



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

Master droit social général
Dirigé par Mme la Professeure Françoise Favennec-Héry
2021

***Les nouveaux visages de la liberté
d'expression***

Alice Holstein

Sous la direction de Mme Corinne Pizzio-Delaporte



UNIVERSITÉ **PARIS II**
PANTHÉON - ASSAS

Les nouveaux visages de la liberté d'expression

Master 2 Droit Social Général

Sous la direction de Madame la Professeure Françoise Favennec-Héry

Année universitaire 2020 - 2021

Alice Holstein

Sous la direction de Madame Corinne Pizzio-Delaporte

L'Université Paris II – Panthéon Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à remercier particulièrement Madame Pizzio-Delaporte pour ses conseils avisés, et son aide tout au long de la rédaction de ce mémoire.

Je remercie également l'ensemble des enseignants du Master et tous ceux des années passées.

Mes remerciements vont ensuite à ma famille, mes amis et Joseph pour leur soutien inconditionnel.

À Marie et Myriam pour leurs précieux conseils.

À mes amis Valentin, Hugo, Charlotte, Pauline, Julia et Clara sans qui cette année n'aurait pas été si belle.

Enfin, à mes parents pour leur présence et leur bienveillance pendant l'ensemble de mon cursus universitaire.

Liste des abréviations

Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. pén.	Code pénal
C. travail	Code du travail
c/	Contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour Européenne des droits de l'homme
CGT	Confédération générale du travail
ch.	chambre
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CPH	Conseil de prud'hommes
Conv. EDH	Convention Européenne des droits de l'homme
Cons. const.	Conseil constitutionnel
D.	Recueil Dalloz
Dr. Ouvr.	Droit ouvrier
Dr. Soc.	Droit social
éd.	édition
et s.	et suivants
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ibid.	ibidem (au même endroit)
in	dans
infra	ci-dessous
JCP E	La Semaine juridique Entreprise et Affaires
JCP S	La Semaine juridique Social
JSL	Jurisprudence Sociale Lamy
LPA	Les Petites Affiches
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
n°	Numéro
OIT	Organisation internationale du travail
Ord.	Ordonnance
p.	Page
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDT	Revue de droit du travail
Rép. Travail	Répertoire de droit du travail
RJS	Revue de jurisprudence sociale
s.	Suivants
SSL	Semaine sociale Lamy
TGI	Tribunal de grande instance
UE	Union Européenne

Résumé

« La liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres ». En d'autres termes, si la liberté d'expression des salariés est fondamentale elle n'est pas absolue.

En matière sociale, la liberté d'expression n'est pas protégée par des textes spécifiques, il faut donc se contenter des textes fondamentaux pour régir la liberté d'expression au sein des relations de travail. Ces textes garantissent au salarié la conservation de son statut de citoyen, ainsi que tous les droits qui y sont attachés. L'apparition des nouveaux moyens de communication, les réseaux sociaux, a eu un impact incontestable sur la liberté d'expression du salarié. De la confusion de la vie privée avec la vie professionnelle à la viralité des propos tenus sur ces réseaux, les conséquences sont multiples. Elles peuvent être dangereuses.

Ainsi, le salarié doit restreindre son expression dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail. Les restrictions à la liberté d'expression du salarié peuvent être le fait de la loi ou de l'intérêt et des opinions de l'employeur. Si le salarié a le droit de critiquer ou de dénoncer les agissements de son employeur, tout doit se faire de manière mesurée.

Si une idée majeure peut être soulevée concernant le régime de la liberté d'expression du salarié c'est l'équilibre. Aucune liberté d'expression ne sera légitime si elle découle d'une intention de nuire à autrui et inversement aucune restriction à cette liberté d'expression ne sera légitime si elle n'est pas justifiée ni proportionnée.

De la proportionnalité, de l'équilibre et de la mise en balance, tels sont les maîtres-mots pour atteindre un respect absolu de la liberté d'expression, en concurrence permanente avec d'autres droits et libertés.

Sommaire

Introduction	8
Partie 1 : L'élargissement de la sphère d'expression	15
Chapitre 1 : L'émergence de nouveaux espaces d'expression	16
Chapitre 2 : De la simple expression à la dénonciation	32
Partie 2 : Le contrôle de la sphère d'expression	49
Chapitre 1 : La protection de la liberté d'expression face au mécanisme de la preuve	50
Chapitre 2 : Les limites à la liberté d'expression	67

"Une chose dont on ne parle pas n'a jamais existé. C'est l'expression seule qui donne la réalité aux choses."¹

Oscar WILDE, Le portrait de Dorian Gray

¹ Le portrait de Dorian Gray, chapitre IX, 1890.

Introduction

Les hommes et les femmes s'expriment, certains avec gravité, d'autres avec humour. Des hommes et des femmes enseignent la liberté d'expression et des hommes et des femmes sont tués car ils ont usé de leur liberté d'expression. Malheureusement, le monde actuel ne permet pas toujours de donner la réalité aux choses avec liberté, comme l'aurait souhaité Oscar Wilde.

1. Une liberté fondamentale. La liberté d'expression a été l'un des premiers combats du peuple français : dès le premier jour de la Révolution française, le peuple, réuni en Assemblée, a adopté la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. C'est dans ce texte qu'est apparu juridiquement pour la première fois la notion de liberté d'expression². Les rédacteurs du texte l'ont érigé comme l'un des droits les plus précieux de l'homme. Cette liberté recouvre en réalité une multitude d'autres libertés que certains vont associer et que d'autres vont distinguer : la liberté de penser, la liberté de conscience, la liberté de manifestation. La liberté de penser et la liberté de conscience, bien qu'étant parties intégrantes de la liberté d'expression, ont une caractéristique qui leur est unique : elles sont absolues. La liberté de penser est la faculté de réfléchir comme une personne l'entend sur tout sujet autre que ceux ayant trait au religieux, au philosophique ou au politique. Ces « autres sujets » sont réservés à la liberté de conscience.

2. Une liberté non absolue. La liberté d'expression est-elle fondamentale ? Oui. Est-elle absolue ? Non. Donc, il a fallu définir les limites de cette liberté. Comme chacun le sait, « la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres ». Par cette maxime, il y a une volonté de responsabilisation du citoyen : il est libre, mais il ne peut nuire à la liberté d'autrui³. Ainsi, le citoyen pourra s'exprimer même si ses propos sont en contradiction avec celui de son voisin, même s'il ne doit pas dépasser certaines limites. Les limites qu'il faut retenir sont l'injure, l'excès, la diffamation : toutes trois sont punies au nom de l'abus de la liberté d'expression.

² *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 11* : « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ».

³ *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 4* : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

Cependant, il en existe bien d'autres, et certaines font surface ces dernières années : peuvent notamment être citées la discrimination, l'incitation à la haine, le racisme et le blasphème.

3. Une liberté protégée. La liberté d'expression protège la faculté d'extérioriser, par l'écrit ou la parole, des pensées et des opinions. Cette liberté qui protège est également protégée par des textes, aux niveaux national, européen et international. La liberté d'expression est tantôt définie comme « la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières »⁴, tantôt comme un droit comprenant « la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières »⁵. Au niveau national, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen définit la liberté d'expression comme « la libre communication des pensées et des opinions »⁶, elle place cette liberté au rang de « droits les plus précieux de l'homme ». De tous ces textes, aucun ne rattache la protection de la liberté d'expression de manière spécifique à la matière sociale.

4. Une liberté peu protégée par les textes en matière sociale. Il n'y a qu'un texte international qui évoque cette relation. Il s'agit de la Déclaration de Philadelphie de 1944, déclaration qui redéfinit les buts et objectifs de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) et qui donne au mandat social de cette institution un « élan puissant et durable »⁷. Dans son article premier, elle rappelle que la « liberté d'expression et d'association est une condition indispensable d'un progrès soutenu ». Cette déclaration promeut le droit du travail en fondant l'OIT et rappelle que l'humain ne se réduit pas à sa force de travail⁸. Il y a une réelle volonté de prise en compte de l'humain et de ses droits, notamment de sa liberté d'expression, pour garantir une justice sociale. Au niveau national, il faudra se satisfaire de la liberté d'opinion qui

⁴ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 19.

⁵ Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, art. 11 et Convention européenne des droits de l'homme, art. 10.

⁶ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, art. 11.

⁷ Expression utilisée par l'OIT dans un communiqué de presse du 10 mai 2019 à l'occasion des 75 ans de la Déclaration de Philadelphie. Trouvé sur https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_698994/lang--fr/index.htm, consulté le 2 avril 2021.

⁸ I. France, L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total, d'Alain Supiot, Paris, Le Seuil, 2010, La revue lacanienne, 2012/2 (N° 13), p. 113-119.

est consacrée dans le préambule de la Constitution de 1946. Dans ce texte, il est précisé que « nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses opinions ». Cette liberté d'opinion reste très importante car elle permet aux salariés d'être en désaccord avec les opinions de son employeur, que ce soit en matière syndicale⁹, politique¹⁰ ou religieuse. De plus, le désaccord est l'une des caractéristiques principales de la liberté d'expression. La liberté d'expression est donc une des libertés les plus protégées : cependant, en matière sociale, il a fallu un travail jurisprudentiel et doctrinal colossal afin que la liberté d'expression du salarié soit protégée efficacement, autrement que par le biais du droit d'expression.

5. La distinction entre droit d'expression et liberté d'expression. En droit du travail, la liberté d'expression s'est d'abord révélée au niveau collectif. La loi du 4 août 1982 (L. n°82-609), dite loi Auroux, a institué dans le Code du travail¹¹ un droit d'expression des salariés sur les conditions d'exercice et d'organisation de leur travail. Ce droit est un droit d'expression collective et directe. Le droit d'expression des salariés sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail est celui qui s'exerce uniquement dans le cadre de réunions collectives organisées sur les lieux et durant le temps de travail. Ce droit d'expression ne peut en aucun cas prendre une forme individuelle : c'est en cela qu'il se distingue de la liberté d'expression. Pourtant, pendant plus de dix ans, les salariés ne disposaient que de cette faculté d'expression lorsqu'ils étaient aux temps et lieu de travail. Le droit d'expression a été réformé par les ordonnances Macron du 22 septembre 2017 (Ord. n° 2017-1386, art. 7), qui reprennent le principe selon lequel les salariés bénéficient d'un droit d'expression direct et collectif. La nouveauté des ordonnances se trouve dans la définition des modalités d'exercice du droit d'expression. Celles-ci sont définies dans le cadre de la négociation sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes et la qualité de vie au travail. Il y a une volonté de donner la possibilité au salarié de s'exprimer sur les conditions dans lesquelles il entend travailler au sein de l'entreprise. Ce n'est que plus tard qu'est apparue la liberté d'expression, entendue au sens de liberté fondamentale, au sein des relations de travail.

