

# Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux

Marianne LAIGNEAU, Jean-Emmanuel RAY, et Bertrand MATHIEU

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 31 - MARS 2011

---

Le cycle de conférences, intitulé « Les Jeudis de la Société de législation comparée », consacré à l'entreprise face aux droits fondamentaux, par définition et par nature, ne pouvait ignorer les droits sociaux. Ce sont ces droits qui constituent l'objet de cette conférence <sup>(1)</sup> qui réunit Marianne Laigneau et Jean-Emmanuel Ray.

---

Les droits sociaux, se rencontrent essentiellement sous deux formes dans la Constitution.

D'une part, ce que l'on appelle traditionnellement des droits de créance, mais c'est probablement une expression qui n'a pas énormément de sens parce que le créancier ne dispose pas d'un droit d'action contre le débiteur dans cette affaire. Ce sont plutôt, pour reprendre un langage constitutionnel, des objectifs de valeur constitutionnelle, c'est-à-dire des droits qu'il incombe au législateur de mettre en oeuvre et qui peuvent justifier la limitation apportée à certains droits fondamentaux. C'est le cas, par exemple, du droit au travail qui justifie certaines limitations à la liberté d'entreprendre en restreignant le droit pour le chef d'entreprise de choisir ses collaborateurs, c'est-à-dire éventuellement en restreignant le droit de licencier. En réalité, il faut voir que l'État fait porter assez largement la charge de ces objectifs sur l'entreprise, il en est ainsi du droit au travail ou encore du droit à la santé. Et ces droits, qui sont des droits qu'il incombe à l'État de mettre en oeuvre, sont en fait très largement à la charge de l'entreprise, soit par l'intermédiaire d'une réglementation, soit par l'intermédiaire des charges sociales.

La deuxième catégorie de droits sociaux regroupe les droits subjectifs. Il en est ainsi de la liberté syndicale du droit de grève. Ces droits-là sont des droits classiques qui sont directement invocables dans les relations inter-individuelles.

Le problème, c'est qu'en matière de droits fondamentaux, les choses ne sont jamais si simples. Ces droits sociaux doivent être d'abord conciliés avec d'autres droits : d'abord avec les droits de l'employeur en tant qu'entrepreneur ou en tant qu'individu et ensuite avec les droits des autres salariés et avec les droits de tout individu, indépendamment de sa fonction au sein, ou en dehors, de l'entreprise. On rencontre ici des droits qui s'appliquent également dans l'entreprise, liberté d'entreprendre comme il a été dit, liberté contractuelle, liberté du travail, liberté d'aller et de venir, liberté personnelle notamment, pour essayer de faire un rapide catalogue des principes dont le Conseil constitutionnel a eu à connaître, ou qu'il a eu à concilier les uns avec les autres. Donc, si l'on prend le problème des droits sociaux dans l'entreprise, on constate qu'il y a une conciliation entre ces droits sociaux, les libertés économiques, les droits et libertés de l'individu et même un certain nombre d'exigences collectives, comme par exemple la sécurité juridique.

Il y a eu un débat, notamment aux États-Unis, pour savoir si les droits sociaux constituent des droits fondamentaux. C'est un débat qui sur cette rive de l'Atlantique semble dépassé pour une raison assez simple, c'est qu'à la fois la structure de la norme constitutionnelle - c'est-à-dire les textes de référence - la jurisprudence du Conseil constitutionnel et la nécessaire articulation de ces principes qui répond à une exigence de proportionnalité, conduisent à une certaine unité de la notion de droits fondamentaux. Le salariat a pu, je relevais cette observation dans une intervention de Luc Ferry, représenter une certaine forme d'émancipation de l'individu par rapport à des communautés traditionnelles.

Mais aujourd'hui, la question qui est posée est celle de l'émancipation de l'individu par rapport à son statut de salarié. Au-delà d'être un salarié, celui qui travaille en entreprise est aussi un citoyen, et peut de ce point de vue faire valoir des droits qui lui sont reconnus à ce titre ; comme par exemple la liberté d'expression, le droit à une vie familiale normale etc. L'évolution du droit contribue à réduire les sujétions qui s'imposent à l'individu salarié pour valoriser les droits qui appartiennent au citoyen par ailleurs salarié. On peut ainsi aboutir à une situation où les exigences de l'entreprise sont reléguées au second rang : ce qui impliquerait, en termes de droits fondamentaux, que les exigences liées à la liberté d'entreprendre deviennent secondes. Pour une raison très simple, c'est qu'en matière de droits fondamentaux, il est toujours très difficile, contrairement à ce qu'on dit, de considérer qu'il y a une notion univoque de progrès.

La notion de droits fondamentaux est une question de vases communicants. Plus vous protégez un droit, moins vous protégez un autre droit. Et par définition, plus vous renforcez les droits de l'individu salarié et moins vous considérez que c'est d'abord un salarié, plus vous limitez la

liberté d'entreprendre. Et c'est cette articulation, qui me paraît d'ailleurs particulièrement intéressante, entre les **droits du salarié et les droits du citoyen** et leur évolution qui fera l'objet de la première table ronde.

La seconde table ronde, sera consacrée au **principe d'égalité**, principe « magique » en droit constitutionnel, à tel point que la juridiction constitutionnelle belge a pu fonctionner un certain nombre d'années avec le principe d'égalité comme seule norme de référence. En matière de droit du travail, on peut prendre comme exemple, mais ce n'est qu'un exemple, la question de l'égalité entre les hommes et les femmes. Et là aussi, on a une évolution qui est assez intéressante : alors que l'égalité dans son sens traditionnel, c'est-à-dire l'interdiction des discriminations entre les hommes et les femmes n'est probablement pas encore réalisée dans l'entreprise, on est passé immédiatement à une autre conception qui est celle d'une certaine forme de discrimination positive. Ce qui est intéressant, c'est que le Conseil constitutionnel a censuré une disposition législative qui intégrait une certaine forme de discrimination positive en instaurant des quotas par sexe dans certaines activités professionnelles ou dans certains organes professionnels et qu'il a fallu en fait, une révision de la Constitution pour surmonter cette interprétation constante du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel qui s'enracine dans la tradition de la Déclaration de 1789. Ce sera l'objet de cette seconde table ronde.

C'est à un droit tout à fait emblématique et dont la mise en oeuvre est d'une brûlante actualité, que sera consacrée la troisième table ronde. C'est le **droit de grève**, droit qui a un statut constitutionnel un peu particulier. C'est un droit qui a été absolutisé par certains et qui bénéficie d'une protection assez étendue de la Cour de cassation, mais qui, d'un autre côté, attend éternellement la réglementation législative que la Constitution appelle et qu'il est arrivé au Conseil constitutionnel de rappeler. Mais les pouvoirs du Conseil s'arrêtent là et il ne peut faire ce que le législateur ne veut pas faire.

On ne peut pas enfin ne pas évoquer la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). D'ailleurs, on ne peut plus parler de droit constitutionnel, du Conseil constitutionnel, sans dire un mot de la QPC : sinon on pense nécessairement que le débat est tronqué. Et même si ce n'est pas ici une question centrale, il faut quand même en dire un mot. Le Conseil constitutionnel a été saisi de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité, tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'État, portant sur la liberté syndicale et plus précisément, sur les critères de représentativité. Ce n'est pas fondamentalement intéressant, parce que le Conseil constitutionnel a répondu, dans la seule décision qu'il a rendue jusqu'à présent, qu'en fait le législateur bénéficiait d'une assez grande liberté pour fixer les critères de représentativité. Pour conclure sur ce point, il me semble qu'en matière de droit social, les entreprises ne semblent pas avoir pris la mesure complète de l'intérêt que représente cette nouvelle procédure.

Il y a quelques semaines, un débat a été organisé par la Revue « Constitutions » sur les entreprises face à la question prioritaire de constitutionnalité, en faisant intervenir notamment un responsable juridique du MEDEF et un certain nombre de responsables juridiques d'entreprise. On a noté une certaine méfiance vis-à-vis de cette question : méfiance qui semblait due, d'une part à un sentiment d'insécurité juridique et d'autre part au sentiment de plonger dans l'inconnu, cet inconnu étant à la fois les règles constitutionnelles et la manière dont fonctionne le Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel apparaît parfois dans le monde de l'entreprise comme une juridiction politique et, pourtant comme certains ont pu le dire, la Cour de cassation a parfois une conception plus sociale que juridique de certaines questions alors que la jurisprudence du Conseil constitutionnel est probablement de ce point de vue plus neutre. Il n'est donc pas évident que la méfiance des entreprises vis-à-vis du Conseil constitutionnel soit toujours parfaitement justifiée, mais c'est l'avenir qui le dira.

## Première table ronde : Du salarié citoyen au citoyen salarié

**Jean-Emmanuel Ray.** L'entreprise est un lieu privé, et le contrat de travail caractérisé par un lien de subordination entre le salarié et le chef d'entreprise aujourd'hui, hier le pater/patronus/patron qui était, comme le charbonnier, « *maître chez lui* ».

« Piété, propreté et ponctualité font la force d'une bonne affaire » : l'article premier de ce règlement intérieur datant de 1850 reflète bien ce « paternalisme » dont il est de bon ton de se gausser aujourd'hui. Mais n'aurait-il pas simplement changé de forme ? Les comités d'entreprise ont repris en 1946 la gestion de ces « oeuvres sociales » transfigurées en « activités sociales et culturelles » en 1982 ; et aujourd'hui, le développement des concierges de bureau, crèches d'entreprise, « congé papa-poule », aides patronales à la parentalité voire lutte contre la toxicomanie ou les violences conjugales, est plébiscité par le personnel. À l'opposé de la malédiction divine, la montée en puissance actuelle du « bien-être au travail » issue de la définition de la santé de l'OMS [\(2\)](#) incite d'ailleurs les entreprises à évoluer de la sorte, au risque de créer un nouveau et toujours envahissant « maternalisme ».

Mais le titre de l'ouvrage du doyen Philippe Waquet (3) fournit une réponse : « Du salarié-citoyen au citoyen salarié : les libertés dans l'entreprise ». Bref « le droit du travail est en train de changer de paradigme : il passe d'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail. Ce changement n'est pas seulement européen : pour des raisons d'évolution culturelle associée à la mondialisation, il est commun à tous les pays développés », constate un autre doyen, celui de la Faculté de droit de Montréal (4).

Cette évolution (5) résulte de deux facteurs : une révolution culturelle commune en amont, et une synergie improbable législateur / juges français en aval.

### *Une révolution culturelle en amont*

Il est toujours réjouissant de voir certains politiques ou juristes se prétendre père ou mère d'une importante évolution sociétale, alors qu'ils ont mis leur fauteuil dans le sens de l'Histoire. Certes, l'irruption en France des libertés dans l'entreprise (6) peut être datée de l'emblématique loi du 4 août 1982, résultat de rapports de forces politiques et sociaux différents, puis d'une exceptionnelle dynamique jurisprudentielle (voir *infra*).

Mais la rapidité de leur diffusion et l'absence des habituels contre-feux patronaux montrent que nombre d'entreprises avaient déjà intégré cette profonde évolution sociologique : bien avant notre festif mai 1968 au Quartier Latin, il y avait eu Los Angeles, Berlin et autres. En 1964, « Times are changing » ... « Et moi, et moi, et moi » date de 1967. Puis en août 1968, Prague et les chars du Grand Frère soviétique, Gdansk... puis Berlin en 1989.

Les temps ont changé : la discipline, fondement de toute productivité avec Taylor et Ford, se retrouvait en amont dans l'autorité qui structurait naturellement la Famille, l'École comme l'ensemble de la Société. Or ce modèle pyramidal, que l'on retrouvait d'ailleurs dans le système juridique avec la suprématie naturelle de la Loi, ne fonctionne plus.

