré que l'employeur n'était nullement obligé de répondre à la demande exceptionnelle d'un salarié, à savoir une demande qui est en lien avec l'exercice d'une religion par exemple :

- Première affaire qui a trait à l'absence d'une salariée à son poste de travail, absence que la salariée voulait imposer à son employeur en raison d'une fête religieuse, l'employeur n'avait accordé aucune autorisation mais jugeant que ses convictions religieuses devaient l'emporter sur ses obligations professionnelles, la salariée passa outre l'interdiction patronale. Même si la cour de cassation censura l'arrêt de la cour d'appel pour avoir retenu l'existence d'une faute grave de la salariée, elle reconnut que cette absence motivée par des raisons religieuses était constitutive d'une violation des obligations contractuelles et de ce fait autorisait le licenciement de l'intéressée. Vous voyez ce que je veux dire, c'est que ce n'est pas au salarié d'imposer ses convictions religieuses dans l'entreprise, de les imposer en adoptant un comportement qui pourrait gêner l'entreprise.

- Autre affaire : Dans une convention collective il était prévu une indemnité de repas au profit de certains salariés, ceux qui en général ne peuvent pas rejoindre leur domicile, sauf quand l'entreprise fournissait gratuitement un repas, or un salarié reprocha à son employeur de ne pas lui avoir versé d'indemnité à la place de ces repas, considérés comme interdits par sa religion, qu'il lui apportait gracieusement à l'heure du déjeuner ; le salarié prétendait qu'il était pénalisé par sa religion, celle-ci lui interdisant de profiter des repas offerts, voilà il demandait tout simplement une indemnisation. La cour de cassation rejeta le pourvoi, considérant que le salarié qui pour des raisons personnelles ne prend pas les repas fournis par l'employeur ne peut prétendre à une compensation. Donc vous voyez ici que là encore c'est l'acte positif du salarié qui ne s'impose pas à l'employeur.
- Une autre affaire qui avait été très médiatique il y a une dizaine d'années, c'est l'affaire dite du salarié boucher musulman ; un boucher salarié prit conscience bien après la conclusion de son contrat de travail qu'il manipulait de la viande de porc, il refusa à partir de cet instant de poursuivre ce travail que lui interdisait sa religion et demanda à son employeur de l'affecter à un autre rayon, ce dernier qui ne comptait pas le déplacer dû prendre acte du refus du salarié de poursuivre l'exécution de son contrat et le licencia.

La juridiction d'appel décida tout d'abord qu'un tel licenciement était sans causes réelles et sérieuses, mais la décision a été cassée par la cour de cassation qui en même temps qu'elle proclamait l'obligation pour l'employeur de respecter les convictions religieuses de son salarié, considéra que ces dernières doivent donner lieu à une clause spéciale du contrat, lorsqu'elles prohibent un comportement ou imposent une pratique. Donc vous voyez que la pratique religieuse ne s'impose pas à l'employeur mais il n'est pas interdit d'engager une négociation avec son employeur pour autoriser le respect de cette pratique.

Puis au titre des affaires célèbres il faut citer l'arrêt baby loup que j'ai imprimé et qui est très long : Une salariée dans une crèche privée porte le voile, or le règlement intérieur de cette entreprise ne permettait pas le port de ce type de vêtement, dans un premier temps la cour de cassation considéra, puisque cette personne a été licenciée, que le licenciement était sans causes réelles et sérieuses, pourquoi ? et bien parce que certes elle rappelle que le principe de laïcité s'impose dans l'entreprise publique, dans les lieux publics, dans l'activité politique, dans l'activité publique, mais elle fait remarquer en même temps que c'est une entreprise qui ne poursuit pas la réalisation d'un service public, que c'est une entreprise purement privée et donc la cour avait considéré, dans un premier temps, que cette clause était excessive mais devant la résistance de la cour d'appel de Versailles, et vous savez que s'il y a résistance à un premier arrêt de la cour de cassation, il y a possibilité de former un nouveau pourvoi et cette fois-ci c'est l'assemblée plénière de la cour de cassation qui se prononce et ce qui est intéressant dans une assemblée plénière c'est qu'il n'y a pas que la chambre sociale, il y a des magistrats de chaque chambre, chambre pénale, des trois chambres civiles et même de la chambre commerciale et en effet ici la solution a été différente et voilà ce que dit la cour de cassation qui reconnaît la validité de cette restriction qui a été apportée dans le règlement intérieur : *« la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché »*.