⁹ Cass Soc 13 oct. 2010, n°10-60.130.

¹⁰ Cass Soc 28 avril 2006, n°03-44.527 : porte atteinte à la liberté d'opinion de son salarié l'employeur qui le licencie pour le motif (véritable) de leur désaccord sur une question de politique générale extérieure au cadre de l'activité professionnelle de l'entreprise.

¹¹ Article L.2281-1 Code du travail.

6. La liberté d'expression issue du droit d'expression. La liberté d'expression en matière sociale est une construction prétorienne. Telle que « créée » par l'arrêt Clavaud¹², cette liberté d'expression provient en réalité d'une extrapolation du droit d'expression issu de l'article L.461-1 ancien du Code du travail « l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant, en principe, dépourvu de sanction, il ne pouvait en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude ». De cet arrêt résulte l'interdiction pour l'employeur de porter atteinte à une liberté fondamentale du salarié. De plus, l'arrêt Clavaud est l'arrêt dans lequel la chambre sociale de la Cour de cassation a, pour la première fois, écarté le principe de « pas de nullité sans texte ». Avant cet arrêt, le salarié ne pouvait prétendre qu'à une indemnisation au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse de son licenciement. Ainsi, depuis cet arrêt, en cas de violation d'une liberté fondamentale, le licenciement prononcé à la suite d'un usage de sa liberté par le salarié est nul. La loi du 31 décembre 1992 s'est ensuite alignée sur la jurisprudence de la chambre sociale, et a quitté la logique d'indemnisation. De plus, cette même loi a inséré au Code du travail l'article L.120-2 (article L.1121-1 nouveau)¹³ garantissant le respect des libertés individuelles et collectives des travailleurs.

Il a fallu encore quelques années pour que le salarié puisse s'exprimer individuellement et librement dans l'entreprise. C'est en 1999¹⁴ que la Cour de cassation a admis, sur le fondement de l'article L.120-2 ancien du Code du travail, que le salarié jouit, sauf abus, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression. Elle a même précisé que le salarié peut émettre de vives critiques à l'égard de sa direction de par la nature de son poste à haute responsabilité et de la situation compliqué que traversait l'entreprise.

Aujourd'hui, le fondement de la protection de la liberté d'expression du salarié n'est donc plus celui du droit d'expression mais celui de la protection des libertés individuelles, et ce dans et hors de l'entreprise.

¹² Cass. Soc. 28 avril 1988, n°87-41.804 D. 1988. 437, note Wagner; Dr. soc. 1988. 428, concl. Écoutin, obs. Couturier ; Dr. ouvrier 1988. 250, concl. Écoutin, note Jeammaud et Le Friant ; RPDS 1988. 184, note G. Lyon-Caen ; ibid. 1988. 218, note Cohen.

¹³ « 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. »

¹⁴ Cass. Soc. 14 décembre 1999, n°97-41.995.

7. Du salarié-citoyen au citoyen-salarié¹⁵. Lorsque le salarié entre dans l'entreprise il ne perd pas son statut de citoyen. Ainsi tous ses droits découlant des textes fondamentaux sont conservés dans l'entreprise, il faudra cependant faire preuve de conciliation entre ses droits et libertés individuelles et les devoirs qui découlent de son contrat de travail. L'article L.1121-1 du Code du travail prévoit cette conciliation en disposant que « 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 ». Cet article part de la protection du salarié pour arriver à la restriction. Il pourrait alors être déduit de ce texte que les droits et libertés fondamentales du salarié prévalent sur ses devoirs qu'il tient de son contrat de travail. Certains auteurs, comme le professeur Ray, regrettent cela profondément¹⁶. Pour ce dernier les relations de travail ont été trop individualisées, les droits et libertés individuelles ont trop été mis en avant. Cela a donc des conséquences sur l'entreprise qui trouvera alors dans ses effectifs des salariés qui défendent corps et âmes leur droits fondamentaux ainsi que leurs libertés individuelles. L'employeur sera alors contraint de se soucier des problèmes de ses salariés au cas par cas, le collectif étant devenu subsidiaire. Pour le professeur Ray « le droit du travail passe du droit des travailleurs aux droits de la personne au travail ». En effet, l'espace de travail ne doit pas être un lieu qui prévoit moins de garanties et de libertés que l'espace public. Le salarié, doit bénéficier de ses droits et libertés, au même titre que le citoyen.

8. Liberté d'expression et démocratie. La liberté d'expression est perçue par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)¹⁷, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)¹⁸ et du Conseil Constitutionnel¹⁹ comme un des fondements essentiels d'une véritable démocratie. La CNCDH a notamment indiqué que « la liberté d'expression et le droit de rechercher et de recevoir des informations sont indispensables au fonctionnement d'une véritable démocratie ». La CEDH a précisé qu'il revient à chaque Etat

¹⁵ J.-E. Ray, *Droit du travail : droit vivant*, 29^e éd.

¹⁶ *ibid.*

¹⁷ CNCDH, *avis sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, 26 mai 2016

¹⁸ CEDH 7 déc. 1976, req. n°5493/72

¹⁹ Cons. const. 10 juin 2009, n°2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*, JO 13 juin, p.9675

le soin d'être garant de cette liberté fondamentale. Elle a affirmé que « les ingérences d'autorités publiques dans l'exercice de la liberté d'expression étaient nécessaires dans une société démocratique à la protection de la morale »²⁰. Ainsi, un équilibre est à trouver entre liberté d'expression et protection de la morale.

9. L'émergence des nouveaux visages de la liberté d'expression. De nos jours, la parole se libère : les artistes militent, les femmes et les minorités se lèvent. Le XXI^e siècle est le siècle de l'affirmation de soi, de la lutte pour des causes depuis trop longtemps ignorées. Il y a un développement certain de la volonté des jeunes à ne pas se laisser écraser par la société trop démodée à leur goût. Cette libération de l'expression, pas si nouvelle en soi, ne cesse de creuser le clivage entre deux parties de la société : ceux qui désirent un changement et ceux qui veulent rester bien au chaud dans les mœurs du XX^e siècle. Mais, mis à part cette contestation de la jeunesse, en quoi la liberté d'expression a-t-elle changé ? Ce qui est nouveau peut être défini comme ce qui est inhabituel, ce qui remplace ou ce qui se transforme. En droit, le nouveau serait plutôt synonyme d'évolution, d'adaptation. La matière juridique est obligée de s'adapter à l'évolution de la société, car le droit cadre la société toujours en mouvement. En matière sociale, c'est encore plus marquant car ce droit est en constante mouvance, amélioration : c'est un droit politique qui change au fil des contestations et des réclamations. Du côté des salariés, les visages de l'expression sont multiples : ils peuvent avoir un aspect individuel, un aspect collectif, une apparence de revendications ou encore de critique. Dans tous les cas, il faut que le droit social arrive à encadrer et à fixer les limites de l'expression des salariés. Il y a une multitude de nouvelles manières de s'exprimer, que ce soit dans ou hors de l'entreprise et il faut réussir à trouver un régime qui protège non seulement la liberté fondamentale du salarié mais aussi les autres des abus que pourraient constituer cette expression.

10. Libération de la parole. À la suite des mouvements #MeToo et #BalanceTonPorc, de nombreux mouvements similaires de libération de la parole ont suivi. Des mouvements liés aux agressions sexuelles ou sexistes menés par les féministes, sont devenus ensuite plus universels et ces méthodes d'expression ont touché des sujets variés. Il y a eu sur les réseaux sociaux des mouvements de libération de la parole relatifs au droit social, notamment sur Instagram, réseau social émergent en 2010 et permettant de partager avec ses « amis » de nombreuses photos et

²⁰ Ibid. cité dans C. Féral-Schuhl, *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet*, Praxis Dalloz, 8^e éd.

vidéos. En premier lieu destiné à partager des photos de la vie privée, ce réseau social est devenu un espace d'expression et de dénonciation. De nombreux profils comme @BalanceTonAgency ou @BalanceTonStage ont vu le jour sur l'application. Ces comptes partagent des photos exposant des témoignages anonymes de situations de harcèlement ou situations sexistes vécues dans les agences ou lors d'un stage. Sur ces comptes, des témoignages autant sexistes que racistes se sont multipliés. Des phrases telles que « tu ne devrais pas mettre de rouge à lèvres ça m'empêche de me concentrer » ou encore « attention dans tes recrutements, on a déjà assez de profils exotiques » peuvent être lues. Cette libération de la parole permet de donner une certaine visibilité à ce qui se passe dans les locaux de l'entreprise : l'expression peut dénoncer. Chaque salarié peut prendre un rôle de lanceur d'alerte, sans même en respecter les procédures et cela peut poser des problèmes de cadre juridique.

La question qu'il faudra donc se poser est la suivante : *Comment, de nos jours, peut-on appréhender et protéger la liberté d'expression des salariés dans et hors de l'entreprise ?*

11. Plan. Afin de mettre en balance les intérêts des salariés ainsi que ceux de l'employeur, il est nécessaire d'appréhender la question des nouveaux visages de la liberté d'expression sous deux angles. Dans un premier temps, il conviendra de se demander comment la sphère d'expression des salariés a été élargie (**Partie 1**) afin de comprendre comment l'employeur peut espérer que celle-ci soit contrôlée (**Partie 2**).

Partie 1 : L'élargissement de la sphère d'expression

12. Plan. Avec la montée de l'individualisme, la liberté d'expression des salariés a été pleinement consacrée. Découlant de son statut de citoyen, le salarié peut exercer ses libertés individuelles même au sein des relations de travail. De plus, l'émergence des nouveaux outils de communication facilite la liberté d'expression du salarié (**chapitre 1**) qui pourra alors échanger avec d'autres individus notamment sur les problématiques rencontrées dans l'exécution de son contrat de travail. Ces problématiques peuvent conduire à ce que le salarié exprime des critiques ou dénonce les agissements de son employeur (**chapitre 2**).