Il est même parfois devenu contre-productif pour les nouvelles générations de travailleurs du savoir (7). Car ce n'est pas la peur d'un blâme qui fait fonctionner leurs neurones à 150 % : pour eux, c'est désormais *l'autonomie, la liberté qui est source de productivité*. Et les jeunes collaborateurs se sentent aujourd'hui pleinement citoyens quand ils travaillent dans l'entreprise : depuis l'enfance davantage habitués au consensus qu'à l'autorité, ils ne goûtent guère la subordination, n'hésitant pas à montrer, au bureau comme à l'usine, qu'ils ont aussi droit au respect, y compris de leur vie privée.

Pour le droit du travail fondé sur la subordination et donc placé sous le signe de l'ordre public de protection, l'évolution est aussi considérable que redoutable.

### *Une synergie inattendue en France*

S'agissant du droit français, force est de reconnaître l'aiguillon qu'a pu représenter la toujours créative Cour de Strasbourg (8) qui, à l'instar de certains sociologues voulant toujours paraître plus progressistes, nous emmène à chaque arrêt un peu plus loin dans ce qu'elle estime être la modernité.

Mais s'est aussi jouée entre 1980 et 2002 une pièce en cinq actes, en forme d'improbable dynamique juridique et humaine.

**Acte I / 1980.** S'agissant d'un banal contrôle par alcootest, le grand spécialiste du contrôle du Pouvoir qu'est le Conseil d'État fait oeuvre créatrice dans son arrêt *Corona* du 1<sup>er</sup> février 1980 (9) : « Eu égard à l'atteinte qu'elles portent aux droits de la personne, les dispositions du règlement intérieur excèdent par leur généralité l'étendue des sujétions que l'employeur pouvait légalement imposer » : elles ne pouvaient donc être justifiées que pour les salariés occupés à l'exécution de certains travaux, ou à la conduite de certaines machines. Le principe de proportionnalité du droit administratif entrainait par la petite porte en droit du travail.

**Acte II / 1982.** « Relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise », la loi du 4 août 1982 crée le droit d'expression direct et collectif sur temps et lieu de travail, mais aussi et surtout l'article L. 122-35 reprenant très légitimement l'arrêt *Corona*. Mais relatif au règlement intérieur, il restait donc limité au seul pouvoir disciplinaire de l'employeur.

**Acte III / 1988.** Suite à un improbable concours de circonstances, les premiers contentieux portant sur la loi du 4 août 1982 arrivant à la Cour de cassation sont souvent confiés à un récent conseiller à la Chambre Sociale, Philippe Waquet, auparavant avocat aux Conseils et très fin connaisseur de la jurisprudence du Conseil d'État comme de la CEDH. Très attaché à la problématique des libertés, il trouve une oreille attentive avec les présidents J. P. Cochard (1988-1992), O. Kühnmunch puis G. Gélinau-Larrivet (1995-2001). Une puissante dynamique est

ainsi lancée, qui se retrouve dans d'autres domaines licencieux (économique), impressionnant le législateur lui-même qui, plein de crainte révérencielle et dans une curieuse inversion de la hiérarchie des normes, légalise ces audacieuses jurisprudences. Dans ces années là, le droit du travail a surtout avancé à coup d'arrêts.

**Acte IV / 1992.** Consacrant l'ambivalence du droit du travail limitant le pouvoir patronal tout en le légitimant, l'article L.120-2 (aujourd'hui L. 1121-1 suite à la recodification) est particulièrement explosif dans notre domaine placé sous le signe de la subordination. Introduit par simple amendement parlementaire à la loi du 31 décembre 1992, il fait suite au rapport de Gérard Lyon-Caen [\(10\)](#) sur « les libertés publiques et l'emploi ». Reprenant mot pour mot l'article L. 122-35 visant le seul pouvoir disciplinaire, L. 1121-1 élargit à l'ensemble du pouvoir patronal son contrôle de justification et de proportionnalité : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Ce « nul » initial (donc pas seulement l'employeur) fera aussi quelque bruit.

**Acte V / 1995.** La Chambre sociale lui donne une portée maximum, et passant d'une logique d'indemnisation à une logique de pouvoir assure l'efficacité de ses sanctions. Car avant l'arrêt fondateur du 28 avril 1988 [\(11\)](#) (A. Clavaud licencié suite à son interview au journal l'Humanité), l'adage « pas de nullité sans texte » était strictement appliqué par la jurisprudence : le salarié licencié pour l'exercice d'une liberté publique ne pouvait donc prétendre qu'à indemnisation au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse, jamais à sa réintégration. Ce qui encourageait côté patronal une gestion économique des risques juridiques : devoir payer six mois minimum au titre de dommages-intérêts n'est guère dissuasif. Fixant surtout un prix à l'éviction illégale d'un salarié, cette logique conduisait à évaluer le coût de la violation d'une liberté, permettant à l'employeur d'acheter indirectement l'exercice d'un droit constitutionnel.

S'alignant sur la jurisprudence de la Chambre Sociale, la loi du 31 décembre 1992 a quitté cette logique d'indemnisation pour une logique de pouvoir en cas de violation d'une liberté *fondamentale* [\(12\)](#) : nullité de plein droit de l'acte [\(13\)](#) fautif, sans parler d'éventuelles poursuites pénales. Le salarié illégalement évincé de l'entreprise peut ainsi saisir le juge des référés prud'homal, et obtenir une ordonnance de réintégration sous astreinte dans son poste. Cette nouvelle logique se révèle plus dissuasive pour un chef d'entreprise ne voulant ni être publiquement désavoué par un juge, ni perdre la face devant les autres salariés.

## I. Une conciliation nécessaire

Lieu privé destiné à la production, l'entreprise n'est pas une place ni une plage publique. Mais en franchissant ses portes, le salarié n'abandonne évidemment pas ses droits fondamentaux : d'où la nécessaire mais souvent délicate conciliation qui doit être faite au quotidien, sous le signe de l'article L. 1121-1 : principe de non atteinte aux libertés, mais exceptions possibles à la double condition énoncée.

Deux exemples.

### 1. Liberté vestimentaire (CS, 28 mai 2003)

Employé de la Sagem, Cédric M. vient travailler en bermuda, qu'il porte sous sa blouse. L'employeur lui rappelle oralement puis, devant son inertie, par écrit l'obligation de porter un pantalon. Refus, suivi d'un licenciement pour faute grave. Cédric M. saisit alors le juge prud'homal des référés, invoquant le trouble manifestement illicite créé par son éviction et exige sa réintégration. « Si, en vertu de l'article L. 1121-1, un employeur ne peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés *fondamentales* », lui rétorque le 28 mai 2003 la Cour de cassation.

Les juges ont donc eu raison de ne pas ordonner *en référé* la « réintégration » de ce collaborateur mettant son bermuda au dessus de son emploi. A fortiori dans des usines à risques (ex. : chimie), le règlement intérieur peut obliger les salariés travaillant dans des zones dangereuses au port de pantalon, voire de gants ou de chaussures de sécurité, même si cela peut fâcher certaines *fashion victims* n'ayant pas bien compris les conséquences d'un jet d'acide nitrique sur la peau, ou d'une roue en mouvement sur des cheveux longs.

Le 23 mars 2005, la Chambre sociale a donc légitimement accepté le licenciement pour faute grave d'un chef de chantier ayant refusé à plusieurs reprises de porter son casque : mieux vaut être chômeur que mort.

### 2. Vie familiale et clause de mobilité : le tsunami du 14 octobre 2008

Le retour de congé-maternité n'est pas toujours un long fleuve tranquille pour la jeune maman. L'arrêt du 14 octobre 2008 constitue une caricature des pratiques de certaines sociétés exigeant un engagement total, pour lesquelles un cadre à temps partiel est partiellement un

cadre, bref où une mère de famille (et a fortiori un papa) manifestant désormais d'autres centres d'intérêt que son centre de profit voit s'ouvrir toutes grandes les portes de Pôle-Emploi.

Habitant Marseille, notre consultante et désormais jeune maman Stéphanie M. avait eu l'outrecuidance de demander un congé parental à temps partiel, puis refusé une mission de trois mois en région parisienne ; très classiquement pour une telle fonction, son contrat prévoyait la « possibilité de déplacements en France et à l'étranger, certaines missions pouvant justifier l'établissement temporaire de sa résidence sur place ». Elle est licenciée pour faute.

Alors que les magistrats (inamovibles) de la Cour d'Aix-Marseille l'avaient déboutée de sa demande de dommages-intérêts, la Chambre sociale casse au visa apparemment paradoxal de deux articles à la logique bien différente : L. 1121-1 et 1134 du Code civil (dans cet ordre), reprochant aux juges d'Aix de « n'avoir pas recherché si, comme le soutenait M<sup>me</sup> M., la mise en oeuvre de la clause contractuelle 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 ». Énoncer que la situation personnelle du salarié peut avoir un impact sur sa mobilité géographique et vice-versa n'est pas vraiment un scoop. Mais invoquer la bonne foi contractuelle de l'article L. 1222-1, comme dans deux autres arrêts du même 14 octobre 2008, c'est aller beaucoup moins loin que devoir systématiquement confronter nécessités de l'entreprise et droit de chaque salarié à « une vie personnelle et familiale ».

Car l'évolution démographique multiplie les « raisons familiales impérieuses » (tautologie évoquée pour le travail à temps partiel (L. 3123-24) ou celui de nuit : L. 3122-44) : notamment « la garde d'un enfant », et demain « la prise en charge d'une personne dépendante ».

Et la formulation très générale de la Cour, toujours reprise depuis, va bien au-delà des clauses d'affectation comme en l'espèce : en cas de contestation par le salarié, le juge doit désormais répondre à deux questions successives :

1 - La mobilité envisagée porte-t-elle (gravement ?) atteinte au droit du collaborateur à une vie personnelle et familiale ? Ce qui signifie que l'employeur va devoir entrer dans la vie privée de chacun d'entre eux, quitte à se mettre en délicatesse avec l'article 9 du Code civil et surtout L. 1132-1, pénalement sanctionné : « Aucune personne ne peut (...) faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte en raison de sa situation de famille ». Après l'ordre des licenciements, l'ordre des mutations ? Parmi les 23 consultants, pourquoi Stéphanie et pas Hervé (officiellement) célibataire ?

2 - Si atteinte il y a, peut-elle être justifiée par la tâche à accomplir (par le salarié) et proportionnée au but recherché (par l'employeur) ?

Trois conséquences :

1 - Qu'elles soient contractuelles ou conventionnelles, les clauses de mobilité ne sont plus ce qu'elles étaient. Car par définition elles ne visent pas un transfert à 20 km mais plutôt à 200 ou 2 000 km : dans la plupart des cas, le maintien du domicile est exclu, et la vie personnelle et familiale forcément impactée. Si l'arrêt du 14 octobre 2008 est légitime (« Dans la vie, il faut marcher sur deux pieds » : c'est l'intérêt commun), on souhaite bien du courage aux juges du fond pour trouver le bon équilibre entre nécessités de l'entreprise et respect des droits de chaque collaborateur.

2 - Mais problème identique au sein du même secteur géographique car cette mobilité peut également bouleverser la vie privée et familiale du collaborateur visé. Ainsi du passage d'un bout à l'autre de nos grandes agglomérations, avec un temps de transport quotidien passant de 15 minutes à 3 heures, ou rendant matériellement impossible le *steaple-chase* quotidien du matin (crèche/train/collège/métro). Faut-il alors également passer au tamis de L. 1121-1 les simples changements d'horaires comme l'a admis l'arrêt du 13 janvier 2009 ? Si la pause de midi passe de 90 à 45 minutes, des salariés ne peuvent en effet plus aller chercher leurs enfants à l'école, ou rentrer chez eux faire déjeuner leur maman très âgée.