Donc on a pu valider ici cette interdiction de porter le voile, voilà la dernière décision mais voyez, le point de vue des juges a été très divisé et il est intéressant d'avoir cette voie ultime qui est le pourvoi devant l'assemblée plénière pour obtenir un débat plus large entre magistrats et vous voyez en même temps la responsabilité des magistrats qui sont tenus de trancher des débats de société, quelquefois parce qu'un législateur ne veut pas se prononcer, la tâche du magistrat, notamment en matière sociale, est une tâche très lourde comme on peut le voir.

Dans les entreprises poursuivant une finalité religieuse, je vous l'ai dit, il n'y a pas ici de véritable difficultés, on va considérer ici qu'on peut imposer aux salariés un certain nombre de pratiques, de dogmes qui sont imposés par la religion qui est dans l'objet même de la société et ce que je dis vaut non pas seulement pour la religion, il peut y avoir des sociétés de tendances, des entreprises de tendances qui poursuivent des objectifs philosophiques ou politiques, et dans ce type de structures, on peut en effet considérer que le salarié est tenu d'adhérer à minima aux valeurs ici qui sont prônées par la société, au moins publiquement ne pas montrer d'opposition, de différence.

Pour ce qui est maintenant du droit au respect de la vie privée, qui a eu beaucoup de mal à s'imposer, et notamment je vous avait évoqué l'arrêt Painsecq (17 avril 1991) et l'arrêt Painsecq ne visait pas le droit au respect de la vie privée, la cour de cassation n'avait pas osé à ce moment-là viser le droit au respect de la vie privée, mais voilà qu'un arrêt quelques mois plus tard se révèle plus audacieux, un arrêt du 22 janvier 1992 mettant aux prises la secrétaire d'une concession automobile à son employeur, ce dernier avait reproché à sa salarié d'acquiescer une voiture Peugeot et de l'utiliser pour se rendre sur son lieu de travail alors que lui il vendait des Renault et il avait trouvé que c'était une provocation de garer ce véhicule devant le garage. Cet achat, cet acte de consommation constituait pour cet employeur une marque de défiance dans la qualité de la marchandise, la cour d'appel a reconnu que la liberté du salarié d'acheter un véhicule de marque autre que celle vendue par l'employeur a pour corolaire, en raison de la méconnaissance des

intérêts de l'employeur, la liberté pour celui-ci de se séparer de la salariée pour une cause réelle et sérieuse donc le licenciement a été reconnu mais devant la cour de cassation il y a censure et sur le fondement de l'article 9 du code civil la cour de cassation nous dit : « *Le salarié est libre d'acheter les biens, les produits et les marchandises de son choix* » et c'est là qu'apparaît de nouveau cette distinction entre les actes de la vie professionnelle et les actes de la vie extraprofessionnelle et en plus on reprend à cette occasion certains des principes de cet arrêt Painsecq, ce qu'on peut dire aussi c'est que si la fonction avait été différente on aurait pu interdire au salarié d'utiliser sa voiture Peugeot, par exemple il est VRP chargé de vendre et prendre des commandes et il ne peut donc pas circuler avec sa voiture Peugeot, là vous comprenez qu'on prend en compte la finalité de l'entreprise qui est commerciale et la tâche à accomplir vendre des voitures et on peut comprendre que dans ce cas-là il y ait une restriction à ce droit de consommer.