Chapitre 1 : l'émergence de nouveaux espaces d'expression

13. Plan. La liberté d'expression du salarié est consacrée hors et dans l'entreprise, ainsi avec l'essor des réseaux numériques, cette liberté fondamentale a été chamboulée. L'émergence des réseaux numériques (internet, réseaux sociaux, médias sociaux) a élargi de manière substantielle la sphère d'expression du salarié hors de l'entreprise (section 1). Les relations de travail dans l'entreprise ont également été impactées par l'apparition des outils numériques, pour l'utilisation desquels l'employeur a dû faire preuve d'inventivité et de prudence (section 2).

Section 1 : l'utilisation des réseaux sociaux hors de l'entreprise

14. Plan. La notion de réseaux sociaux, apparue au XXI^e siècle est encore une enfant pour notre droit, ainsi en saisir les contours (I) et son impact (II) est indispensable pour l'appréhender correctement.

I. Les contours de la notion de réseaux sociaux

15. Plan. Les réseaux sociaux, au centre de la vie quotidienne d'une majorité de salarié est une notion qu'il est pénible de définir (2), mais il est pourtant nécessaire d'en saisir les contours tant ce nouveau moyen de communication est utilisé (1).

(1) L'apparition d'un nouveau moyen de communication

16. Nouvelle forme d'expression. L'expression, comme énoncé par les textes fondamentaux, peut se faire sous toutes les formes : la parole, l'écrit, le dessin, et bien d'autres encore. Il y a une évolution certaine de la forme écrite et digitalisée de la liberté d'expression. L'apparition et le développement massif des médias et réseaux sociaux a donné à chaque individu une certaine facilité pour s'exprimer. Chacun peut, sur son propre « compte » ou « profil », s'exprimer sur les sujets de son choix, dénoncer des causes, faire signer des pétitions, répandre des informations. Loin est le temps où les seuls qui s'exprimaient de manière

controversée étaient les journaux satiriques, les humoristes et les artistes. Aujourd'hui, les journaux satiriques, rois (anciens) de la polémique, regrettent leur première place sur le podium. D'ailleurs, l'année dernière, le journal Charlie Hebdo a crûment dénoncé le fait que les réseaux sociaux permettent de diffuser des opinions si diverses qu'elles peuvent être autant enrichissantes qu'obscurées²¹. Le risque mis en avant dans cet article du journal est en effet un résumé rapide et efficace de tout le problème de l'expression : sa limite. Il semblerait que l'apparition des réseaux et leur viralité connaissent une aggravation du risque de l'abus de l'expression.

17. La refonte de la loi de 1881. La liberté d'expression s'est construite au travers de l'évolution des techniques de communication au sein des médias classiques²². Ces médias étaient déjà nombreux, comme par exemple la presse, la photographie, la radio et la télévision. Depuis 1881, la loi sur la liberté de la presse régit le droit à l'expression dans la presse écrite (l'imprimerie). Elle rappelle dans son article 1^{er} la valeur fondamentale de la liberté d'expression : « l'imprimerie et la librairie sont libres »²³. Cet article rappelle qu'est interdite l'ingérence des pouvoirs publics dans la mise en œuvre de la liberté d'expression par voie de presse. En effet, la liberté d'expression a le caractère d'une liberté relationnelle : elle a pour effet de rendre effectives les pensées et les opinions en les extériorisant. Pour certains auteurs, la liberté d'expression ne peut subir d'entrave car cela « [provoquerait] le despotisme » et « interdir[ait] l'existence sociale de l'individu dans sa plénitude d'être pensant »²⁴. Ainsi, la loi sur la liberté de la presse doit être aujourd'hui, pour certains, refondée pour s'adapter à l'extension technique de la liberté d'expression par Internet. En effet, auparavant, seuls les membres de professions particulières (les journalistes, les présentateurs) pouvaient s'exprimer dans le cadre de la loi de 1881 mais aujourd'hui, tous les individus peuvent s'exprimer librement via internet ou via les réseaux ou médias sociaux. Ainsi, plus aucune barrière n'est envisageable. C'est pourquoi la question de la refonte de la loi de 1881 est aujourd'hui

²¹ Riss, *les nouveaux visages de la censure*, Charlie Hebdo, 7 janvier 2020, éd. 1433

²² Y.-M. Larher, *les relations numériques de travail*, Thèse, École doctorale de droit social Université Paris II Panthéon-Assas, 31 mai 2017.

²³ France culture, *liberté d'expression : faut-il changer la loi de 1881*, 24 octobre 2020, consulté le 12 février 2021 sur <https://www.franceculture.fr/emissions/le-temps-du-debat/liberte-dexpression-faut-il-etre-tolerants-avec-les-intolerants>.

²⁴ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2021, 34^e éd.

indispensable, le cadre qu'elle pose doit s'adapter à l'apparition des nouvelles technologies et des réseaux sociaux. Encore faudrait-il savoir ce que recouvre la notion de réseaux sociaux.

(2) Les définitions des réseaux sociaux

18. Définitions. Comme ceci a été vu précédemment²⁵, la liberté d'expression est notamment celle de communiquer ses idées et de répandre des informations. À notre époque, quoi de plus efficace que les réseaux sociaux pour répandre des informations ? Les réseaux sociaux peuvent être définis comme étant « un service web permettant aux individus de construire un profil public ou non créé par une combinaison de contenu et, d'autre part, d'articuler ce profil avec d'autres »²⁶.

Le Groupe de travail « article 29 » aussi appelé le G29, est un groupe de travail européen indépendant qui traitait jusqu'au 25 mai 2018, les questions relatives à la protection de la vie privée et des données personnelles²⁷. Ce groupe de travail a également donné une définition des réseaux sociaux avant l'entrée en vigueur du Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD). Pour le G29, les réseaux sociaux représentent des « plateformes de communication en ligne qui permettent à tout internaute de rejoindre ou de créer des réseaux d'utilisateurs ayant des options similaires et/ou des intérêts communs »²⁸. Il y a bien, au regard de ces deux définitions une consécration de la liberté d'expression sur les réseaux sociaux. Les similarités de ces définitions résident dans la création de contenu et le partage avec les autres utilisateurs.

19. Caractéristiques communes des réseaux sociaux. Toujours en se fondant sur le rapport du G29, il est possible de faire ressortir de la notion de réseaux sociaux les trois caractéristiques suivantes. Tout d'abord, les utilisateurs vont transmettre au réseau des données à caractère personnel qui permettront de les décrire ou d'élaborer leur « profil ». Ensuite, ces mêmes utilisateurs auront la possibilité, d'afficher leur propre contenu (vidéographique, photographique, textuels, sonores) grâce aux outils numériques qui auront été mis à leur disposition par le réseau à la suite de la création de leur compte. Enfin, et c'est ici le fondement

²⁵ Voir supra, Introduction.

²⁶ D. Boyd et M. Ellison, *Social network sites: definition, history and scholarship*, Journal of Computer-Mediated Communication, 13, 2007.

²⁷ European Data Protection Board : https://edpb.europa.eu/about-edpb/more-about-edpb/article-29-working-party_fr, consulté le 12 mai.

²⁸ G29, avis 5/2009 sur les réseaux sociaux, 12 juin 2009.

de leur liberté d'expression, les utilisateurs bénéficieront d'une liste de contacts établie avec les autres utilisateurs du même réseau (qu'ils connaissent ou non) avec lesquels ils pourront entrer en interaction et réagir sur le contenu des uns et des autres.

Cependant, même si les réseaux sociaux ont tous des caractéristiques communes, leur utilité varie d'une plateforme à une autre, et il faut ainsi les distinguer.

20. Typologie des réseaux sociaux numériques. Il est important de ne pas confondre réseaux sociaux et médias sociaux, sur lesquels les formes d'expression vont diverger. Il arrive pourtant que ces termes soient utilisés indistinctement. Dans un sens cette confusion peut être logique car les réseaux sociaux constituent une partie des médias sociaux. La vocation première des réseaux sociaux est la mise en relation des utilisateurs entre eux²⁹ : cette vocation est l'essence même des réseaux sociaux. En revanche, le média social a pour fondement le contenu. Par exemple, un blog ou un forum permettra la publication de contenu et la liberté de communication, il sera ainsi rangé dans la catégorie des médias sociaux mais non des réseaux sociaux. Parmi les réseaux sociaux, font souvent l'objet de contentieux, notamment dans le cadre des relations de travail, les réseaux sociaux Twitter ou Facebook sur lesquels les salariés vont s'exprimer et parfois donner leur avis ou même dénigrer leur entreprise.

21. La diversité des formes de publication. La particularité des réseaux sociaux est notamment la pluralité de formes d'expression qui peuvent se regrouper sur une même plateforme. De manière traditionnelle, les utilisateurs peuvent publier propos et contenus, auxquels s'appliqueront sans problème la loi de 1881 sur la liberté de la presse, ou bien l'article 9 du Code civil qui garantit l'intimité de la vie privée. Cependant, les réseaux sociaux permettent une toute nouvelle forme d'expression au travers du partage d'informations. La fonction de partage sur les réseaux sociaux se traduit de manière différente selon la plateforme utilisée par l'utilisateur. Sur Twitter il s'agira du « *retweet* » et sur Facebook du « partage ». Ces fonctionnalités permettent un relai de l'information qui étend la liberté d'expression mais qui restent soumises aux mêmes règles que les propos originels. Cela peut se traduire de l'application de l'article 29 de la loi de 1881 qui traite de manière identique « la *publication directe* ou par *voie de reproduction* » d'un propos. Ainsi, un salarié qui « like » la publication d'un autre utilisateur pourrait se voir sanctionner par son employeur³⁰ car il est soumis aux

³⁰ Cass. Soc. 12 sept. 2018 n°16-11.690.

mêmes règles que s'il avait lui-même publié le message. Il existe également à travers les réseaux sociaux une nouvelle forme d'expression qui permet une approche et un accès ciblés aux contenus, le *hashtag* (#). Le *hashtag* permet donc, sur chaque réseau social, de catégoriser une publication dans une thématique. Cet *hashtag* agit comme une étiquette qui permettra de référencer le mot ou la phrase marqué de cet insigne. L'utilisation du *hashtag*, devenue populaire avec le mouvement #MeToo, s'est démocratisée pour devenir pratique courante. Il peut donc être utilisé par n'importe quel utilisateur du réseau social, dont les salariés qui s'en serviraient pour viser leur employeur, ce qui pourrait avoir un impact sur la réputation de ce dernier ³¹.