3 - La situation de chaque salarié est enfin évolutive. C'est sans doute la raison pour laquelle la Chambre sociale n'a pas voulu mettre en cause la validité même des clauses de mobilité, mais les conditions de leur mise en oeuvre, à tel moment de la vie. Ce qui lui permet aussi d'éviter le séisme des effets d'une annulation rétroactive de centaines de milliers de clauses.

Le 14 octobre 2008, il s'agissait d'une mobilité *à l'initiative de l'employeur*. L'arrêt du 28 octobre 2009 [\(14\)](#) a rappelé à une maman invoquant un droit à une mutation géographique suite à un déménagement familial que le juge du fond avait « exactement retenu que la salariée n'avait pas de droit acquis à une mutation ».

3. L'entreprise et l'évolution du salarié citoyen vers le citoyen salarié

**Marianne Laigneau.** J'ai envie de dire que tout est dit, et que l'on vient trop tard comme dans *Les Caractères* de La Bruyère. Néanmoins, le parti pris est d'avoir une présentation à deux voix : j'essaierai de vous donner quelques éclairages sur leur traduction concrète dans la vie de l'entreprise, et les sujets qui occupent aujourd'hui les directions des ressources humaines.

Aujourd'hui, le salarié se situe de plus en plus dans une attitude de consommation vis-à-vis de l'entreprise : cela se manifeste d'autant plus que les frontières entre vie professionnelle et vie personnelle dans l'entreprise ont tendance à s'estomper. Comme l'a dit Jean-Emmanuel Ray, pendant longtemps, l'entreprise était un monde clos où le patron exerçait sans partage son autorité. Les limites à cette autorité étaient la mise en oeuvre de droits qui sont des droits de forme collective : liberté syndicale, droit à la négociation collective ; ensuite est intervenue une évolution marquant l'irruption dans l'entreprise de questions qui jusque-là relevaient de la sphère privée, et qui font que les salariés s'approprient, un peu autrement que ne l'avait entrevu le rapport Auroux, le concept de citoyenneté dans l'entreprise.

D'autant que nous sommes dans une situation paradoxale en France : comme le montrent les études européennes depuis vingt ans, les salariés français ont une relation particulière avec la notion de travail, pour eux à la fois un mode de production quasiment au sens marxiste du terme, mais aussi aujourd'hui un lieu d'épanouissement personnel et individuel. Les deux institutions auxquelles les salariés demandent le plus de sens aujourd'hui sont la famille et l'entreprise ; des attentes très fortes vont donc se manifester vis-à-vis du monde du travail et de l'entreprise.

Prenons deux illustrations pratiques de cette nouvelle génération de droits, dont nous n'aurions pas parlé autant dans un colloque il y a vingt ans : les nouvelles technologies de l'information et de la communication et les droits afférents d'une part, et l'irruption du fait religieux dans l'entreprise, d'autre part, qui questionne fortement les managers et les directions des ressources humaines.

Mon angle d'attaque sera volontairement très concret.

## II. Nouvelles technologies de l'information et de la communication

**M.L.** Un mot sur l'irruption massive des TIC (Technologies de l'information et de la communication) dans la vie de l'entreprise. Le temps du téléphone et du fax est aujourd'hui dépassé, nous sommes désormais dans une diffusion massive de ces technologies qui induit une intensification technologique du temps de travail. Ce sont les blogs, les réseaux sociaux, les *podcasts*, le web 2.0, les wiki. C'est la vie de l'entreprise d'aujourd'hui. La moitié de la population active travaille sur un ordinateur. Toutes ces ressources vont aussi permettre aux salariés, notamment par internet ou la messagerie, de se livrer à des activités personnelles pendant son temps de travail, de la même façon qu'il se livre à des activités de travail pendant son temps personnel, le soir ou le week-end : faire ses courses, dialoguer avec ses amis sur les réseaux sociaux, regarder les prochains films qui vont sortir, animer un blog ou un site personnel.

Cela pose un certain nombre de questions aux employeurs, d'ordre extrêmement divers.

- **Tout d'abord, des questions de contrôle** qui sont des questions managériales. Est-ce que nous, managers, pouvons interdire totalement, tolérer, restreindre l'usage personnel de ces outils ? Quel type de contrôle pouvons-nous mettre en place ? Quelles sanctions au cas où les règles édictées par l'entreprise ne seraient pas respectées ? La réponse des entreprises se fonde bien sûr sur la loi et la jurisprudence : c'est le métier des directions juridiques et des directions des ressources humaines, qui n'ont aucun type de méfiance pour aucun type de juge, je tiens à le souligner ici. Mais concrètement, les jurisprudences offrent souvent peu de réponse pratique immédiate au manager sur le terrain.

Alors que font les entreprises ? Elles élaborent des Chartes, des Codes de bonne conduite.

EDF a par exemple rédigé une charte d'utilisation des ressources informatiques et des télécommunications pour encadrer l'irruption massive de ces nouveaux droits dans l'entreprise. Le principe est le libre accès des salariés aux moyens de télécommunications, aux outils informatiques, mais avec des blocages revendiqués. Le salarié ne peut ainsi pas téléphoner à l'étranger s'il n'est pas dans un poste qui implique un contact avec l'international. De même, certains sites internet (sites à contenu « particulier » ou illégaux) sont naturellement interdits ; mais aussi des sites moins polémiques type réseaux sociaux ou ventes par correspondance. L'accès à des blogs, la diffusion de messages type chaîne que vous connaissez, sont aussi tout à fait interdits.

Évidemment, chaque entreprise va réagir différemment.

Ainsi chez CISCO, les salariés ont accès à Facebook et aux réseaux sociaux. D'autres entreprises industrielles auront d'autres types de réponse. Il faut quand même redire que l'entreprise, c'est fait pour travailler. A été citée tout au début de notre conférence la liberté d'entreprendre qui

est une liberté fondamentale. D'après des études, le surf personnel représente dans les grandes entreprises 67 % de l'utilisation d'Internet au bureau, soit 4 h 50 par semaine par salarié, ce qui est assez significatif. L'usage extra-professionnel doit donc être raisonnable : il ne doit pas se faire au détriment de la tâche professionnelle, ni nuire au bon fonctionnement de l'outil informatique. Cela ne doit pas non plus altérer l'image de l'entreprise : on arrive là à des domaines qui vont donner lieu à des jurisprudences tout à fait intéressantes.

L'exercice des contrôles en cas d'abus peut être difficile pour l'employeur.

On connaît bien sûr l'arrêt *Corona* de 1980, on connaît aussi les célèbres arrêts de la Cour de Cassation commentés dans la Revue *Droit Social* de janvier 2010 dont Jean-Emmanuel Ray parlait, ceux de 2008/2009 sur la fouille des sacs à main et des armoires privées situées dans les bureaux des salariés.

Comment faut-il concilier les différents types de droits en présence ?

Je ne suis pas sûre que l'on fouille souvent les sacs et les armoires dans les entreprises, mais on a souvent des problèmes de fichiers informatiques et de messages. L'entreprise applique bien évidemment les principes qui ont été posés par la jurisprudence quand il s'agit d'ouvrir un fichier ou un message sur l'ordinateur d'un salarié : il faut que cela soit prévu dans le règlement intérieur, qu'il en soit informé, il vaut mieux que cela soit fait en présence d'un témoin ; mais c'est beaucoup plus complexe d'application quand il s'agit de déterminer quel est le type de fichiers ou de mails.

Je distingue les deux, fichiers et mails parce que la jurisprudence distingue les deux, personnels ou professionnels qui sont sur l'ordinateur du salarié. Certes le salarié a le droit de faire un petit peu autre chose, dans des limites raisonnables, pendant son temps de travail. Mais quelle est la distinction entre fichier et mail privé ou professionnel ? Il y a eu un important arrêt de la Cour de cassation en juin 2009 qui a posé le principe de présomption du caractère professionnel des fichiers, dès lors qu'ils étaient créés avec des moyens mis à disposition des salariés par l'entreprise. Or aujourd'hui nous vivons dans une guerre économique, surtout dans le monde de l'industrie, ces questions de données ne sont donc pas théoriques, mais le salarié peut vous opposer le fait que ce fichier ou ces messages sont personnels et que vous ne pouvez de ce fait pas les ouvrir. Voilà donc les questions très concrètes que visent à traiter ce type de Charte informatique, qui bien sûr s'appuie sur l'état du droit et de la jurisprudence.

Un mot pour finir sur cette question des TIC, en particulier avec Facebook qui aujourd'hui fait partie de l'entreprise. Les salariés vont sur Facebook, l'entreprise elle-même l'utilise et se soucie de son « e-réputation ». Se pose alors la question de l'utilisation de ces réseaux sociaux à son profit pour diffuser un certain nombre de messages, pour recruter des jeunes collaborateurs, pour faire entendre des messages institutionnels, pour tenter de contrôler son image.

Que se passe-t-il quand des salariés mettent sur Facebook des propos critiques, virulents envers la direction de leur société ? Des délibérés sont en cours sur ces questions, et le Conseil des Prud'hommes de Boulogne-Billancourt s'est prononcé le 19 novembre 2010 <sup>(15)</sup> s'agissant d'une affaire impliquant deux salariées qui avaient eu l'idée étonnante de dénigrer leur DRH sur Facebook. Il est donc question de savoir si en tenant ces propos, elles ont usé simplement de leur liberté d'expression et de parole, ou créé un trouble objectif pour la réputation de l'entreprise. Toutes ces questions montrent à quel point l'équilibre est fragile aujourd'hui entre l'intérêt légitime de l'entreprise et le domaine de la protection des droits personnels et privés du salarié citoyen.

**- Ces nouvelles technologies posent aussi des questions de droit syndical.**

Aujourd'hui, les moyens qui sont donnés dans les entreprises aux organisations syndicales représentatives, sont des locaux, des panneaux d'affichage, des crédits d'heures mais ce sont surtout des sites intranet, des sites web et des messageries pour diffuser leurs tracts. Les syndicats utilisent donc massivement ces moyens modernes, et ils se battent aussi pour que l'entreprise mette ces nouvelles technologies à leur disposition. La question qui est pendante aujourd'hui devant plusieurs tribunaux, avec des différences d'appréciation entre juges de première instance et Cours d'appel, est la suivante : faut-il donner la même chose après la loi de 2008 aux syndicats représentatifs et aux organisations syndicales non représentatives ? La question est bien sûr différente en période électorale ; un certain nombre de grandes entreprises sont en période d'élections professionnelles post loi de 2008 et c'est la première fois pour beaucoup d'entre elles qu'elles vont appliquer cette nouvelle loi qui change fondamentalement la question de la représentativité au niveau local et au niveau national. Donc les débats sont forts autour de l'attribution des moyens informatiques.

**- Les TIC posent enfin des questions de sens du travail**, profondément bouleversé par ces nouvelles technologies avec une parcellisation des tâches, des salariés et des managers qui sont en multi-tâches ; on ne sait plus vraiment ce qu'est la durée de travail, les structures

hiérarchiques sont aplaties par ces nouvelles technologies, et cela pose aussi des questions de santé, d'épuisement, de stress, de tension mais aussi de troubles physiques, de mauvaise maîtrise du temps et de l'espace, et enfin des questions de sécurité. Voilà un domaine où les droits nouveaux créent des nouvelles questions, où la jurisprudence apporte des réponses qui sont suivies avec attention par les entreprises et les arrêts importants que l'on a cités datent de 2008-2009. C'est donc un droit en pleine évolution.