Il y a des arrêts sur la liberté de se vêtir (affaire du juge Rousseau, affaire du bermuda) est ce que c'est une liberté fondamentale ?, la cour de cassation n'avait pas cru devoir dire que c'était une liberté fondamentale mais vous savez que maintenant parmi les éléments discriminants il y a l'apparence physique que l'on ne peut pas prendre en compte et on considère effectivement qu'il y a un droit de se vêtir, mais il y a la possibilité pour l'employeur de restreindre cette liberté toujours pour des raisons professionnelles, par exemple dans un laboratoire de chimie porter une blouse, mais la cour de cassation a montré qu'on ne pouvait pas imposer la blouse dans tous les locaux de l'entreprise notamment par exemple pour une secrétaire comptable. Ce n'était pas une première affaire, dans une autre affaire on avait imposé à un salarié de porter une cravate mais il était agent immobilier et la cour de cassation avait considéré que dans ce cas il n'y avait pas ici d'atteinte excessive à la liberté de se vêtir que de lui imposer une cravate.

Dans l'affaire du bermuda les faits sont les suivants, le salarié travaille dans un laboratoire, il porte une blouse et un bermuda légèrement plus court que la blouse, alors évidemment quand il traversait le hall ça gênait l'employeur et l'employeur lui avait fait une remarque et lui avait demandé de quitter son bermuda, le salarié a résisté et la seconde fois il a été licencié, la cour de cassation a reconnu dans cette affaire, au regard du métier exercé, il traversait le hall, il était en contact avec la clientèle et il lui fallait un minimum de retenue, et donc on lui imposait de revenir au pantalon mais là une fois encore il faut prendre en compte la fonction.

Imaginons maintenant un transporteur dans le sud de la France au mois de juillet, dans son camion surchauffé, je crois que l'on peut accepter l'idée qu'il porte un bermuda.

Alors droit au respect de la vie privée, plusieurs arrêts se sont succédés et notamment dans une situation particulière qui est celle de la participation à une journée de détente, ça peut être intéressant car plusieurs fois on m'a posé la question, voilà que l'employeur organise une journée de détente offerte par l'employeur et pendant le temps de travail, la salariée a refusé de prendre part à cette excursion organisée en concertation avec le comité d'entreprise et l'entreprise très mécontente décida de se priver de sa salariée. La cour de cassation nous dit, sous le visa de l'article 9 du code civil : elle considère que la salariée qui n'était nullement tenue de participer à cette distraction (elle n'a pas été licenciée mais on lui a retenu son salaire car elle est considérée comme n'étant pas venue travailler ce qui n'est donc pas une sanction pécuniaire et cela en application du contrat de travail qui est synallagmatique et qui prévoit un salaire en échange d'une prestation), et qu'elle pouvait exiger un rappel de salaire pour la période correspondante dès lors qu'elle s'était tenue à la disposition de son employeur pour effectuer le travail et en effet ce jour-là elle était à la disposition de son employeur.

Je vous ai évoqué l'arrêt Nikon qui, lui, a donné une pleine expansion à ce droit au respect de la vie privée, en effet un employeur ne peut pas empêcher les communications individuelles, alors il peut les empêcher par la voie du règlement intérieur, empêcher qu'on utilise le matériel de l'entreprise pour dialoguer pour des raisons personnelles avec l'extérieur, mais s'il ne dit rien dans le règlement intérieur, il n'est plus en mesure de contrôler les messages personnels qui circulent sur internet. Alors ce qui est intéressant, c'est de voir que le droit au respect de la vie privée intéresse l'intimité du salarié, mais il y a aussi des situations qui n'intéressent pas l'intimité de la vie privée et qui pourraient être protégées et la cour de cassation l'a senti et notamment lorsque le salarié exerce une activité qui est publique mais extraprofessionnelle ou je prends un autre exemple, lorsque le salarié est placé en garde à vue ou même est incarcéré de manière provisoire, est ce qu'on peut tirer prétexte de cet événement de sa vie personnelle pour justifier son licenciement ?, la cour de cassation a bien senti que le droit au respect de la vie privée concerne l'intimité de la vie privée et elle a peu à peu montré que le salarié avait droit aussi au respect de sa vie personnelle, alors ça intéresse les incidents de ce type là, ça intéresse bien sur l'exercice d'activités politiques, ça peut intéresser tous ces comportements adoptés en cas de jeu, d'activités culturelles, etc...