Le numérique élargit de manière considérable les possibilités effectives d'expression. Le salarié y trouve alors un moyen d'expression relatif à sa sphère privée, mais également à son entreprise.

II. L'impact des réseaux sociaux

22. Affrontement d'identités. D'après la philosophe Monique Canto-Sperber³², les principes de la liberté d'expression ne sont plus adaptés à notre société pluraliste car « ce ne sont pas seulement des arguments qui s'affrontent mais aussi des identités ». Les réseaux sociaux n'arrangent pas non plus cette fragmentation de notre société car avec l'utilisation d'algorithmes ce sont souvent les messages les plus violents ou les plus partagés (ou « retweetés » sur le réseau social numérique Twitter) qui sont mis en avant. De fait, ce mécanisme fausse le débat et réduit à un silence immédiat les victimes des pressions exercées sur les réseaux sociaux.

23. Risques encourus par l'utilisation des réseaux sociaux. Ainsi, même si les réseaux sociaux permettent un élargissement considérable de la sphère d'expression du salarié, celle-ci ne reste pas sans limite. Lorsqu'il est question d'harcèlement, de discrimination ou de diffamation, il est certain que l'usage de la liberté d'expression sur les réseaux sociaux n'est

³¹ Voir infra, section 1 chapitre 1 partie 2.

³² M. Canto-Sperber, *il ne peut y avoir de liberté d'expression quand il y a une parole dominante*, Le Monde, 6 mai 2021.

pas noble, il pourrait même être considéré comme toxique³³. Les réseaux sociaux, même s'ils ne conduisent pas jusqu'à la mort à chaque *tweet* ou *post*, doivent être suivis de manière attentive car ils « favorisent l'expression d'une pensée sans recul » et les informations diffusées sont « brutes » voire même parfois « fausses »³⁴.

24. Confusion entre vie privée et vie professionnelle. En application de l'article 9 du Code civil et de l'article 8 de la CEDH, chacun a le droit au respect de sa vie privée. Ainsi, tout l'intérêt de la notion de réseaux sociaux réside dans l'aspect public ou non du compte qui a été créé. Si le profil d'un internaute est dit « privé » alors ce dernier choisit quelles sont les personnes qui peuvent ou ne peuvent pas avoir accès aux informations qu'il a publiées. Ainsi son réseau social fait évidemment part de sa vie privée et non de sa vie professionnelle. L'employeur ne pourra donc pas s'en prévaloir pour sanctionner le salarié, sauf dans les cas particuliers qui seront traités dans la deuxième partie de cette étude.

Cependant, une nuance peut être apportée car il semblerait que l'utilisation d'Internet et des réseaux sociaux abolisse la frontière, pourtant auparavant nette, qui existe entre la vie professionnelle et la vie privée : « il y a une désynchronisation des temps consacrés au travail, aux loisirs ou à la vie quotidienne »³⁵. Il y a, avec les réseaux sociaux, une façon inédite de faire côtoyer les conversations publiques et les conversations privées.

Les réseaux sociaux sont perçus par certains comme « le nouveau café du coin »³⁶, où potins, scandales et secrets se répandent entre les salariés d'une entreprise et vers l'extérieur de la communauté de travail.

25. La viralité des réseaux sociaux. Cependant, contrairement à des paroles qui vont et viennent, celles inscrites sur les réseaux sociaux peuvent être retrouvées très rapidement et de manière *quasi* éternelle. L'impact sur la vie privée d'un collègue de travail ou sur la réputation de l'entreprise ne sera donc pas la même qu'elle soit exprimée autour d'un café ou derrière un ordinateur. Ainsi, la principale caractéristique du Web 3.0 est l'importance de la viralité des propos diffusés, d'un côté cela donne à l'auteur des propos une expression qui peut devenir

³³ Il peut être cité pour exemple le harcèlement qu'a subi Samuel Paty sur les réseaux sociaux avant son assassinat (voir notamment D. Leloup, *incriminés après l'assassinat de Samuel Paty, les réseaux sociaux auraient-ils pu faire davantage ?*, Le Monde, 20 octobre 2020).

³⁴ B. Auroy, E. Stella, *la liberté d'expression face aux réseaux sociaux*, Dr. Pénal n°6, Juin 2017, étude 13.

³⁵ Y.-M. Larher, *les relations numériques de travail*, op. cit.

³⁶ J.-E. Ray, *Droit du travail : droit vivant*, 29^e éd., op. cit.

international mais d'un autre côté cette liberté d'expression amplifiée peut avoir des conséquences très dommageables pour la personne physique ou morale visée par les propos diffusés.

26. Transition. L'utilisation des réseaux sociaux par les salariés dans le cadre de leur vie privée ne doit, normalement, subir aucune ingérence de l'employeur. *A contrario*, il en va différemment lorsque l'utilisation de ce moyen d'expression se fait au temps et au lieu de travail.

Section 2 : l'utilisation des réseaux sociaux numériques dans l'entreprise

27. Plan. Dans l'entreprise, l'utilisation des réseaux sociaux a été très mal perçue par les employeurs, dès lors que l'employeur perdait une partie de son pouvoir de contrôle vis-à-vis de ses salariés. Ainsi, l'utilisation de tels outils au sein de l'entreprise, qu'elle soit faite de manière individuelle (I) ou collective (II), doit faire l'objet d'une prévention (III).

I. L'utilisation individuelle des réseaux sociaux numériques

28. Plan. Certains salariés font une utilisation des réseaux sociaux pour le compte de leur employeur, les propos exprimés sur les réseaux le seront donc au nom de l'entreprise (1). En revanche, d'autres auront une utilisation des réseaux à des fins purement privées (2).

(1) L'utilisation à des fins professionnelles

29. Réseaux sociaux : outil d'expression et de communication des entreprises. Les entreprises sont en quête de modernité, il leur faut trouver la manière la plus créative de communiquer sur leurs valeurs, leurs produits. Elles cherchent une façon moderne d'asseoir leur marque et leur image. Notre société, largement influencée par la réputation, en est sûrement la raison principale. L'intérêt majeur pour les entreprises des nouvelles technologies de l'information et de la communication est de mettre en avant les compétences et les caractéristiques principales des collaborateurs³⁷. Il s'agirait presque de vendre les équipes de travail au même titre que les produits proposés par l'entreprise. L'attractivité de l'entreprise se base alors sur une stratégie de communication qui montre, sur le modèle des start-up, une ambiance de travail détendue et respectueuse de l'environnement de travail des employés.

30. La nature de l'activité du salarié. Les réseaux sociaux d'entreprise peuvent constituer une modalité d'exécution de la prestation de travail. Dans ce cas, le salarié sera contraint de se connecter au réseau social, et même parfois de poster des publications au nom de l'entreprise. L'expression du salarié serait donc ici non pas relative à sa vie privée mais à sa vie professionnelle, car effectivement depuis maintenant une grande dizaine d'années, les réseaux

³⁷M. de La Rochefoucauld, O. Levannier-Gouël, *les réseaux sociaux d'entreprise : approches croisées droit social et GRH*, JCP S 2020, 3075.

sociaux ne se cantonnent plus à « l'objectif initial de réserver ces technologies à des fins amicales et communautaires – pour échanger photos, idées et vidéos »³⁸. Cependant, cet objectif est loin d'être abandonné.

(2) L'utilisation à des fins personnelles

31. La méfiance des entreprises. L'employeur aurait une fâcheuse tendance à refuser que le salarié s'exprime sur les réseaux sociaux au temps et au lieu de travail. Il est, en effet, difficile pour l'entreprise de placer le curseur entre l'indifférence, la tolérance et la sanction. Mais l'employeur, doit bien garder à l'esprit qu'il ne peut brider la liberté d'expression de ses salariés, et ce même par l'utilisation des réseaux sociaux. En effet, au début des années 2010 les entreprises ne se sentaient pas vraiment concernées par le phénomène des réseaux sociaux, Facebook ou Twitter. Cependant, l'émergence de ces réseaux est devenue tellement importante que les employeurs ont dû se saisir de ce phénomène afin de le contrôler³⁹. L'évolution des modes de travail a également joué un rôle dans la nécessité de l'employeur de se préoccuper de la liberté d'expression du salarié au travers des réseaux sociaux. A l'époque du taylorisme il y avait une scission incontestable entre force de travail et personne du salarié, ainsi l'employeur n'avait pas à se soucier de la concentration ou de l'opinion du salarié. Les relations de travail ont évolué – heureusement – et désormais l'esprit du salarié n'est plus séparé de sa force de travail. L'employeur doit alors concilier les exigences relatives à la prestation du travail et le bien-être du salarié⁴⁰. Ainsi, la liberté d'expression, facette « précieuse » de l'esprit du salarié doit être garantie, en partie grâce au le secret des correspondances.

32. Le secret des correspondances, garant de la liberté d'expression. Le contrat de travail ne peut priver le salarié de sa liberté d'expression de manière absolue et ne peut pas non plus porter une atteinte trop significative à sa vie privée. Aux États-Unis, la règle d'*Employment at will* est applicable dans quasiment tous les Etats. Cette théorie de l'emploi discrétionnaire, fait de l'employeur un « tout-puissant » qui peut interdire au salarié de s'exprimer librement

³⁸ M. Jasor, *l'entreprise méfiante face aux réseaux sociaux*, Les Échos, 26 juin 2009 dans C. Féral-Schuhl, *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet*, Praxis Dalloz, 8^e éd.

³⁹ Voir infra. Partie 2, Chapitre 1, Section 1.

⁴⁰ N. Gavalda, *la liberté de la correspondance ou l'intrusion de la vie privée dans l'entreprise*, JCP S 2010, 1194.

sur le lieu de travail ; la conséquence de la désobéissance du salarié peut aller jusqu'au licenciement, et ce évidemment sans préavis ni indemnités⁴¹.

En France, la règle diffère. Le salarié peut, dans la limite du raisonnable, s'exprimer librement et correspondre avec son entourage privé pendant l'exécution de son contrat de travail. La CNIL considère depuis 2002 qu'un usage d'internet par le salarié doit être admis tant qu'il reste raisonnable, l'interdiction totale étant excessive⁴². La Cour de cassation considère de même, et notamment dans un arrêt de 2001 dans lequel elle énonce que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur »⁴³. Par cet arrêt, connu sous le nom d'arrêt Nikon, c'est la première fois que les juges de la Cour de cassation abordent les problèmes liés à l'utilisation du matériel informatique au temps et lieu de travail. Par cette décision la Cour réaffirme que le salarié conserve, même au temps et lieu de travail l'exercice de ses libertés individuelles fondamentales.