### La distinction vie professionnelle/vie personnelle soluble dans les TIC ?

**J.E.R.** Pour le juriste du travail, les TIC sont une véritable révolution. Source d'une formidable liberté de mouvement physique et intellectuelle, ce puissant disque dur externe à notre cerveau permet incontestablement au salarié sub-ordonné de gagner en autonomie, à l'ingénieur d'éviter les deux heures d'embouteillages du lundi matin en travaillant chez lui, aux commerciaux de rentrer plus tôt « at home ». Mais outre les *reportings* permanents rendus ainsi possibles, nombreux sont les collaborateurs désormais soumis à une sub-organisation sinon une télé-disponibilité très pesante, la vieille distinction vie professionnelle/vie personnelle disparaissant chaque jour un peu plus : « *Tu es joignable ?* » aux heures de bureau devenant « *Tu es dérangementable !* » en dehors.

Exemple emblématique : le BlackBerry et autres smartphones dont les ventes montent en flèche. C'est moins un téléphone qu'un ordinateur de poche permettant d'avoir accès à son courriel, à ses dossiers mais aussi à ses supérieurs, collègues et autres subordonnés n'importe quand, n'importe où, dans le monde entier. Cette nouvelle télégraphie *sans* fil constitue alors un redoutable fil à la patte pour nombre de cadres dérangementables partout et à tout moment, parfois dans un total mépris de leur vie personnelle et familiale.

Bref avec les TIC, le travail s'immisce dans les moindres interstices de la vie privée, s'invitant au domicile.

Guerre des temps (16), 35h ? Mais qui évoque les 35 h de travail à la maison, week-ends et « vacances » compris ? À voir tous ces cadres en forfait-jours faire leurs 10h au bureau, téléphoner sans cesse pendant leurs trajets pour terminer par « deux petites heures d'ordi » à la maison au désespoir de leurs enfants (17), on a le sentiment que le droit de la durée du travail, relevant pourtant de la santé-sécurité, ressemble au chien Droopy continuant de courir alors qu'il a largement dépassé le bord de la falaise.

Il n'y pas si longtemps, ces mêmes Net-Addicts importaient aussi largement leur vie personnelle au bureau en se connectant longtemps, et pas seulement pendant les pauses, sur Meetic et autres Facebook. Pas très licite, cet équilibre équitable importation vie personnelle au bureau/exportation du travail à la maison satisfaisant les deux parties n'existe plus. Crise aidant, la vie professionnelle grignote inexorablement la vie personnelle, mais aussi les temps de déconnexion nécessaire à l'équilibre physique et psychologique de chacun. D'où la montée, pour les personnes concernées, du stress, de la « souffrance au travail » et autres « risques psycho-sociaux » : qui supporterait de voir le facteur sonner 18 fois le samedi et 11 fois le dimanche ?

Critère du contrat de travail, le lien de subordination devient *vraiment* permanent ; mais il peut aussi s'agir de passion du métier, ou davantage de servitude volontaire que de travail officiellement commandé...

**B.M.** Le fait de dire que le salarié devient essentiellement un citoyen et qu'il importe dans l'entreprise ses droits du citoyen, complique la situation plus qu'il ne fait avancer les choses. Cependant cette observation engendre de nouvelles questions qui sont tout à fait fondamentales et doivent nous conduire à une réflexion plus globale. Il en est ainsi de la détermination de ce qui relève de la part de l'activité professionnelle et de ce qui relève de la part de la vie privée et partant de ce qui relève de la sphère publique et de ce qui relève de la sphère privée.

Il y a aussi cette question qui a été posée : qu'est-ce qui est fondamental et qu'est-ce qui ne l'est pas ? Je relèverai d'ailleurs que prudemment le constituant relativement à la question prioritaire de constitutionnalité ne parle pas de liberté fondamentale, mais de droits et de libertés que reconnaît la Constitution, ce qui est à mon avis une formulation juridiquement beaucoup plus fiable. Néanmoins, si l'on se place sur le terrain de ce qui peut être considéré comme fondamental, on rencontre nécessairement la question de la liberté religieuse.

### III. Le fait religieux dans l'entreprise

**J.E.R.** « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble par l'ordre public établi par la loi ».

« Même religieuses » : cette incise figurant dans l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 témoigne de la différence entre la France et nombre de pays, toujours un peu étonnés de notre interventionnisme en ce domaine. Or pour savoir où l'on va, il faut savoir d'où l'on vient.



Massacres divers, Édité de Nantes, Révocation, St Barthélémy, Chouans, et pour finir la très musclée séparation de l'Église et de l'État... Pendant plusieurs siècles, la France a vécu dans sa chair les guerres de religion. Or parmi les guerres, il y a les sévères guerres inter-étatiques, les dramatiques guerres civiles, et les pires de toutes : car divisant les villes, les villages et mêmes les familles, elles donnent lieu aux pires exactions : les guerres inter-religieuses. Particulièrement échaudés par ces massacres à répétition, nous n'avons donc pas de leçons particulières à recevoir de nations au passé si différent ; et s'il faut avoir l'esprit ouvert, il ne faut pas avoir l'esprit béant.

Aujourd'hui, la fin du paternalisme et la liberté religieuse imposent à l'employeur une totale neutralité. Mais cette évolution est récente, puisque l'arrêt du 27 novembre 1986 avait accepté le licenciement d'une enseignante, certes d'une institution privée et confessionnelle : « M<sup>me</sup> Y avait été engagée pour accomplir une tâche impliquant qu'elle soit en communion de pensée et de foi avec son employeur ». « Communion de foi » ? Même s'agissant d'un professeur de théologie à la faculté protestante de Montpellier ayant embrassé une autre religion et avait été licencié de ce fait, la seule appartenance religieuse, sans signe extérieur ni activisme particulier, appartient au for intérieur de chacun, même si comme en l'espèce il s'agit d'une « entreprise de tendance » (association religieuse, parti politique, syndicat).

« Chacun a droit au respect de sa vie privée. Il ne peut être procédé à un licenciement pour un motif tiré de la vie privée du salarié que si le comportement du salarié, compte tenu de ses fonctions et de la finalité de l'entreprise, a causé un trouble caractérisé au sein de cette dernière » : l'arrêt du sacristain M. Painsecq/St Nicolas du Chardonnet du 17 avril 1991 a marqué le changement de cap de la jurisprudence, préfigurant l'article L. 1121-1 (« Nul ne peut porter atteinte aux libertés, sauf si... »).

Par l'arrêt du 24 mars 1998, la Chambre sociale a courageusement fixé le cap, voulant légitimement soustraire le droit français à l'envahissement du communautarisme à l'américaine. Elle a accepté le licenciement du vendeur d'une charcuterie des Comores ayant, au bout de deux ans de travail, refusé de manipuler désormais de la viande de porc. Licencié pour ce fait, il invoquait sa religion : « Sauf clause expresse, les convictions religieuses n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail. L'employeur ne commet pas de faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché ».

Si chacun peut évidemment pratiquer la religion de son choix qui se rattache à sa vie personnelle, dans la vie professionnelle et particulièrement l'entreprise exigeant une organisation collective, il est tout simplement impensable, a fortiori dans notre République laïque, que chaque collaborateur puisse à tout moment décider unilatéralement de se soustraire aux règles collectives au nom de ses pratiques religieuses. C'est ce qu'a confirmé la CEDH dès le 12 mars 1981 (*X c/ Royaume Uni*, § 7, Req. n° 8160/78) : « Une personne peut, dans l'exercice de la liberté de manifester sa religion, avoir à tenir compte de sa situation professionnelle ou contractuelle particulière ». Position reprise le 4 décembre 2008 (*Dogru c/ France*) : « L'article 9 ne protège pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction, et ne garantit pas toujours le droit de se comporter d'une manière dictée par une conviction religieuse ».

Au vieux pays des tribus gauloises, il faut toujours privilégier ce qui rassemble par rapport à ce qui divise (18), et éviter d'ouvrir la porte à des comportements de plus en plus singuliers (19) se démultipliant à l'infini.

Une vieille nouvelle question

**M.L.** Si le même colloque s'était tenu il y a vingt ans, il n'aurait pas forcément abordé ce sujet : il est presque plus neuf que les TIC que je viens de traiter, au regard de l'ancienneté relative de la religion et d'internet dans nos pratiques humaines.

La religion, le lien en latin, c'est une liberté individuelle qui s'exerce collectivement. Mais elle peut questionner le vouloir vivre ensemble sans doute, mais aussi le vouloir travailler ensemble. Dans la très grande majorité des entreprises, on ne parle pas de religion, et l'employeur et les salariés ignorent totalement quelle est la religion de leurs collègues, si même ils en ont une ; c'était la situation classique. En revanche aujourd'hui, cette fin relative de la paix armée entre religion et droit du travail, la montée des fondamentalistes qui ont leur traduction dans l'entreprise car elle-même vit dans la Cité et est donc poreuse à l'externe, peuvent placer le management dans des situations vraiment très complexes, et dans laquelle la jurisprudence sur la proportionnalité va lui être d'un secours limité. On sait d'ailleurs depuis l'arrêt du Conseil d'État *Bouteyre* de 1912, estimant qu'un abbé ne peut se présenter à l'agrégation de philosophie parce qu'il risque de porter atteinte à la liberté de conscience de ses futurs élèves, que les juges ne sont pas indifférents à l'état des mentalités sur ce type de question. Aujourd'hui, la jurisprudence a rappelé l'ensemble des textes relatifs à la liberté religieuse et ils sont nombreux : le droit européen, la Constitution française, la loi de 1905 et les arrêts. Cette jurisprudence fait peser sur l'employeur une contrainte : c'est à lui de montrer que s'il a porté atteinte à la liberté religieuse du salarié, c'est qu'il ne pouvait pas faire autrement. C'est quelque chose de très important en pratique.

Comment réagissent les entreprises face à des cas concrets que vous imaginez complexes ?

Comme pour les TIC, en écrivant des chartes et des guides mais de manière beaucoup moins répandue cette fois parce que le sujet est beaucoup plus sensible que la liberté d'information et de communication. L'entreprise EDF a choisi de manière assez courageuse et innovante, parce qu'elle était confrontée à ces difficultés, d'écrire un guide qui s'appelle « Repère sur le fait religieux dans l'entreprise à l'usage des managers et des responsables RH », qui a été évoqué cette année au moment de la fin du ramadan dans la presse et vient de recevoir un prix : le Trophée de la diversité. C'est à mon sens très symptomatique de notre époque que de donner un trophée de la diversité à un guide sur le fait religieux en entreprise. Mais pourquoi lier religion et diversité ? Parce que les entreprises ne cessent de proclamer leur attachement aux valeurs, à des chartes éthiques, parmi lesquelles la diversité des origines, des croyances, des orientations sexuelles est à la fois un impératif éthique, mais aussi un gage de leur performance et aujourd'hui de leur attractivité comme employeur, notamment parmi les jeunes populations. Le maître mot des approches des entreprises ou d'une entreprise comme EDF qui est une entreprise qui a des missions de service public mais où pour autant la jurisprudence *Berkani* ne s'y applique pas, c'est bien le pragmatisme.

Que dit-on au manager dans ce guide ? Vous devez concilier la protection des individus dans leur droit individuel à la liberté d'expression et à la liberté « même » religieuse. Mais quand on a dit ça, la question est : comment fait-on ? Qu'est-ce qu'on regarde ? On dit au manager : on va vous exposer des cas concrets, et pour ces cas vous proposer une grille d'évaluation fondée sur des critères adoptés en business : la sécurité, la sûreté, concept fondamental dans des entreprises industrielles et notamment nucléaires, l'hygiène, l'aptitude professionnelle, l'organisation de l'équipe, le prosélytisme et les intérêts commerciaux de l'entreprise.

Qu'est-ce que cela donne ?