La protection de la vie privée trouve aujourd'hui à s'appliquer dans de nombreux domaines, un autre exemple aussi, on a pu reprocher à un salarié des actes de harcèlement sexuel tout simplement parce qu'il était séducteur dans l'entreprise, la question est de savoir si il s'agissait véritablement d'un harcèlement sexuel, le harcèlement sexuel n'avait pas été caractérisé et la cour de cassation a bien montré dans cette affaire qu'il s'agissait de relations privées entre personnes et elle a visé l'article 9 et donc il est très difficile de caractériser sur le long terme cette situation dite de harcèlement sexuel et il faut bien la distinguer d'une activité qui ne pourrait être qu'une activité de type séduction du salarié à l'égard d'un ou d'une autre salarié.

Qu'en est-il maintenant de la recherche d'informations sur la vie privée d'un candidat à l'embauche ?, est ce que l'employeur peut mener des investigations ? et alors est ce que les éléments de la vie privée peuvent être pris en compte par l'employeur au moment de son embauche ?, et bien la solution nous a été donnée dans le code du travail à la suite du rapport de Gerard Lyon-Caen et ce qui est intéressant c'est que c'était la première fois que le code du travail se dotait de dispositions sur les investigations qui étaient menées par un employeur, notamment sur la vie privée, et voilà ce que dit le code : « *les informations demandées sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ou à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles* » et donc notamment toutes les investigations sur la santé du salarié, et la santé du salarié fait partie du droit au respect de la vie privée, toutes ses investigations sont évidemment interdites, le texte poursuit ainsi : « *ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles* »

Il y a une question qui est intéressante et qui justement met en cause la citoyenneté du salarié, c'est le problème de la surveillance du salarié sur les lieux du travail, est ce que l'employeur peut, vous savez ce débat s'est posé aussi dans les lieux publics et la question est de savoir s'il n'y a pas une obligation d'avertissement des salariés, et la cour de cassation a pris position très rapidement sur ce sujet et dès 1991, elle indiquait qu'il n'est pas interdit à l'employeur de mettre en place des procédés de surveillance des locaux dans l'entreprise, dès lors qu'il avertit les salariés de l'existence de ces procédés de surveillance. Il existe en effet à la charge de l'employeur une obligation d'information préalable du salarié mais aussi des élus du personnel et du comité d'entreprise, mais est-ce que ça veut dire que tous moyens de surveillance sont interdits ? Notamment dans une affaire l'employeur produit des relevés de facturation téléphoniques et il ne l'avait pas indiqué à son salarié, alors est ce que vous pensez que c'est une intrusion dans sa vie privée que de produire ces relevés, vous le pensez vraiment ? Et en fait ici la cour de cassation n'a pas suivi cette position, pourquoi ? Et bien parce qu'on doit savoir comme personne avertie qu'il est inhérent à la possibilité de téléphoner de produire des relevés de facturation téléphonique, ça fait partie du système même, le système doit pouvoir produire les numéros qui ont été composés et bien ici il a été décidé qu'un juge pouvait se fonder sur ces relevés qui sont actuellement automatiquement fournis à tout abonné qui le demande, d'ailleurs pendant un temps on n'avait pas à le demander ils étaient envoyés automatiquement, et bien pour constater la réalité de la faute imputée au salarié, à savoir l'utilisation anormale du téléphone de la société à des fins personnelles.

Se pose le problème de la surveillance du salarié, pas seulement dans l'entreprise ce qui est possible, mais surveillance en dehors du lieu de travail, peut-on notamment organiser des filatures ?, un employeur a tenté de le faire à l'égard d'une salariée qui était ce qu'on appelle *visiteur médical* et qui malheureusement avait fait des fausses déclarations d'activité et de réunions d'information médicale et qui avait aussi établi de fausses déclarations de frais et bien la cour d'appel avait considéré que les constatations du supérieur hiérarchique étaient régulières, lequel s'était posté à proximité de son domicile pour contrôler ses allers et venues, vérifier si elle sortait de chez elle pour aller à ses réunions, etc... Mais la cour de cassation n'a pas suivi les juges du fond sur ce terrain-là, dans ses argumentations il a été constaté en effet que le mode de surveillance de la salariée, qualifiée de filature, portait atteinte sur le fondement de l'article 9 du code civil au droit au respect de la vie privée. L'employeur aurait pu rester dans un cadre légal en enquêtant auprès des clients cités dans ces fausses déclarations.