33. Transition. A priori, il y a une frontière claire entre l'expression individuelle (liberté fondamentale qui tient dans la personne du salarié) et l'expression collective (liberté tenue du fait du statut de salarié). Cependant, la liberté individuelle peut devenir collective lorsque les propos diffusés sont publics. De plus, le même mécanisme (expression individuelle vers expression collective) peut se produire dans le sens où chacun doit pouvoir s'exprimer en tant que membre de la communauté de travail.

⁴¹ C. Février, *l'encadrement des relations contractuelles de travail : une analyse comparative France – États-Unis*, Mémoire sous la direction de Madame Pizzio-Delaporte, Master 2 Droit européen comparé, Université Paris II.

⁴²CNIL, La cybersurveillance sur les lieux de travail, rapport, 5 février 2002, p10 « *une interdiction générale et absolue de toute utilisation d'internet à des fins autres que professionnelles ne parait pas réaliste dans une société de l'information et de la communication* ».

⁴³ Cass. Soc. 2 octobre 2001, n°99-42.942, RJS 2001, 1394.

II. L'utilisation des réseaux sociaux numériques à des fins syndicales

34. Les communications syndicales. La pratique syndicale est subordonnée à une expression orale ou écrite. En effet, pour formuler des revendications au nom des salariés il faut dans un premier temps les informer (l'information étant une facette de la liberté d'expression). Cette information se fait par une expression à l'entrée ou à la sortie des locaux, dans les bureaux, par la distribution de tracts ou par publication sur le site internet du syndicat ou sur les réseaux sociaux. La fonction revendicative du groupement est consubstantielle à l'action syndicale, l'abus de l'expression syndicale sera peut-être alors apprécié de manière plus souple par le juge qui sera tenté d'adopter une certaine tolérance. Pour favoriser la liberté d'expression de *tous* les syndicats la Cour de cassation⁴⁴ a d'ailleurs posé un principe d'égalité des armes, dans lequel elle affirme que tous les syndicats ayant constitué une section syndicale doivent bénéficier des accords collectifs qui facilitent la communication de telles organisations syndicales. Autrement dit, il est impossible de réserver ces avantages à certains syndicats et notamment aux seuls syndicats représentatifs (régime postérieur à la loi 2008-789 du 20 août 2008).

35. Le régime antérieur de l'utilisation de l'intranet par les syndicats. L'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication par les syndicats n'a pas été d'une mince affaire, mais la loi du 4 mai 2004 a précisé les conditions dans lesquelles les syndicats pouvaient y avoir accès (en introduisant au code du travail l'article L.2142-6⁴⁵). Ces conditions étaient très prudemment posées par la loi, qui renvoyait le soin aux partenaires sociaux de le faire. De plus les conditions qui étaient exprimées par le législateur au moment de l'application de la loi de 2004 étaient la conclusion d'un accord d'entreprise, le droit de transmettre des informations par voie électronique, droit qui est donc conditionnel. En réalité, c'est l'employeur qui détient la liberté d'expression des syndicats à l'intérieur de l'entreprise, car s'il ne donne pas son accord et qu'il s'oppose à la transmission d'information le syndicat n'aura pas le pouvoir de réagir. La Cour d'Appel de Rouen avait même jugé que s'il n'y a pas d'accord de l'employeur, l'envoi de tracts syndicaux par voie électronique constitue un trouble

⁴⁴ Cass. Soc. 11 janv. 2012 n°11-14.292.

⁴⁵ C. travail, art. L.2142-6 « *un accord d'entreprise peut autoriser la mise à disposition des publications et tracts de nature syndicale, soit sur un site syndical mis en place sur l'intranet de l'entreprise, soit par diffusion sur la messagerie électronique de l'entreprise* », version antérieure à la loi Travail de 2016.

manifestement illicite⁴⁶. L'application de cette loi et de cette jurisprudence a connu des mécontentements. En effet il aurait fallu à cette époque que le législateur et le juge procèdent par analogie avec la distribution de tracts papier pour laquelle on reconnaîtra facilement l'entrave s'il y a une interdiction manifeste de laisser les syndicats mener leur activité de propagande⁴⁷. Et pourtant, même le juge constitutionnel⁴⁸ a validé, « sur le fondement du dialogue social, le principe de l'accès à la communication interne numérique conditionné par la conclusion d'un accord collectif »⁴⁹. La règle serait différente si le syndicat diffusait une information sur un site externe à l'entreprise. Sa liberté d'expression s'exerce ici pleinement sans aucune ingérence possible de l'employeur, les seules limites étant les limites de droit commun (l'atteinte aux droits des tiers)⁵⁰.

36. La consécration par la loi Travail d'une véritable liberté d'expression des syndicats sur l'intranet. Depuis 2016⁵¹, l'article L.2142-6 C. Travail a été modifié pour prévoir qu'à « défaut d'accord, les organisations syndicales présentes dans l'entreprise et satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans peuvent mettre à disposition des publications et tracts sur un site syndical accessible à partir de l'intranet de l'entreprise, lorsqu'il existe. » Ainsi, dès qu'un syndicat est quasi représentatif et qu'il remplit trois des sept critères de représentativité il bénéficiera pleinement de sa liberté d'expression sur l'intranet de l'entreprise. Il devra seulement satisfaire diverses conditions qui sont énoncées à l'alinéa 2 de l'article précédemment cité. Ces conditions sont au nombre de trois. Tout d'abord, l'utilisation des outils numériques devra « être compatible avec les exigences de bon fonctionnement et de sécurité du réseau informatique de l'entreprise », de plus il faudra que cette utilisation n'ait pas de « conséquence préjudiciable à la bonne marche de l'entreprise » et enfin qu'elle permette de « préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message ». Ces trois conditions vont inciter l'employeur à négocier pour fixer un cadre à la diffusion des informations syndicales, mais il ne pourra en aucun cas interdire cette diffusion.

⁴⁶ CA Rouen, 18 mars 2003, Caisse d'épargne de Haute Normandie c/ CGT des personnels de secteur financier, RG n°01-3341.

⁴⁷ Y. Leroy, *la communication syndicale à l'heure d'internet*, RJS 1/2010, chron. 3.

⁴⁸ Cass. Soc. 11 juillet 2013 n°13-40.021, QPC.

⁴⁹ J. Icard, *communication par voie électronique : question de constitutionnalité*, JCP S 2013, 1457.

⁵⁰ Cass. Soc. 5 mars 2008, n°06-18.907, Bull. civ. V, n°55. ; art. 1^{er} loi 2004-575, 21 juin 2004.

⁵¹ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, art. 58.

37. Extension de la liberté d'expression des syndicats par les juges. La chambre sociale de la Cour de cassation a donné une interprétation extensive des articles L.2142-3 et suivants du C. Travail. Elle a rendu un arrêt dans lequel elle affirme que « dès lors que le syndicat a constitué une section syndicale au sein de l'entreprise employeur, l'employeur doit prendre toutes les mesures nécessaires, en accord avec l'entreprise utilisatrice, pour assurer la diffusion des communications syndicales auprès des salariés mis à disposition de cette dernière »⁵². Dans cet arrêt la question qui était soulevée était la suivante : qu'en est-il lorsque les salariés n'exercent pas leur travail dans l'entreprise d'origine, mais au sein d'une entreprise utilisatrice dans laquelle ils sont mis à disposition ⁵³ ?

La Cour de cassation répond qu'il appartient à l'employeur de « prendre toutes mesures nécessaires, en accord avec l'entreprise utilisatrice, pour que la diffusion des communications syndicales puisse être assurée auprès des salariés de l'entreprise ». Les salariés de l'entreprise d'origine mis à disposition dans l'entreprise utilisatrice doivent pouvoir avoir accès aux communications syndicales assurées par le syndicat de l'entreprise d'origine. Cet arrêt donne ainsi le plein effet au droit de communication syndicale et le déploie même en dehors du cadre de l'entreprise. Pourtant, les dispositions du Code du travail interprétées littéralement auraient pu laisser penser que seuls les salariés travaillant dans les locaux de l'entreprise pouvaient être visés par les communications syndicales (par exemple l'affichage sur les tableaux prévus à cet effet ou la distribution de ces tracts aux heures d'entrée et de sortie).

Cet arrêt a pour effet de donner un rôle actif à l'employeur dans la liberté de communication (et d'expression) du syndicat, il doit faire le relai et permettre de manière effective que le syndicat exerce sa liberté d'expression en informant correctement tous les salariés qu'il représente. Il semblerait que la Cour de cassation laisse à l'entreprise utilisatrice et à l'entreprise prêteuse le soin de se concerter pour assurer ce relai d'information. Peut-être qu'une anticipation sur ce cas d'espèce sera alors nécessaire avant que soit négociée la convention de mise à disposition entre les deux entreprises.

Cet arrêt rappelle aussi, indirectement, que la liberté d'expression (qui se traduit par un droit à transmettre et recevoir des informations) du syndicat ou des salariés ne peut en aucun cas être bridée par le contrôle discrétionnaire de l'employeur. L'employeur ne peut qu'agir en amont

⁵² Cass. Soc. 17 mars 2021, n°19-21.486, JCP S 2021, act. 161.

⁵³ L. Malfettes, *l'employeur doit permettre aux salariés mis à disposition d'accéder aux informations syndicales*, Dalloz actualité, avril 2021.

pour former à une utilisation sécurisée des réseaux sociaux et autres outils numériques mis à disposition des salariés lors de l'exécution de leur prestation de travail.

III. La mise en place d'outils de prévention

38. Définition des chartes. Le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) a rendu un rapport sur les enjeux juridiques des réseaux sociaux en entreprise dans lequel il définit les chartes et guides d'utilisation des réseaux sociaux⁵⁴. Il s'agit du « document définissant, dans l'entreprise, les conditions d'utilisation des technologies de l'information et de la communication ainsi que les règles de communication dans et sur l'entreprise ».