Cela donne des approches pragmatiques, où l'on passe à chaque fois en revue les cas qui peuvent se poser dans la vie concrète d'un chef d'équipe, comme le salarié qui refuse d'ôter son turban ou sa kippa pour revêtir un casque de sécurité lorsqu'il est sur un chantier ou lorsqu'il franchit le sas d'une zone de contrôle en centrale nucléaire. Vous regardez ce cas à l'aune de la sécurité, de la sûreté et bien par exemple, le cas précité ne passe pas ces deux premiers critères bien évidemment, donc cela n'est pas possible. Voilà un cas qui est relativement simple. En revanche, plus compliquées sont les pratiques de jeûne par exemple qui sont assez fréquentes et qui peuvent percuter la durée du temps de travail. Un salarié demande à finir plus tôt parce qu'il jeûne. La question que vous ne devez pas vous poser c'est, « que dit sa religion ? » Ce n'est pas la bonne question. Les questions que vous devez vous poser sont : est-ce que finir plus tôt entrave la sécurité, la sûreté des installations, l'hygiène, entrave son aptitude à réaliser sa mission, entrave l'organisation de l'équipe, relève du prosélytisme, gêne les intérêts commerciaux de l'entreprise ? Et là apparaît une zone où il n'y a ni réponse positive, ni négative. C'est au malheureux manager d'évaluer, comme le dit le guide, s'il y a incompatibilité entre l'aménagement souhaité et l'organisation du travail requise pour la mission de ce salarié. Le fait religieux reste quelque chose dont on parle peu dans l'entreprise. On l'évoque peu aussi à l'externe comme étant aujourd'hui un des sujets du « travailler ensemble » au sein de l'entreprise mais, force est de le constater, il devient de plus en plus présent dans nos préoccupations de ressources humaines.

**B.M.** Cette évolution est très intéressante parce que finalement, si on admet que le salarié s'émancipe de certaines contraintes traditionnelles, qu'ensuite l'individu s'émancipe de sa condition de salarié, on s'aperçoit que finalement l'individu rentre sous l'empire de règles communautaires et qu'il fait valoir des droits, non plus en tant qu'individu mais en tant que membre d'une communauté, ce qui est une façon un peu circulaire de voir l'évolution de la notion d'émancipation. Cette relation entre rapports individuels et rapports collectifs ou catégoriels, nous renvoie à la question du principe d'égalité et des différentes approches dont il fait l'objet.

## Deuxième table ronde : Le principe d'égalité

**J.E.R.** À tous les niveaux, il faut d'abord éviter de confondre discrimination forcément illégale et différenciation a priori licite (20) : bien que soumise aux coups de butoir du droit communautaire, cette idée fait consensus en France.

Il en va autrement lorsque la Cour de cassation semble se comporter comme un éléphant entrant sans crier gare dans un petit magasin encombré de grandes et vieilles porcelaines, et prétend se faire juge des clauses conventionnelles. Évidemment pas celles contenant des stipulations discriminatoires, mais celles différenciant les avantages selon les catégories professionnelles.

### I. La discrimination toujours illégale

Partie intégrante du « respect des valeurs républicaines » permettant de qualifier un syndicat d'authentique depuis la loi du 20 août 2008, le refus des discriminations est une valeur fondatrice de nos démocraties : cette légitime hiérarchie a des conséquences très concrètes.

1 - Le très détaillé article L. 1132-1 du Code du travail fixe une longue liste des discriminations prohibées en droit du travail : « Aucune personne ne peut faire l'objet (...) d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte (...) en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap ». Ainsi pour le Conseil d'État devant définir le champ des libertés *fondamentales* pour statuer en matière de « référé-liberté » « si certaines discriminations peuvent eu égard aux motifs qui les inspirent, constituer des atteintes à une liberté fondamentale, la méconnaissance du principe d'égalité ne révèle pas, par elle-même, une telle atteinte (21) ».

2 - En principe, point n'est besoin ici de se comparer à autrui (ex : licenciement ès-qualité d'un gréviste ou d'un malade), sauf bien sûr en matière de carrière.

3 - Son régime probatoire est donc également exceptionnel, l'article L. 1134-1 est à la limite de l'inversion de la charge de la preuve : « Il appartient au salarié concerné de **présenter** des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte et à la partie adverse de **prouver que sa décision** est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination » : le défendeur doit ici « prouver ».

4 - De très lourdes sanctions pénales (trois ans d'emprisonnement et 45.000 € d'amende) sont prévues (22), le cas échéant suite à l'intervention d'un inspecteur du travail, ici compétent (L. 8112-1).

5 - Enfin puisqu'il s'agit d'un droit fondamental, L. 1144-3 sanctionne par la nullité le licenciement prononcé à la suite d'une action en justice (23), ce qui n'est pas le cas s'agissant de différenciation finalement jugée illicite : « N'encourt pas la nullité le licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié en raison de l'action en justice qu'il a introduite sur le fondement d'une violation du principe à travail égal, salaire égal (24) ».

6 - L'on peut enfin penser qu'une discrimination incontestable permet au salarié concerné de prendre acte de la rupture avec les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

## II. L'inégalité de traitement licite

Tel n'est pas (encore ?) le cas de simples **inégalités de traitement** ne constituant pas des infractions pénales, et souvent fondées sur de très légitimes éléments objectifs, contrôlables... et pertinents, par rapport à l'avantage en cause.

Sur cette opposition, les juges tiennent (encore ?) bon : « Une différence de traitement entre les salariés d'une même entreprise ne constitue pas en elle-même une discrimination illicite au sens de l'article L.1132-1 » (CS. 18 janvier 2006).

L'arrêt du 15 septembre 2010 (25) donne a contrario un mode d'emploi : justifiant pour une fois une différence de traitement par « le refus du salarié d'effectuer des déplacements nécessitant un hébergement extérieur constituait une cause objective et pertinente du refus de l'employeur de lui accorder les augmentations individuelles de salaire accordées à ses trois autres collègues », il poursuit en remarquant que le demandeur :

- « ne se prévalait pas d'une rupture d'égalité dans le fait d'avoir été privé d'augmentations individuelles de salaires entre 2004 et 2007 ;

- ne soutenait pas que d'autres salariés qui, comme lui, avaient refusé d'effectuer des déplacements, avaient obtenu néanmoins une augmentation individuelle de salaire ;

- ne faisait pas valoir que l'absence de déplacement ne constituait pas un critère objectif et pertinent justifiant le refus de l'employeur de lui accorder une augmentation individuelle fondée sur ses résultats ».

Mais la Chambre Sociale, ou du moins sa formation spécialisée, a adopté la religion laïque des Français « qui n'aiment pas la liberté ; l'égalité est leur seule idole » (Chateaubriand). Visant hier le seul salaire stricto sensu, puis toutes les composantes de la rémunération (bonus, avantage en nature : ticket-restaurant : CS 24 février 2008), elle pourchasse aujourd'hui toute inégalité de traitement, jugée a priori contraire à un principe d'abord prétorien.

## III. Cour de cassation et différenciation conventionnelle

« Pour l'attribution d'un avantage conventionnel, la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ».

C'est peu dire que l'arrêt *Pain* du 1<sup>er</sup> juillet 2009 (26) a provoqué fin 2009 la stupeur. Et aujourd'hui encore l'incrédulité : la majorité de négociateurs syndicaux et patronaux se frottent les yeux, pensant au fragile équilibre social, économique et politique que constitue un accord d'entreprise et à la loi économique et sociale de la profession que constitue une convention collective de branche. Car ils croient encore « qu'aucune disposition légale ou conventionnelle n'interdit aux partenaires sociaux de prévoir un nombre de jours de congés différent selon les catégories professionnelles » : c'est ce qu'avaient prétendu, *horresco referens*, les juges du fond avant d'être cassés.

Au delà de la différenciation conventionnelle cadre/non cadre, certes franco-française et aujourd'hui dans les faits souvent dépassée, le juge fonctionnaire donne le sentiment de n'avoir pas bien compris les mécanismes propres à la négociation collective en matière sociale. A t-il mesuré les effets, y compris rétroactifs, d'une formulation si générale (ANI, convention de branche même étendues, accord d'entreprise : *peu importe* ?) sur les milliers de clauses conventionnelles donnant, dans un savant équilibre du premier au dernier article, 185 ☐ à telle catégorie mais deux jours de congés à une autre ?

Que va pouvoir répondre le patron de la Boucherie Sanzot à ses douze salariés exigeant un rattrapage sur 60 mois au titre de l'alignement sur la prime de l'unique agent de maîtrise, existant depuis 28 ans dans sa convention collective de branche, par ailleurs étendue ?

Bref, comme l'a bien résumé Gérard Couturier (27), avec l'arrêt *Pain* « on atteint le degré zéro de la liberté contractuelle : que le juge de l'accord collectif ait à dire si la répartition des avantages conventionnels est conforme à la justice distributive, c'est un peu comme si le juge du contrat avait à dire si les obligations contractuelles sont suffisamment équilibrées au regard de la justice commutative ».

La dérive jurisprudentielle n'est pas nouvelle : car l'arrêt *Pain* qui semble vouloir traiter de la même façon - rigoureusement égalitaire - pouvoir patronal et accord collectif vient de loin : « La décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale, ou prend la forme d'une négociation d'un accord portant sur l'un des objets soumis légalement à l'avis du comité d'entreprise ». L'arrêt *EDF* du 5 mai 1998 avait été très commenté car pour la Chambre Sociale, il n'y avait donc pas lieu « de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale ou prend la forme d'une négociation d'un accord d'entreprise ». Semblant analyser un accord collectif à l'aune d'une simple mesure patronale à peine déguisée, le juge du droit ne prête donc pas une attention excessive à une différence fondamentale entre les deux : l'opposition entre l'acte unilatéral de l'employeur et un accord de volontés au niveau collectif, et l'échange souvent donnant-donnant qui en résulte.

Alors comme d'habitude, la Cour rappelle à juste titre que l'arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2009, rendu pour simple manque de base légale, n'interdit évidemment pas toute prise en compte de la catégorie professionnelle : il suffit d'une « raison objective », dont le juge contrôlera la pertinence, eu égard à l'avantage en cause. En l'espèce, les juges du fond avait estimé que les cinq jours de congés supplémentaires donnés aux cadres étaient justifiés par les « contraintes spécifiques tenant notamment à l'importance des responsabilités qui leur étaient confiées ». Or dès l'après-guerre et les classifications Parodi-Croizat, les catégories professionnelles avec des avantages distincts sont devenues la base des conventions collectives, de branche en particulier : indemnisation des absences maladie ou indemnité de licenciement différenciées bien mal en point avec cet arrêt, sans parler évidemment des régimes de retraite cadres et non cadres.

Alors comme d'habitude, elle indique qu'il n'est pas si compliqué pour les partenaires sociaux de justifier dans l'accord collectif lui-même, mais à la suite de chaque avantage catégoriel, les différences de traitement. Cela prête à sourire, ou plutôt à soulever comme l'écrivait Jules Renard dans son merveilleux « Journal ». Car dans de nombreux cas, la seule explication est le pur et simple rapport de force local ou l'une de ses variantes : le résultat de savantes stratégies ou tactiques de négociation. N'en déplaise à nos juges, dans une négociation il y a bien sûr l'officiel, l'objectif et le transparent qu'elle aime tant. Mais aussi la tactique, les négociations séparées, les non dits, les coups de poker des conflits collectifs, ou encore les soldes de tout compte des négociations précédentes.

Quelques rappels

1 - Quel que soit leur niveau, il ne peut être question de soustraire les conventions collectives au contrôle d'ordre public des discriminations ; même si l'irruption des discriminations indirectes ouvre un champ immense, et de maniement délicat.