Comment aurait-il pu faire ? Une chose est sûre, un employeur, notamment sur les lieux de travail, a toujours la possibilité d'utiliser les prestations d'un huissier, lequel si il est dans un lieu public n'a pas forcément besoin de déclarer son identité, par contre si il déclare son identité elle ne peut jamais être fausse, c'est à dire qu'on peut utiliser les services d'un huissier mais en aucun cas l'huissier ne peut mettre en œuvre des stratagèmes, comme donner une fausse identité ou par exemple comme dans une affaire où on suspectait un vol de billets et l'huissier avait proposé à l'employeur de mettre en place un stratagème, à savoir d'utiliser des faux clients avec des billets dont les numéros avaient été relevés, donc ces billets à la fin de la journée devaient atterrir dans la caisse enregistreuse de l'entreprise (une pharmacie) et on s'est rendu compte à la fin de la journée que ces billets dont les numéros étaient relevés avaient disparus mais là la cour de cassation a considéré qu'il y avait un défaut de loyauté dans l'utilisation du stratagème.

Donc dans les faits on peut surveiller son salarié, attention dans l'entreprise notamment, à l'extérieur, pourquoi à l'extérieur ?, Le lien avec l'entreprise, le lien avec le travail est distendu donc il y a une présomption pour dire que la recherche ici est déloyale, et la cour de cassation s'est même prononcée sur une surveillance d'un salarié. à l'aide de la géolocalisation avec un GPS, est ce que cette géolocalisation était possible ? Non la cour de cassation a montré que par principe ça ne pouvait être qu'exceptionnel, d'abord c'est interdit pour un salarié qui a des horaires libres, notamment qui est sous convention de forfait, car justement il n'est pas tenu par des horaires donc on n'a pas à le surveiller, si jamais il est tenu à des horaires on ne peut utiliser la géolocalisation que si d'autres modes de surveillance sont impossibles et donc c'est vraiment une situation extrême et je pense que ce serait très désagréable pour les salariés de savoir qu'on peut les identifier à tous moments.

Finalement on a vu ces principales libertés, notamment le problème de la liberté de se vêtir quand même qui est reconnue à titre principal sachant qu'ici en la matière les restrictions restent exceptionnelles.

Ce que l'on aurait aussi pu évoquer c'est le droit à une vie familiale normale, car il faut savoir et je terminerai par cette question-là, vous savez que les employeurs sont très friands de clauses dites de mobilité, le bon salarié c'est celui qui est disponible, c'est ce que souhaite l'employeur et donc l'habitude a été prise de mettre des clauses de mobilité pour faire bouger plus facilement les salariés, mais quelquefois vous le savez cela peut perturber une vie familiale établie et la cour de cassation pour la première fois dans un arrêt qui pour l'instant n'a pas été renouvelé, donc on attend une suite, dans un arrêt du 14 octobre 2008 nous a dit ceci et je pense que l'on peut placer ce droit à une vie de famille normale comme un droit fondamental, le qualifier de droit fondamental, elle nous dit donc ceci : *« la mise en œuvre de la clause contractuelle doit être contrôlée, il appartenait aux juges de rechercher si cette mise en œuvre ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché »* alors il est très intéressant cet arrêt car jusqu'à présent on parlait du respect au droit de la vie privée on pensait bien que les questions familiales étaient écartées et ne justifiaient pas une résistance face aux directives de l'employeur et depuis cet arrêt cela impose à l'employeur des précautions dans la mise en œuvre des clauses de mobilité qui, elles, restent tout à fait licites. Je vous remercie.