39. Intérêt de la mise en place des chartes. Les employeurs ont souvent dû répondre par la voie disciplinaire aux messages diffusés par les salariés sur les réseaux sociaux. En effet, contournant le pouvoir disciplinaire de leur employeur en pensant que les propos allaient lui échapper les salariés peuvent néanmoins s'y heurter. Ainsi, pour éviter que sanctions soient données ou reçues il est intelligent de mettre en place dans l'entreprise des chartes ou des guides d'utilisation des réseaux sociaux pour adapter les comportements de chacun et prévenir les dérives⁵⁵. En effet, le rapport du MEDEF sensibilise à la prévention, la formation et surtout à l'accompagnement des salariés dans leur utilisation des réseaux sociaux.

Il y a quelques années, le contenu de ces chartes portait surtout sur l'utilisation d'internet. Aujourd'hui, ces chartes ont intégré les enjeux liés à l'utilisation des réseaux sociaux par le salarié. Cependant il convient de préciser que l'adoption d'une telle charte ne peut en aucun cas empêcher la publication de contenus sur les réseaux sociaux par les salariés. Effectivement, au nom notamment de sa liberté d'expression, le salarié est libre de se connecter et de publier du contenu sur les réseaux sociaux depuis ses équipements personnels (téléphone portable, ordinateur personnel, etc.). Le rapport préconise également que les salariés prennent part à l'élaboration de cette charte en menant en interne les réflexions sur l'intérêt de l'adoption d'une telle charte. Ainsi, la sensibilisation aux risques de l'utilisation des réseaux sociaux serait maximale.

⁵⁴ Medef, *rapport « réseaux sociaux et entreprises : quels enjeux juridiques ? »*, septembre 2014.

⁵⁵ V. Nivelles, *les entreprises à l'épreuve des réseaux sociaux*, JSL n°377-178, 23 déc. 2014.

40. La valeur juridique des chartes. En principe, un guide de bonne conduite ou une charte des pratiques à suivre n'ont pas de valeur contraignante. Ils ne sont pas issus de la loi et leur nature juridique n'est pas réellement identifiable de manière uniforme. L'idée d'un guide, code ou charte est de prévenir ou d'alerter les salariés et les utilisateurs des réseaux sociaux numériques plutôt que de se servir de ce document pour ajouter des obligations contractuelles au salarié. Les chartes ou guides ont donc, en principe, une valeur pédagogique ou informative et non contraignante : elles visent à favoriser les comportements vertueux et les incitations sont peu contraignantes. Une telle charte relève de l'engagement unilatéral de l'employeur. Si la charte a une valeur pédagogique ce n'est pas pour autant que l'employeur ne pourra pas s'appuyer sur les règles propres au contrat de travail, par exemple sur la loyauté⁵⁶. De plus, il pourra dire que le salarié avait pris connaissance du contenu de la charte (bien que sans sa signature il sera difficile de le prouver) et qu'il n'a pas été pris au dépourvu. Même si la charte n'a pas de valeur contraignante, elle pourra appuyer les éléments de fond du dossier de l'employeur en cas de contentieux sur le comportement adopté par le salarié face à l'utilisation des réseaux sociaux.

En revanche, le règlement intérieur reste incontournable et les chartes ou codes de bonne conduite ne peuvent le remplacer⁵⁷. De plus, si la charte contient des clauses ayant un caractère disciplinaire, elles doivent obligatoirement être adjointes au règlement intérieur. Par ailleurs, il est possible que l'employeur anticipe encore plus et qu'il demande au salarié de signer la charte, auquel cas le document aura la valeur d'un avenant au contrat de travail. Cela reste limité car il faut que la charte énonce des obligations concrètes pour qu'elle ait vraiment une valeur contractuelle, or, l'appréciation du mauvais état d'esprit d'un salarié dans son utilisation des réseaux sociaux risque d'être basée sur des critères subjectifs, qui ne pourront justifier en aucun cas une sanction⁵⁸. Dès lors que les dispositions de la charte ou du guide d'utilisation des réseaux sociaux sont intégrées au règlement intérieur, elles sont soumises au même régime juridique que l'ensemble de ce document⁵⁹.

41. Les chartes d'utilisation des réseaux sociaux en pratique. La société gazière GRDF a édité en 2014 un guide appelé « le petit manuel des réseaux sociaux à l'usage des

⁵⁶ Cf. Partie 2, chapitre 2, Section 1.

⁵⁷ M. Hautefort, *règlement intérieur ou charte : il ne faut pas choisir*, Cah. DRH, 243, 1^{er} juin 2017.

⁵⁸ Cass. Soc. 14 mai 1996, n°96645.499.

⁵⁹ Le Lamy Social, *nature juridique des chartes et codes de conduite*, 1486, mars 2021.

collaborateurs de GRDF »⁶⁰. Ce manuel dresse un bref rappel des statistiques en matière d'internaute et de temps passé sur les réseaux sociaux en France en 2013. Par la suite, le manuel se borne à rappeler les risques des relations sur Internet, et de leur effectivité même s'ils paraissent virtuels et sans importance. Ce manuel a pour objectif majeur de responsabiliser les collaborateurs de GRDF et appel à leur « bon sens ».

42. Conclusion. L'utilisation des médias sociaux et des réseaux sociaux a permis aux employeurs ainsi qu'aux salariés de revoir leurs modes de communication, que celle-ci soit faite à des fins professionnelles ou à des fins personnelles. Les réseaux et médias sociaux permettent de diffuser des idées positives et de promouvoir les intérêts de l'entreprise, cependant le revers de cet avantage est fatal. Ainsi, l'employeur peut faire face à des critiques (publiques) de la part des salariés, il n'est pas non plus à l'abris que l'un d'eux use de sa liberté d'expression pour dénoncer ses agissements.

⁶⁰ <https://fr.slideshare.net/VincentGailhaguet/grdf-charte-utilisation-des-reseaux-sociaux>, consulté le 12 mai 2021.

Chapitre 2 : de la simple expression à la dénonciation

43. Plan. Si le salarié s'exprime, son droit ne se limite pas à exprimer des propos positifs. Il est en droit d'exprimer son désaccord par le biais de critiques (section 1). Plus encore, le salarié peut dénoncer des actes qui lui paraissent être fautifs (section 2).

Section 1 : la liberté d'expression consacrée par le droit de critique

44. La critique, une insubordination (non) fautive. Pendant longtemps, les salariés ne disposaient pas d'un droit de critique vis-à-vis de leur employeur. Ils devaient rester prudents lorsqu'ils s'exprimaient et devaient éviter de froisser ou d'offusquer « de près ou de loin »⁶¹ l'employeur. Que ce soit dans ou hors de l'entreprise, le salarié ne devait pas exprimer une opinion contraire à celle de son employeur⁶², si tel était le cas il risquait d'être licencié pour insubordination fautive. Cependant, cela n'a duré qu'un temps, puisqu'à la fin du XXe siècle le droit de critique des salariés s'est renforcé.

45. Plan. La protection du salarié se renforçant, ce dernier a vu émerger un véritable droit de critique : autant d'un point de vue individuel (I) que collectif (II).

I. Le droit de critique du salarié

46. Plan. De la consécration de la liberté d'expression a découlé un droit de critique pour le salarié, qui n'était plus contraint de s'effacer face à son employeur (1). Néanmoins, le droit de critique du salarié-cadre a suscité quelques interrogations supplémentaires (2).

⁶¹ Ph. Waquet, *Chronique d'une « formation restreinte »*, RJS février 2006, p.84.

⁶² Cass. Soc. 6 oct. 1993, O. de Tissot, *la liberté d'expression des opinions politiques d'un salarié*, Dr. Soc. 1994, p.353.

(1) La protection de la critique

47. Le droit de critique, sauf abus. À la suite de la consécration de la liberté d'expression du salarié par l'arrêt Clavaud⁶³, le salarié s'est vu reconnaître un droit de critique hors de l'entreprise, qu'il pouvait exercer dans toute sa plénitude, en restant seulement vigilant à l'abus. L'exercice de la liberté d'expression « dans toute sa plénitude » laisse bien comprendre que le salarié peut exprimer des propos tant positifs que négatifs à l'égard de son employeur. En effet, le fondement de l'arrêt Clavaud était l'article L.461-1 ancien du Code du travail qui garantissait un droit d'expression des salariés sur leurs conditions de travail. Ainsi, les opinions émises par les salariés ne pouvaient pas faire l'objet d'une sanction disciplinaire ou d'un licenciement. De plus, le salarié jouit d'une liberté d'expression tant professionnelle que non professionnelle, ce qui lui permet de s'exprimer dans l'entreprise tant sur les conditions de travail ou la politique de l'entreprise que sur des questions politiques ou de société. Si les questions relatives à l'abus seront étudiées plus tard il semble opportun de préciser que depuis la fin du siècle dernier les juges font application du même principe qui consiste à énoncer que « sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression ». Cette phrase rappelle que le lien de subordination juridique n'est pas de nature à anéantir la liberté d'expression du salarié, ni sa faculté de critique⁶⁴.

48. Le droit de critique du fonctionnement de l'entreprise. Même si l'employeur peut exercer son pouvoir de direction à l'encontre du salarié, cela ne veut pas dire que le salarié doit être réduit au silence ou doit tout accepter de son employeur. C'est pourquoi, si les méthodes de fonctionnement de l'entreprise ne lui conviennent pas, le salarié est en droit de les critiquer. La Cour européenne des droits de l'homme l'a affirmé et considère que les sanctions prises à l'encontre des salariés ayant critiqué le fonctionnement d'un service constitue une violation de leur droit à la liberté d'expression au sens de l'article 10§1 de la Conv. EDH⁶⁵. De même, la Cour de cassation avait admis que le message envoyé par un salarié au président du Conseil administration « qui faisait état de l'insatisfaction du personnel à l'égard de la politique salariale de l'entreprise » n'était pas constitutif d'un comportement fautif⁶⁶. En l'occurrence, le salarié

⁶³ Cass. Soc. 28 avr. 1988, n°87-41.804.

⁶⁴ P. Pacotte et G. Halimi, *l'interrogation sur le bien-fondé du licenciement d'un collègue, sur un site internet, ne constitue pas un usage abusif de la liberté d'expression*, JSL n°390, 23 juin 2015.

⁶⁵ CEDH 18 oct 2011 Sosinowska c/ Pologne, n°10247/09.