2 - Mais les délégués syndicaux signataires ne sont pas de fragiles marionnettes entre les doigts capricieux d'un chef d'entreprise. Ils peuvent même trouver ensemble des solutions aussi pragmatiques qu'équilibrées ; et quand ils apposent leur signature, l'accord est pour eux

pertinent.

3 - Le juge ne peut ignorer la nouvelle donne résultant de la loi du 20 août 2008 : obtenir désormais la signature de syndicats représentant plus de 30 % du personnel n'est pas signer sur un coin de table un accord avec un délégué syndical minoritaire voire stipendié. Ce seuil de légitimité, comme celui du droit d'opposition à 50 %, a d'ailleurs été aussi conçu pour limiter le recours au juge.

4 - S'agissant d'accords aujourd'hui souvent donnant-donnant, les effets collatéraux de l'arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2009 ressemblent fort à une implosion. C'est souvent tout l'équilibre politique et/ou économique de l'ensemble de la convention qui se trouvera mis en cause, car l'avantage figurant à l'article 69-4 avait comme contrepartie l'alinéa 3 de l'article 98. Bref un accord collectif constitue un tout indivisible : ce que reconnaît le droit légal avec l'interdiction de la dénonciation partielle.

5 - Étalant devant le juge des différences de traitement désormais « inappropriées », la très officielle négociation collective donne désormais des verges pour se faire battre. Il est alors tentant de passer par des méthodes plus discrètes, en commençant par le contrat individuel de travail, certes lui aussi soumis à la toise du principe d'égalité mais nettement moins voyant que le très officiel étalage conventionnel.

6 - Est-il insensé de partir du principe qu'une différenciation conventionnelle est présumée pertinente ? Car un accord collectif n'est pas un acte unilatéral, ni la négociation sociale Oui-Oui au pays des Bisounours. Certes existent bien sûr l'officiel, l'objectif, le dit et le transparent que nos juges aiment tant. Mais aussi la tactique, les non-dits, les négociations séparées, les soldes de tout compte des négociations précédentes voire les coups de poker-menteur des conflits collectifs, dont on peut douter du caractère pertinent pour les auteurs de cette opération Justice Totale.

*En un mot : le contrôle judiciaire pourrait se limiter à être pertinent par rapport à la source en cause.*

#### **IV. La revendication d'égalité et d'équité**

**M.L.** Aujourd'hui non discrimination et recherche de l'équité prennent une place très importante dans la négociation collective. Une grande partie des accords d'entreprise tourne autour de l'égalité professionnelle hommes/femmes, de l'égalité salariale hommes/femmes, ou de l'emploi des travailleurs handicapés. Ce souci de l'égalité et la manière dont on le traduit dans des accords et dans des chiffres devient un élément essentiel du *reporting* social que l'entreprise doit au marché financier quand elle est une société cotée, mais aussi aux agences de notation extra-financières qui sont des agences de notation aussi sociale et qui vont juger les entreprises en partie là-dessus.

Son approche de l'égalité participe donc aujourd'hui de la réputation et de l'image de l'entreprise. La société regarde si vous recrutez des travailleurs handicapés bien sûr, c'est une obligation légale, mais aussi des jeunes, des seniors, des femmes avec telles caractéristiques, tels profils ou tels diplômes. Entreprises publiques dotées d'un statut, EDF ou la SNCF ont dû adapter ce statut au principe d'égalité conçu assez largement, notamment aux nouvelles exigences d'égalité hommes/femmes mais aussi aux évolutions de la cellule familiale ; ces statuts issus du CNR de 1946 et calés sur ceux de la fonction publique de l'époque, reflétaient évidemment la conception des valeurs familiales de l'époque.

EDF a par exemple géré pendant des années des centaines de contentieux sur le sujet qu'on a appelé « père de famille - 3 enfants ». Les pères de famille ayant 3 enfants pouvaient-ils, comme les mères de famille dans la même situation, partir en inactivité au bout de 15 ans de service, une disposition particulière du statut de ces entreprises et aussi de la fonction publique jusqu'à aujourd'hui ? EDF a géré ces contentieux tant que l'État n'a pas lui-même trouvé la solution miraculeuse, après bien des vicissitudes juridiques, qui était que les hommes pouvaient prendre aussi des congés de maternité s'ils y avaient pensé à l'époque. Une fois la solution trouvée par l'État, nous nous sommes alignés : mais tant qu'elle ne l'était pas, nous étions vilipendés par la HALDE et perdions la plupart des contentieux.

Car dans le domaine de l'égalité, l'entreprise gère non seulement l'empilement de textes mais aussi les régulateurs qui dans ce domaine-là vous écrivent, vous clouent au pilori le cas échéant et qui, sans que la légitimité de leur mission ne soit remise en cause, se comportent comme des quasi-juridictions sans toujours en respecter les procédures juridiques. Ce qui met les entreprises dans des toboggans qui ne sont pas du tout dans notre culture juridique et sociale. Nous avons aussi, de manière tout à fait normale, supprimé les clauses de nationalité réservant les emplois aux nationaux français, et les clauses de limite d'âge qui limitaient l'accès à l'emploi à un âge particulier, comme l'a fait aussi la fonction publique. Cette demande d'égalité, qui est une demande de plus en plus d'équité, est extrêmement forte chez les salariés comme elle l'est chez nos concitoyens.

Dans les enquêtes d'opinion et quel que soit le sujet, la phrase qui revient à 70 % est « c'est injuste ! » ; dans l'entreprise aussi « c'est injuste ! »,

et nous devons prendre cela en compte. Cette demande d'équité, quasi d'éthique, s'applique maintenant à des populations qu'on aurait pu croire assez éloignées de ce type de préoccupation, par exemple celle des cadres dirigeants. J'en veux pour preuve l'arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 2010 en matière d'égalité de rémunération entre les dirigeants, arrêt qui me tient à coeur puisque c'est un DRH qui avait demandé le même salaire qu'un directeur financier.

« Aux termes de l'article L. 3221-2 du code du travail, l'employeur est tenu d'assurer pour un même travail ou un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes ; selon l'article L. 3221-4 du même code, sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse.

Ayant relevé entre les fonctions exercées d'une part, par M<sup>me</sup> X... et d'autre part, par les collègues masculins, membres comme elle du comité de direction avec lesquels elle se comparait, une identité de niveau hiérarchique, de classification, de responsabilités, leur importance comparable dans le fonctionnement de l'entreprise, chacune d'elles exigeant en outre des capacités comparables et représentant une charge nerveuse du même ordre, la Cour d'appel en a exactement déduit que M<sup>me</sup> X... qui, pour une ancienneté plus importante et un niveau d'études similaire, percevait une rémunération inférieure à celles de ses collègues masculins, avait été victime d'une inégalité de traitement dès lors que l'employeur ne rapportait pas la preuve d'éléments étrangers à toute discrimination justifiant cette inégalité ».

La Cour de cassation a ainsi posé le principe que la différence de fonction (DRH, directeur financier, directeur opérationnel), ne permet pas à elle seule de justifier une différence de rémunération si les fonctions comparées caractérisent un travail de « valeur égale ». Là où elle exigeait jusqu'à présent des fonctions strictement identiques et répondait donc « DRH, ce n'est pas directeur financier » (cf. Cass. Soc. 26 juin 2008 : « n'effectuent pas un travail de valeur égale des salariés qui exercent des fonctions différentes ») aujourd'hui elle dit « regardons si DRH, c'est la même chose que directeur financier ». Mais que regarder exactement ? L'identité de niveau hiérarchique, de classification, de responsabilités, la charge nerveuse, l'importance des fonctions exercées, le niveau d'études similaire... Le principe d'égalité salariale va s'appliquer maintenant à des fonctions de valeur égale, c'est-à-dire à des fonctions de contenu et d'intitulé différents, mais qui vont présenter un certain nombre de similarités ; c'est une mini révolution dans la population des dirigeants, habituellement peu sujette à contentieux.

Le besoin d'égalité/équité s'applique donc à des cas de figure qu'on était loin d'imaginer.

**B.M.** Ce qui est quand même assez intéressant et assez vertigineux, c'est la transformation du principe d'égalité. On part, rappelons-le, des hommes qui « naissent et demeurent libres et égaux en droit », pour forger un principe d'identité, et *in fine* on arrive à appliquer au principe d'égalité une certaine théorie de l'apparence. Finalement quand on dit c'est injuste, c'est probablement la théorie de l'apparence appliquée au principe d'égalité.

D'une certaine manière, on fait jouer à ce principe d'égalité une fonction qui devient quasiment hégémonique. Face aux exemples que vous citez, ma réaction de constitutionnaliste serait de dire que l'employeur puisse revendiquer le principe de la liberté contractuelle, qui est une exigence constitutionnelle. De même que le principe de sécurité juridique doit le protéger lorsqu'il a appliqué les textes.

Donc on est obligé de remettre ce principe d'égalité dans le jeu, dans les mécanismes de conciliation des droits fondamentaux.

## Troisième table ronde : Le droit de grève

**M.L.** C'est un droit évidemment fondamental, qui s'exerce dans l'entreprise et pose un certain nombre de questions très concrètes au juge, et implique notamment de sa part une connaissance intime des processus industriels. Les acteurs économiques n'ont vraiment aucune réticence envers quel que type de juridiction que ce soit : mais nous souhaitons que les juges connaissent le plus finement possible les réalités économiques et d'organisation des entreprises. À EDF par exemple, nous accueillons ainsi chaque année des promotions de l'ENM soit en formation initiale, soit des magistrats dans leur formation professionnelle ou des juristes de la HALDE, non pour leur parler de droit, mais concrètement pour leur montrer ce qu'est une entreprise, comment est-elle organisée, comment elle fonctionne.

Alors pourquoi est-ce particulièrement important s'agissant du droit de grève ? Parce que c'est un droit qui est évidemment très utilisé dans des grandes entreprises à forte tradition syndicale, comme les entreprises publiques, comme EDF où nous en sommes à notre cinquième mouvement depuis le début du mois de septembre 2010 contre la réforme des retraites ; mais surtout parce que ces formes de grève sont de plus en plus inventives, créatives et judiciairisées. Ce n'est même presque plus la peine de faire grève sur le terrain, c'est plus simple d'aller voir le juge et d'obtenir une décision qui va être moins coûteuse en termes de journées de salaire.

Il faut aussi comprendre que les modes de grève ont des enjeux très différents suivant les secteurs économiques. Dans les transports, la nocivité de la grève est proportionnelle au nombre de salariés grévistes. À l'inverse, dans le secteur de l'énergie, les salariés peuvent, par des mouvements extrêmement courts et donc peu coûteux pour eux, mettre en complet déséquilibre le système de production de l'entreprise. Le dernier grand mouvement social que nous avons connu en 2009 ne s'est terminé finalement, après des semaines de négociations de part et d'autre, que par voie de justice. Donc de plus en plus d'inventivité dans l'exercice du droit de grève : vous connaissez tous les grèves perlées, les grèves-minute qui se sont développées notamment dans des entreprises de production, les salariés cessent le travail 1 minute à la prise de poste ou à la fin de poste, cela fait 2 minutes. Mais bien positionnées, elles mettent en péril le programme de maintenance de l'entreprise. Les juridictions se sont prononcées sur la qualification d'un tel mouvement : est-ce une grève licite ou un exercice abusif du droit de grève ? Des réponses différenciées ont été données par les juges.

Des entreprises comme EDF ont une obligation, celle de la continuité du service public, principe de valeur constitutionnelle qui doit être concilié avec cet autre principe à valeur constitutionnelle qu'est le droit de grève. Tout est relativement simple quand la grève a pour objet et pour effet de gêner la production.

Mais récemment, EDF a été confrontée à des grèves hors période de production, ce qui ne nous était jamais arrivé. Dans les centrales nucléaires, existent des programmes de maintenance, qui obligent à mettre les centrales à l'arrêt. Elles fonctionnent et produisent de l'électricité, puis vient le moment où il faut les arrêter pour changer le combustible et pour enclencher le programme de maintenance. L'organisation de ces périodes qui sont planifiées des mois et des mois à l'avance va permettre ensuite leur reprise en activité et déterminer le calendrier de production, donc la continuité et la sécurité de l'approvisionnement de la France. Les grèves que nous avons connues consistaient à bloquer les programmes d'arrêt de tranches nécessaires à la maintenance des centrales.

Ce n'est pas un arrêt de la production, puisqu'il n'y avait pas de production ; mais tout le calendrier était décalé et l'on savait que dans deux ou trois mois l'électricité qui devait être produite ne pourrait pas l'être puisque le programme de maintenance n'avait pas été réalisé. Quelle peut être la réaction de l'entreprise ? Elle a choisi une réponse qu'elle avait déjà adoptée, qui est de produire des notes de service, dans le cadre que vous connaissez de sa faculté d'organisation et d'encadrement du droit de grève ; elle a rédigé des notes qui ont, non pas réquisitionné parce que seule l'autorité publique peut le faire, mais requis - on a dû inventer un terme, un peu laid, le « requièment » pour éviter de recevoir des critiques sur des réquisitions qui ne nous appartiennent pas bien évidemment de faire - les salariés strictement indispensables à l'exécution du programme de maintenance, mais pas pour toutes les centrales, seulement pour celles dont le programme de maintenance était lui-même strictement nécessaire à la production et à la sauvegarde de l'équilibre global du système électrique.

Qu'ont fait les syndicats ? Ils ont assigné l'entreprise, et c'était là aussi la première fois donc toujours de l'inventivité, en référé-liberté devant le Conseil d'État.

Vous savez que dans les entreprises, les stratégies juridiques et sociales se discutent à plusieurs, la Direction Générale, la Direction juridique, la DRH. Elles mettent parfois un petit peu de temps à s'élaborer : mais en cas de référé-liberté, l'entreprise doit se décider assez vite parce que l'audience est à 48 heures, et il y a là des situations tout à fait nouvelles. Le Conseil d'État en statuant en référé-liberté en juillet 2009 - l'affaire est pendante au fond - a jugé légales ces notes encadrant le droit de grève en soulignant en particulier que les notes litigieuses avaient entendu proportionner les contraintes à l'encontre des salariés au besoin de la mission de service public en n'exigeant la présence au service que des agents de six tranches sur les dix sept placées en arrêt, en ne visant en moyenne que la moitié des agents présents sur les sites et en n'imposant le maintien en service que de la moitié en moyenne des agents grévistes sur chacune de ces tranches. L'entreprise à la barre, puisque c'est une audience à la barre, a dû envoyer des opérationnels qui sont choisis par le directeur juridique et le DRH comme étant capables d'expliquer ce qu'est une production dans un contexte qui peut être intimidant. J'ai développé cet exemple de manière un peu détaillée, mais pour vous montrer que très concrètement l'exercice du droit de grève et sa judiciarisation exigent du juge une connaissance de plus en plus fine des modes d'organisation et des modes de production des entreprises, au-delà des grands principes aujourd'hui bien établis par une jurisprudence désormais assez ancienne.

Trois remarques conclusives sur le droit de grève

**J.E.R.** Dans la ligne décrite en introduction, la Cour de cassation a en effet beaucoup évolué depuis 1990 : dans un sens favorable au gréviste, qui n'est plus absent de son poste et doit s'en expliquer, mais exerce une liberté fondamentale. Le courage d'un petit électricien polonais des chantiers de Gdansk dans les années 1980 oubliant les horizons incontournables et ayant contribué à mettre à bas les dictatures de l'Est a beaucoup marqué. Ce « droit à la transformation du Droit » constitue d'ailleurs aujourd'hui un utile critère pour sélectionner les véritables démocraties dans le monde : une petite minorité.

## 1. Grève et sécurité des personnes : une dérive jurisprudentielle ? 1. Grève et sécurité des personnes : une dérive jurisprudentielle ?

Comme l'a indiqué Marianne Laigneau, même si un arrêt de travail dans les bureaux d'une tour de La Défense pose moins de questions qu'hier dans les Mines de Lorraine, la sécurité des personnes doit rester la préoccupation essentielle de tous les partenaires au conflit, à tous les niveaux. Les fonctionnaires de l'État indispensables à la sécurité externe (armée) et interne (magistrats en juridiction, police, gardiens de prison) sont d'ailleurs légitimement privés du droit de grève.

Transposant la directive européenne de 1989, deux articles du Code du travail y veillent. L'article L. 1321-1 prévoit que le règlement intérieur doit fixer « les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la sécurité et de la santé des salariés dès lors qu'elles apparaîtraient compromises ». Et l'article L. 4122-1 énonce « qu'il incombe à chaque travailleur de prendre soin (...) de sa santé et de sa sécurité, ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou omissions au travail » : l'inverse est-il seulement concevable ? On imagine mal que cette vitale protection se limite aux seuls collègues, et que la santé des clients ou usagers ne soit pas prise en compte. Bien avant cette loi, le Conseil d'État avait d'ailleurs admis dans l'arrêt *Atochem* du 12 novembre 1990 qu'un employeur privé puisse *requérir* (et non *réquisitionner*, acte appartenant à la puissance publique) les personnels strictement nécessaires à la sécurité.

Sans doute, sous prétexte de service minimum dans ces entreprises très particulières, est-il tentant de requérir un maximum de collaborateurs afin de limiter (aussi) les effets de l'arrêt de travail. Mais, à l'inverse, il ne faudrait pas que, sous prétexte de passer pour « liberticide » vis-à-vis d'un droit de grève devenu absolu, la Cour de cassation en vienne à oublier que la première des libertés fondamentales est de rester en vie, et qu'elle dépasse l'habituel tête à tête employeur/salarié. Que, comme l'a rappelé dès 1980 le Conseil constitutionnel, ce droit fondateur du droit du travail doit se concilier avec d'autres droits de même valeur, et en particulier la sécurité des personnes et des biens : ce qui, à l'étranger, constitue le *b-a ba* des conflits du travail.

Cass. Soc. 26 novembre 2003. S'agissant d'infirmières grévistes d'un établissement privé s'étant vu ordonner en référé d'assurer un service minimum, la Cour de cassation semblant faire prévaloir le droit de grève sur la sécurité sinon la vie de personnes vulnérables, a affirmé que « les pouvoirs attribués au juge des référés ne comportent pas celui de condamner un salarié gréviste à exécuter son travail, même pendant la durée d'un *service minimum* ». En nos temps de principe de précaution, la prévention d'un tel « dommage imminent » (la vie d'autrui) ne semble donc pas suffisante à la Chambre Sociale. Certes est-il effectivement prévu par les textes que le Préfet puisse *réquisitionner* les agents nécessaires à la sécurité : le temps de le faire... Faudra-t-il attendre le décès d'une pensionnaire pour permettre de saisir le juge des référés d'un « trouble manifestement illicite » ? Sur le plan pénal, quid du délit de mise en danger de la vie d'autrui (Nouveau Code pénal, art. 223-1) ? Quid de la faute d'imprudence ou de négligence visant « l'auteur de faits n'ayant pas accompli les diligences normales compte tenu de la nature de ses missions ou de ses fonctions » (121-3) ? Ou faut-il que le directeur du centre soit mis en examen pour homicide involontaire pour s'apercevoir... qu'il aurait dû ?

Cass. Soc. 15 décembre 2009. S'agissant d'une entreprise soumise à la législation sur les installations classées, l'employeur réquisitionne à tour de rôle des grévistes, appliquant son règlement intérieur prévoyant un service minimum de sécurité. Un salarié refuse : mise à pied. Pour la Cour de Douai naturellement sensible à la problématique des accidents de travail, ce service minimum est justifié pour d'évidents impératifs de sécurité. Réponse cassante de la Chambre Sociale, au visa de l'article 7 du préambule du 27 octobre 1946 et L. 1132-1 : « Sauf dispositions législatives contraires, l'employeur ne peut en aucun cas s'arroger le pouvoir de réquisitionner des salariés grévistes ».

« S'arroger le pouvoir », l'expression est forte, sinon agressive à l'égard d'un employeur a priori soucieux de la santé et de la sécurité de ses salariés, grévistes, non grévistes mais également tiers (ex : riverains n'en demandant pas tant). Mais restons optimiste : espérons que c'est seulement le terme « réquisition », effectivement réservé à la puissance publique, qui a tant fâché la Cour. Et qu'elle n'a remis en cause ni la jurisprudence du Conseil d'État, ni l'élémentaire bon sens consistant à penser que dans une usine chimique du secteur privé où aucun préavis n'est obligatoire, l'employeur, sans avoir à passer par le Préfet et a fortiori le juge, peut requérir immédiatement les personnes strictement nécessaires et qualifiées pour assurer à tous le premier des droits fondamentaux, la sûreté datant de 1789. Nécessaire et légitime conciliation des droits en présence, et non pas sacrifice de l'un, au profit de quoi au juste ?

## 2. L'impact des normes supranationales sur le droit de grève à la française

- Droit de grève et droit de la concurrence. Ainsi de l'emblématique affaire *Laval* mettant aux prises syndicats suédois et entreprise lituanienne de BTP. Si en mai 2007 l'avocat général avait admis le bien-fondé d'une action collective pour faire respecter les salaires conventionnels suédois, l'arrêt du 18 décembre 2007 consacre « le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, en tant que



droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect ».

Mais la CJCE vérifie aussi que l'exercice de ce droit est justifié et proportionné lorsqu'il se trouve en conflit avec une liberté équivalente : en l'espèce d'établissement ou de prestations de services : « La Cour constate que le droit des organisations syndicales d'un État-membre de mener des actions collectives, par lesquelles les entreprises établies dans d'autres États-membres peuvent se voir contraintes de négocier pendant une durée indéterminée afin de connaître les taux de salaire minimal et d'adhérer à une convention collective dont les clauses vont au-delà de la protection minimale assurée par la directive 96/71/CE, est susceptible de rendre moins attrayante, voire plus difficile, pour ces entreprises l'exécution de travaux de construction sur le territoire suédois et constitue donc une restriction à la libre prestation des services.

Une restriction à la libre prestation des services ne saurait être justifiée que si elle poursuit un objectif légitime compatible avec le traité, et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général, pour autant, en pareil cas, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ».

La très vigoureuse action collective déclenchée par les syndicats suédois voulant faire appliquer leur convention aux travailleurs lettons détachés sur leur territoire (soit + 40 %) ne répondait donc pas à ces critères (28).

Cette jurisprudence rejoint celle de la CEDH ayant indiqué le 17 juillet 2007, dans une analyse nordique ou anglo-saxonne que « le droit de grève (ne figurant pas dans la Convention de 1950) représente sans nul doute l'un des plus importants des droits syndicaux » : ce qui n'est pourtant pas le cas dans le secteur privé français, italien ou espagnol où ce droit appartient à chaque salarié. Mais dans l'arrêt *Turquie* du 21 avril 2009, la Cour de Strasbourg a précisé que « le droit de grève n'a pas un caractère absolu » et que l'article 11 n'empêchait pas des limitations, certes précises et circonstanciées, à celui-ci ; en l'espèce, interdire toute grève à tous les fonctionnaires était disproportionné.

Autour de la proportionnalité : la ligne B du RER, et ses 534 conducteurs souvent en grève, transporte chaque jour 784.000 personnes.

- La Charte des droits fondamentaux de l'UE entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009 contient un article 28 intitulé « Droit de négociation et d'actions collectives » : « Les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève ».