⁶⁶ Cass. Soc. 21 sept. 2010, n°09-42.382.

s'était attaché à exposer les raisons de cette insatisfaction et avait demandé une augmentation des salaires ce qui constituait en réalité une critique fondée sur les conditions de travail des salariés. Autrement dit, cette critique avait une vocation constructive et non pour unique but de dénigrer l'employeur. De plus, la Cour de cassation a ajouté que le message dans lequel était formulée la critique n'avait été envoyé qu'aux personnes intéressées, à savoir les autres salariés qui mettaient en cause leurs conditions salariales et que ces derniers avaient expressément demandé au salarié de prendre le rôle du porte-parole et d'en informer l'employeur. Les critiques formulées par les salariés sont appréciées largement par les juges, elles peuvent être faites par écrit ou par oral⁶⁷. Ceci semble logique étant donné la multitude de moyens offerts au salarié pour exercer sa liberté d'expression. Les juges, pour apprécier le caractère non abusif de l'exercice de sa liberté d'expression par le salarié vont se référer à un ensemble d'éléments, et notamment au contexte ou l'ancienneté. Ainsi, il a été admis que des propos « même vifs » tenus par un salarié qui présentait plus d'onze années d'ancienneté dans l'entreprise, ne caractérisaient pas un abus de sa liberté d'expression. La liberté d'expression semble donc s'acquérir avec le temps. Le salarié qui a « fait ses preuves » aura peut-être plus de légitimité à critiquer les méthodes de fonctionnement de l'entreprise ou les projets présentés par l'employeur, étant donné qu'il aura une idée du passé de l'entreprise et des erreurs qui pourraient être faites.

Si le salarié a le droit de critiquer son employeur à l'intérieur des murs de l'entreprise il peut également le faire en dehors de ceux-ci.

49. Le droit de critique à l'extérieur de l'entreprise. Le salarié est en droit de critiquer les méthodes de fonctionnement ou les décisions prises par l'employeur même en dehors de l'entreprise, c'est-à-dire que ses critiques peuvent être émises hors des murs de l'entreprise. Ainsi, les critiques s'inscrivant dans le cadre d'une polémique médiatique et qui sont formulées par voie de presse s'inscrivent dans le droit à la liberté d'expression du salarié. Dans une espèce mettant en cause un joueur de football et son entraîneur la Cour de cassation a admis que les propos d'un salarié qui estimait que son « entraîneur manquait de cohérence et de diplomatie » ne pouvaient pas être caractérisés comme étant un abus de la liberté d'expression du salarié⁶⁸.

⁶⁷ Cass. Soc. 18 oct. 2017, n°16-18.163 : « *Un salarié peut critiquer oralement ou par écrit son employeur, la pertinence de ses décisions ou son mode de management* ».

⁶⁸ Cass. Soc. 28 avr. 2011, n°10-30.107.

Par ailleurs, il est possible pour un salarié de critiquer son entreprise via les nouveaux outils numériques. Dès lors, sur un site internet ou sur un forum, le salarié peut s'interroger sur les mesures prises par l'employeur à l'encontre d'autres salariés sans excéder les limites de sa liberté d'expression⁶⁹.

50. Critiquer en silence, c'est permis. Si toutes les illustrations exposées ci-dessus sont relatives à des espèces dans lesquelles l'employeur se plaignait que le salarié se soit exprimé, il est arrivé que celui-ci se plaigne du fait que le salarié ne s'exprime pas. Cependant, la liberté d'expression dont découle la faculté de critique peut être tant positive que négative. Ainsi, en refusant d'apporter son soutien à l'employeur car il est en désaccord avec ce dernier, le salarié exerce sa liberté d'expression au même titre que s'il avait exprimé ce désaccord. La Cour de cassation, prenant compte de cette particularité, a affirmé que le « refus d'établir un projet de communiqué commun de la part d'un salarié ayant auparavant fait connaître publiquement son hostilité au projet de la nouvelle équipe dirigeante » ne saurait caractériser une faute grave « alors que, de la part d'un employeur, obliger un salarié à émettre une opinion ou à prendre position publiquement porte atteinte à la liberté d'expression de l'intéressé, ce dont il résulte que le refus d'obtempérer n'est pas fautif »⁷⁰.

(2) Le cas particulier des cadres

51. La fin de l'époque des « yes man ». Cette expression utilisée par le Professeur Ray est issue du langage américain. Les « Yes Man » étaient les travailleurs, vêtus de leur bleu de travail, en file indienne et hochant la tête à chaque dire de leur employeur. En France, la situation des cadres a pendant longtemps été assimilable à celle des « yes man »⁷¹. Après avoir abandonné la perte de confiance comme cause d'un licenciement⁷², il ne semblait plus cohérent de sanctionner le cadre qui se montrait « infidèle » à son employeur. En effet, si le cadre était plus sanctionné qu'un salarié *lambda* lorsqu'il émettait des critiques à l'encontre de la direction c'est parce que dans l'esprit de l'employeur le cadre était un représentant du pouvoir patronal.

⁶⁹ Cass. Soc. 6 mai 2015, n°14-10.781.

⁷⁰ Cass Soc 26 oct. 2005 n°03-41.796, RJS 2006 n°158.

⁷¹ J.-E. Ray, *droit de critique et obligation de réserve d'un dirigeant*, Dr. Soc. 2000, 165.

⁷² Cass. Soc. 29 nov. 1990, n°87-40.184.

Ainsi, l'employeur perdait toute crédibilité si le cadre le critiquait, et risquait en conséquence que les autres salariés de l'entreprise se retournent contre lui.

52. Le droit de critique des cadres. Mais en 1999, la Cour de cassation a mis fin à cette obligation de fidélité des cadres, qui était démesurée. Dès lors, un cadre ne commet aucune faute en exprimant « dans l'exercice de ses fonctions et à l'intérieur du cercle restreint du comité directeur dont il était membre, des critiques même vives concernant la nouvelle organisation de la direction »⁷³. Cette solution est aujourd'hui encore d'actualité et dès lors que le cadre dirigeant s'abstient d'exprimer des propos injurieux ou diffamatoires, sa liberté de critique est véritable. Ainsi, la Cour d'appel qui avait estimé que le comportement de plusieurs cadres (critiquant les « décisions incohérentes et contradictoires » du président) était « d'autant plus fautif qu'il [était] le fait de cadres supérieurs disposant d'une large autonomie et d'une autorité non négligeable dans l'entreprise » a vu sa décision censurée par la Cour de cassation qui admet qu'un cadre dirigeant dénonce l'incompétence de son président auprès des membres du conseil d'administration de l'entreprise⁷⁴.

Cependant, même si le cadre a obtenu un droit de critique au même titre que les autres salariés de l'entreprise il n'en reste pas moins qu'ils ne doivent pas critiquer ou dénigrer médiatiquement leur entreprise, car cela caractérise un manquement à leur obligation de loyauté⁷⁵. Ainsi, il semble que la Cour de cassation se montre moins souple sur la liberté de critique des cadres dès lors que les propos sortent du cadre de l'entreprise et qu'ils n'ont pas pour seul objectif d'être constructifs et de participer au bon fonctionnement ou à la bonne politique de l'entreprise.

Si les salariés et les cadres disposent dans le cadre de leur liberté d'expression, d'une grande faculté de critique, il semblerait que celle de leurs représentants soient encore plus étendue en raison de leur rôle au sein de l'entreprise.

⁷³ Cass. Soc. 14 déc. 1999, n°4863 PB, Pierre.

⁷⁴ Cass. Soc. 27 mars 2013, n°11-19.734 ; dans le même sens Cass. Soc. 3 juill. 2012, n°11-10.793.

⁷⁵ Cass. Soc. 3 déc. 2008, n°07-42.331.

II. Le droit de critique des représentants des salariés

53. La critique, corollaire de l'existence du syndicat. La liberté syndicale est reconnue en France depuis la loi Waldeck-Rousseau de 1884 même s'il existait en réalité des groupements de travailleurs antérieurement à cette loi. Ainsi, depuis 1884 le rôle du syndicat et de défendre et promouvoir des intérêts professionnels communs. Il en résulte que le syndicat puisse exercer des critiques vis-à-vis de l'entreprise. La liberté d'expression du syndicat est le corollaire de l'existence même du syndicat. Sans expression ni critique il ne peut y avoir défense des intérêts. À ce titre, la première chambre civile de la Cour de cassation avait admis pour une association, à laquelle peut être assimilé un syndicat, que la critique était une composante de la liberté d'expression⁷⁶. Par conséquent, il faut retenir que l'action syndicale s'impose par la liberté d'expression. De plus, l'article L.2142-5 C. travail dispose que « le contenu des affiches, publications et tracts est librement déterminé par l'organisation syndicale, sous réserve de l'application des dispositions relatives à la presse ». Ainsi, les syndicats jouissent, comme les salariés, d'une liberté d'expression qui s'arrêtera là où l'abus commencera. Cependant, la liberté d'expression des syndicats est plus large que celle des salariés non syndiqués.

54. Une liberté d'expression élargie. En raison du rôle que doit mener le syndicat, il semblait logique que sa liberté d'expression, notamment du point de vue de la critique, soit appréciée de manière large par l'employeur ou par les juges. Si les droits sociaux ont tant progressé c'est en majorité grâce aux syndicats, qui, pour défendre les intérêts d'une profession vont user de leur liberté d'expression à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise⁷⁷. Qu'il s'agisse du passage aux 35 heures ou de la réforme des retraites les syndicats étaient et sont toujours en première ligne.

À l'intérieur de l'entreprise, la liberté de critique des syndicats est également admise. La Cour de cassation a affirmé que « le langage syndical justifie la tolérance de certains excès à la mesure des tensions nées de conflits sociaux ou de la violence qui parfois sous-tend les relations de travail »⁷⁸. En effet, les syndicats ont souvent l'occasion de critiquer l'employeur dans un contexte social ou économique tendu. Il peut être compliqué de trouver un équilibre entre les droits de l'employeur et la liberté d'expression du syndicat dans le cadre d'un conflit collectif,

⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 8 avril 2008, n°07-11.251.

⁷⁷ J.-P. Marguénaud, J. Mouly, *la liberté d'expression syndicale, parent pauvre de la démocratie*, D. 2020, 1456.

⁷⁸ Cass. crim. 10 mai 2005, n°04-84.705.

car une certaine animosité des propos semble inévitable⁷⁹. Il est donc admis depuis longtemps que les idées et les propos du syndicats puisse heurter, choquer ou inquiéter⁸⁰. Ainsi, suivant la jurisprudence de la CEDH, les juges du fond ont admis que les organisations syndicales voient leur « liberté de ton » appréciées avec largesse. Il en résulte qu'« un syndicat regroupant des travailleurs est dans son rôle lorsqu'il s'exprime, pour leur protection, au sujet des évènements de la vie professionnelle et notamment dans le cadre des élections ; [et] que sa liberté d'expression doit alors être la plus large possible »⁸¹. Il est ainsi admis, à propos du syndicat des avocats de France, que si « en matière de polémique syndicale une plus grande liberté de ton est autorisée, il n'en demeure pas moins que ce droit de critique élargi doit être cantonné dans certaines limites »⁸².