Cet article a de quoi surprendre un lecteur franco-français : le terme « droit de grève » n'est pas prononcé, et la « grève » évoquée en fin d'article, bref subordonnée au droit de la négociation collective à l'instar de l'analyse de la CEDH, constitue une modalité parmi d'autres des « actions collectives », autorisées seulement en cas de conflit d'intérêts : et donc pas pour les conflits de droit (un conflit sur huit) devant être tranchés par le juge.

Et surtout, ce « droit à des actions collectives (...) y compris la grève » est reconnu aux « travailleurs et aux employeurs », sur le modèle allemand de la parité des armes très différent de la conception française. Bref la légitimation du lock-out, même si dans l'immédiat ce texte ne changera rien. Mais cet article donnant priorité à la négociation collective et évoquant seulement in fine la grève comme ultima ratio correspond aux pratiques socialement civilisées d'une large majorité des États-membres.

### 3. De la grève interne à l'action collective externalisée

Outre un réel effet de mode et le fait que la grève-arrêt de travail était mieux adaptée au travail manuel qu'au travail intellectuel, on constate une externalisation croissante des conflits pour les grandes entreprises, grâce au Net en particulier. Pourquoi ?

- La chute du militantisme syndical ne permet souvent plus, à travers le bon vieil arrêt de travail des bras devenu trop minoritaire et donc inefficace, de créer une pression suffisante sur l'entreprise (cf. « les grèves de délégués »). Cette faiblesse interne oblige à évoluer vers d'autres formes d'action plus économes en moyens humains et matériels, et plus efficaces à l'égard des grands groupes dispersés sur la planète, même si à l'évidence l'un n'exclut pas l'autre. Avec leur capacité exceptionnelle de communication ciblée mais aussi de mobilisation, les réseaux sociaux et en particulier Facebook ont profondément modifié les rapports de force : le nombre n'en est plus l'élément essentiel.

- Nombre de syndicats ayant créé un site Internet externe l'ont fait à la suite du refus de l'employeur de leur donner un accès à l'intranet. Et lorsqu'expérience faite (les moteurs de recherche orientant parfois les clients vers ces sites syndicaux habilement configurés), un site intranet leur est finalement proposé, il est exceptionnel que le syndicat en cause ferme son site externe, si apprécié des journalistes français et étrangers pouvant ainsi diversifier leurs sources d'information, mais aussi des salariés sympathisants voulant rester discrets en ne se

connectant pas de l'intérieur de l'entreprise, permettant de faire face le cas échéant à une déconnexion patronale du site intranet en plein conflit.

- Pour certaines ONG et autres éphémères « collectifs » n'ayant donc pas accès à l'intérieur de l'entreprise, un site Internet bénéficiant d'un solide réseau avec multiples liens hypertextes à la clé, création de dizaines de sites miroirs pour décourager toute action patronale de suppression, donne une visibilité sociale et médiatique sans commune mesure avec un « sit-in à l'appel de 48 collectifs et associations » rassemblant cent personnes devant l'usine concernée.

Car le « mouvement social », ce « Mondial » de l'antimondialisation avec ses myriades d'associations et autres « collectifs » en réseau plutôt centrés sur la Cité ou l'environnement, investit le monde du travail, s'intéressant directement aux entreprises... et au droit du travail.

Opérant sur le très concurrentiel marché de la vertu dans notre monde de la réputation, il vient ainsi concurrencer les syndicats, y compris internationaux qui s'aperçoivent, non sans déplaisir ni choc culturel, que ces nouveaux venus, ciblant à l'américaine quelques entreprises leaders soigneusement sélectionnées, réussissent à faire plier en quelques mois de campagne médiatique remarquablement orchestrée des firmes internationales depuis toujours socialement très arrogantes en interne (cf. Nike).

La régulation sociale dans les multinationales leaders de leur marché passerait-elle désormais moins par l'OIT ou la CISL, voulant protéger les travailleurs, que par d'autres ONG et autres « coordinations de collectifs » menaçant de faire pression à l'autre bout de la chaîne : sur le consomm-acteur ou le citoyen du monde ?

**B.M.** Cette rencontre entre le droit du travail et le droit constitutionnel est passionnante : nous avons vu passer à peu près tous les thèmes du droit constitutionnel. Je pense à une question comme celle des ONG qui vient d'être abordée, in fine. Elle peut paraître éloignée tant du droit du travail que du droit constitutionnel. Il y renvoie cependant par le prisme de la démocratie, sociale ou politique : on parle beaucoup de démocratie participative, mais on s'interroge aussi beaucoup sur ce que sont ces ONG, leur représentativité, leur légitimité etc. J'ai trouvé ce débat particulièrement stimulant en lui-même, et particulièrement pour les constitutionnalistes.

(1) Conférence du 14 octobre 2010, organisée par la Société de législation comparée, avec le soutien du Conseil constitutionnel.

(2) « La santé ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité : c'est un état de complet bien-être physique, mental et social. »

(3) Ph. WAQUET, *Les libertés dans l'entreprise : du salarié-citoyen au citoyen salarié*, Éd. Liaisons, 2003.

(4) Gilles Trudeau présidait le 29<sup>e</sup> colloque de la Revue *Droit social* : « Vie professionnelle et vie personnelle », les actes sont parus dans le numéro spécial de janvier 2010.

(5) Bien qu'en pleine ascension (la dérive anthropomorphiste va même jusqu'à lui reconnaître des droits *fondamentaux* : Cour de Strasbourg, Charte des droits fondamentaux de l'UE), les libertés *de l'entreprise* en tant que personne morale ne seront pas examinées ici.

(6) V. J.-E. RAY, « Les libertés dans l'entreprise », *Pouvoirs*, n° 130, n<sup>uméro</sup> spécial sur « L'état des libertés », oct. 2009, p. 127-142.

(7) Ex. : un chercheur ne trouve pas toujours : alors celui qui se sent peu motivé peut pratiquer le présentisme physique mais l'absentéisme moral.

(8) « La CEDH est manifestement sortie de son lit. Le problème est que personne ne sait comment l'y faire rentrer » (J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*).

(9) Conseil d'État, 1<sup>er</sup> févr. 1980, *S<sup>té</sup> Peintures Corona*, *Dr. soc.*, 1980, p. 310, concl. A. BACQUET.

(10) G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, rapport, La Documentation française, déc. 1992.

(11) Cass. soc., 28 avr. 1988, n° 87-41.804, *Société anonyme Dunlop France c/ M. Clavaud*.

(12) Notion permettant de saisir le juge des référés administratif ou judiciaire. Dans les deux cas et à juste titre, toutes les libertés ne sont pas fondamentales : ainsi existe-t-il des droits fondamentaux (respect de la santé, liberté d'expression, grève), d'autres qui ne le sont pas (ex : liberté vestimentaire), d'autres enfin au régime incertain : ainsi de l'accès à Internet après la décision Hadopi 1 du Conseil constitutionnel du 10

juin 2009 : « En l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services. »

(13) « Toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul. » L'article L. 1132-4 vise en principe la sanction des seules *discriminations* : mais la Cour de cassation étend cette nullité aux libertés fondamentales.

(14) Cass. soc., 28 oct. 2009, n° 2114 F-D, pourvoi n° R 08-41.883, à propos, là encore, d'une maman angevine de retour de congé maternité mais exigeant de travailler désormais dans la région parisienne où était installé son concubin. « La cour d'appel a relevé que l'employeur, en cherchant une autre affectation pour sa salariée, *avait pris loyalement en considération son souhait* de se rapprocher de la région parisienne pour rejoindre son mari qui y avait été muté, et que l'absence de proposition d'un poste ne constituait pas en soi une mesure à caractère discriminatoire de la part de l'employeur ; qu'en l'état de ces constatations, elle a pu en déduire qu'en ne rejoignant pas son poste en dépit des mises en demeure, la salariée avait commis une faute. »

(15) V. ce contentieux, cf. l'article de J.-E. RAY, « Little brothers are watching you », *Semaine sociale Lamy*, 6 déc. 2010, p. 10. Pour une problématique plus générale : « Facebook, le salarié et l'entreprise », *Dr. soc.*, févr. 2011.

(16) Cf. J.-E. RAY, « La guerre des temps : le NET ? Never Enough Time ! », *Dr. soc.*, janv. 2006, p. 3.

(17) Question à Juliette, dix ans : « C'est quoi un adulte ? » Réponse : « C'est une grande personne qui n'a jamais le temps. »

(18) Sur l'ensemble de la question, « La religion dans l'entreprise », *Dr. soc.*, janv. 2010, p. 65, par François Gaudu, agrégé de droit mais également d'histoire, voyant dans la montée des fondamentalismes une remise en cause du compromis entre liberté religieuse et droit du travail, et estimant que, si les jurisprudences civile et administrative maintiennent le principe de neutralité et de non-discrimination, la Halde tendait à le remettre en cause.

V. également J. C. SCIBERRAS, « Travail et religion : une cohabitation sous tension », *Dr. soc.*, janv. 2010, p. 72.

(19) Le Conseil des prud'hommes de Mantes-la-Jolie a rendu le 13 décembre 2010 une importante décision à propos de la crèche Baby-Loup. La faute grave est maintenue car

« la salariée, directrice-adjointe, a fait preuve d'insubordination à plusieurs reprises :

- en ne respectant pas le règlement intérieur comme elle l'a reconnu dans le compte rendu de l'entretien du 5 novembre 2008, où elle déclarait à sa direction « que ses convictions religieuses l'amènent à porter le voile islamique et qu'elle ne fera aucune concession sur son lieu de travail. Qu'elle sait par ailleurs que le règlement intérieur de l'association ne l'autorise pas » ;

- en refusant de retirer son voile le 9 décembre 2008 à sa reprise de travail malgré les demandes réitérées de sa direction ; en refusant de quitter les locaux de l'entreprise lors de sa mise à pied conservatoire ; en se présentant dans les locaux de l'association le 10 décembre 2008 ».

(20) Cf. notre article « À travail inégal, salaire inégal », *Dr. soc.*, janv. 2011, p. 42.

(21) Conseil d'État, 26 juin 2003, n° 257938, *Conseil départemental des parents d'élèves de Meurthe-et-Moselle*.

(22) Code pénal, art. 225-1 : « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

(23) Art. L. 1134-4 : « Est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur, sur le fondement des dispositions du chapitre II, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de cette action en justice. Dans ce cas, la réintégration est de droit et le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi » (en ce sens : Soc., 28 nov. 2000, n° 97-43.715, D. 2001. 46, et les obs.).

(24) Soc., 20 févr. 2008, n° 06-40.085, D. 2008. 790 ; RDT 2008. 330, obs. F. Guiomard.

(25) Cass. soc., 15 sept. 2010, n° 08-45.058, FS-D.

(26) Soc., 1<sup>er</sup> juill. 2009, n° 07-42.675, D. 2009. 2042 ; *ibid.* 2010. 342 et les obs.. Cf. P. H. ANTONMATTEI, « Avantage catégoriel d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement », *Dr. soc.*, 2009, p. 1169.

(27) « Différenciation des avantages conventionnels entre cadres et non-cadres », *Les Cahiers du DRH*, 2010 n° 161-162, janv.-févr. 2010.

(28) Pour une analyse équilibrée et très complète des arrêts *Viking* et *Laval* : J.-Ph. LHERNOULD, « La CJUE est-elle antisociale ? Droits sociaux et libertés économiques : quelles perspectives ? », *R.J.S.*, juill. 2010, p. 507 ; I. SCHÖMANN, « Traité de Lisbonne : l'Europe sera-t-elle enfin plus sociale ? », *Liaisons sociales Europe*, n° 245, 3 mars 2010.