55. Transition. Les salariés et les syndicats sont susceptibles d'user de leur liberté d'expression en formulant des critiques, soit pour faire progresser les droits collectifs de la communauté de travail, soit pour satisfaire des intérêts personnels. Mais parfois, les salariés et leurs représentants font également usage de leur liberté d'expression pour alerter et protéger les intérêts d'autrui. Ils utilisent alors leur droit d'alerte.

Section 2 : la protection de la dénonciation

56. Origine antique de la dénonciation. Les premières formes de procédure de dénonciation, ou d'alerte, sont apparues dans l'Antiquité grecque. Les citoyens avaient le devoir, à Athènes où il n'existait pas comme en France de Ministère public, de dénoncer les crimes et les délits dont ils avaient connaissance⁸³. Cette dénonciation n'était pas cachée par ceux qui l'effectuait car ils permettaient de rétablir la paix et la justice dans la Cité. Cependant deux termes étaient utilisés pour les désigner, ils étaient appelés tantôt dénonciateur, tantôt sycophantes. Bien que le second terme soit défini par le premier⁸⁴ une distinction majeure est à relever. Le dénonciateur devient sycophante dès lors qu'il a une volonté préméditée de nuire à

⁷⁹ J. Cavallini, *droit de critique et publication injurieuse dans l'entreprise*, JCP S 2010, 1015.

⁸⁰ CEDH Handyside c/ RU, 7 déc. 1976, n°5493/72.

⁸¹ Tribunal de Police de Paris, 8 févr. 2010.

⁸² TGI Paris, 17^{ème} ch., 19 mai 2010, n°10/00042.

⁸³ R. Salomon, *Sycophantes*, Revue des Études Grecques, tome 19, fascicule 86, 1906, p335-358.

⁸⁴ Dictionnaire Larousse, définition du terme *sycophante* comme étant un *dénonciateur professionnel*.

la victime de sa dénonciation. En effet, de nombreux abus avaient lieu dans la Grèce antique, et ce en raison du fait que le citoyen percevait une partie ou même parfois la totalité de l'amende qui était infligée à l'individu qui avait commis un délit ou un crime. Alors, de nombreux dénonciateurs (en réalité des sycophantes si on se réfère à leur volonté de nuire) ont fait de ces dénonciations leur seule source de revenus au plus grand bonheur de la place publique qui était alimentée d'histoires et de secrets en tous genres. La dénonciation n'avait plus pour objectif la justice, mais le profit.

Les auteurs du rapport de l'Institut Messine font d'ailleurs un parallèle entre les « dénonciateurs-sycophantes » et les lanceurs d'alerte qui, plutôt que de prévenir les autorités compétentes, favoriserait une dénonciation directe aux médias ou au public de faits dont la véracité n'est pas avérée⁸⁵.

57. Définitions. Le lanceur d'alerte ne bénéficie pas d'une définition uniforme, pour le Conseil de l'Europe le lanceur d'alerte est « toute personne qui révèle des informations concernant des menaces pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail »⁸⁶, la définition est alors cantonnée aux alertes professionnelles. Au niveau national, le Conseil d'État, lui, définit le lanceur d'alerte comme « toute personne qui, confrontée à des faits constitutifs de manquements graves à la loi ou porteurs de risque graves, décide de lancer une alerte dans l'intérêt général »⁸⁷.

Le lanceur d'alerte a également fait l'objet d'une définition dans la loi relative à la transparence, la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique le 9 décembre 2016⁸⁸. Elle définit le lanceur d'alerte comme « une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance ». Cette définition devra être celle retenue même si, étant récente, elle n'a pas bénéficié du même impact que celle retenue par la Cour de cassation.

⁸⁵ Institut Messine, *le lanceur d'alerte dans tous ses états : guide pratique et théorique*, novembre 2018.

⁸⁶ Conseil de l'Europe, *Recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte*, 30 avril 2014.

⁸⁷ CE, *le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, La documentation française, 25 févr. 2016.

⁸⁸ Loi n°2016-1691 « Sapin II ».

58. Plan. Le régime protecteur des lanceurs d’alerte a été créé (ou seulement harmonisé) par la loi relative à la transparence, la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016, aussi appelée Loi « Sapin II » (II). Néanmoins il existait, avant que cette loi ne voie le jour, une protection qui était le résultat d’une construction prétorienne fondée notamment sur la liberté d’expression (I).

I. La liberté d’expression au secours de la dénonciation

59. Les prémices de la protection du lanceur d’alerte. Avant de rendre en 2016⁸⁹, son premier arrêt sur les lanceurs d’alerte, la Cour de cassation avait déjà établi que « le fait pour un salarié de porter à la connaissance de l’inspecteur du travail des faits concernant l’entreprise et lui paraissant anormaux, qu’ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute »⁹⁰. De plus, la chambre sociale précise que la Cour d’appel aurait dû rechercher si les faits dénoncés étaient de nature mensongère ou non, et s’ils l’étaient elle aurait dû rechercher si le salarié avait agi avec légèreté et mauvaise foi. Ce n’est que dans ce cas, pour les Hauts Magistrats, qu’une faute pourrait être caractérisée. Ainsi, dans cette décision, les juges ne trahissent pas leur jurisprudence sur le droit de critique du salarié selon laquelle il faut rechercher l’intention de nuire de ce dernier pour déterminer s’il y a ou non une faute grave⁹¹.

En addition à cette jurisprudence une autre a émergé en parallèle, relative à la nullité de la mesure de rétorsion prise à l’encontre du salarié en cas d’atteinte à l’une de ses liberté fondamentale⁹². Ainsi, l’arrêt de 2016 ne sort pas de nulle part.

60. L’arrêt novateur du 30 juin 2016. Par son arrêt du 30 juin 2016⁹³ la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu pour la première fois une décision sur les lanceurs d’alerte. Cette décision, fondée sur l’article 10§1 de la Convention européenne des droits de l’homme énonce qu’ « en raison de l’atteinte qu’il porte à la liberté d’expression, en particulier au droit

⁸⁹ Cass. Soc. 30 juin 2016 n°15-10.557 P+B+R+I.

⁹⁰ Cass. Soc. 14 mars 2000 n°97-43.268.

⁹¹ J.-E. T., *Conséquences de la dénonciation auprès de l’inspection du travail de faits susceptibles de constituer une infraction pénale*, JSL, 58, 18 mai 2000.

⁹² Notamment l’arrêt Clavaud (op. cit.) ; Cass. Soc. 6 fév. 2013, n°11-11.740 ; Cass. Soc. 29 oct. 2013, n°12-22-447.

⁹³ op. cit.

pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à qualifier des infractions pénales, est frappé de nullité ».

La Cour de cassation, reprenant sa jurisprudence en matière de nullité des mesures de rétorsion, se fonde sur la liberté fondamentale d'expression (article 10§1 Conv. EDH) pour annuler le licenciement du salarié, alors qu'au jour de son licenciement, l'article L.1132-3-3 relatif à la dénonciation des faits répréhensibles, n'était pas applicable. La Cour d'appel avait alors justement déduit de l'absence de texte qu'il fallait appliquer l'adage « pas de nullité sans texte », mais pour la Cour de cassation il en est allé tout autrement. Selon certains commentateurs de l'arrêt, à la lecture de ce dernier il semblerait donc que l'acte de dénonciation fasse partie intégrante du champ de la liberté d'expression du salarié⁹⁴.

61. Obligation de bonne foi. Cependant, les commentateurs n'ont pas oublié de préciser que la Cour de cassation avait conditionné la protection du lanceur d'alerte (par la liberté d'expression) à la caractérisation de la bonne foi⁹⁵. Ainsi, la bonne foi devient « le point d'équilibre entre l'exigence de libérer la parole pour mettre à jour certains agissements et l'impératif de protection de la réputation d'autrui »⁹⁶. La bonne foi est donc une condition nécessaire pour protéger le lanceur d'alerte mais elle n'est pas (du moins pour le législateur) suffisante.

62. La procédure à suivre. Par ailleurs, ce qui semble être novateur dans cet arrêt s'agissant de la protection du lanceur d'alerte est relatif à la procédure que ce dernier doit suivre. Les juges de la chambre sociale admettent ici que l'immunité du lanceur d'alerte de bonne foi soit valable quand il porte les faits illicites à la connaissance du procureur de la République mais également à la connaissance de tiers⁹⁷. Il semblerait également que la Cour de cassation, souhaitant un prolongement des décisions de la CEDH⁹⁸ ne s'en inspire pas de manière absolue. En effet, la chambre sociale n'a pas retenu dans cet arrêt, contrairement à la CEDH, la procédure

⁹⁴ P. Adam, *Mon traître, ce héros*, RDT 2016, p.566.

⁹⁵ *ibid.* ; N. Malherbe, *la liberté d'expression protectrice des salariés lanceurs d'alerte de bonne foi*, LPA 17 nov. 2016, n°121z7, p.6.

⁹⁶ *ibid.*

⁹⁷ Note explicative sous Cass. Soc. 30 juin 2016, n°15-10.557.

⁹⁸ *ibid.* ; CEDH Grande chambre Guja c/ Moldova, 12 fév. 2008, n°14277/04.

graduée de l’alerte⁹⁹, le salarié peut donc dès qu’il est de bonne foi, relater ou témoigner de faits illicites sans respecter la graduation de la procédure. Des auteurs, tel que le professeur Duchange, relativise cet écart à la jurisprudence communautaire, car la CEDH semblerait n’appliquer ce régime de procédure graduée qu’aux seuls fonctionnaires¹⁰⁰.

Le législateur s’est saisi de cette insuffisance. Il a mis en œuvre avec la loi Sapin II la graduation de la procédure d’alerte.

II. L’harmonisation du régime protecteur des lanceurs d’alerte

63. La consécration législative de la protection du lanceur d’alerte. Désormais, le cadre général de la protection des lanceurs d’alerte est posé par la loi Sapin II¹⁰¹. Elle définit à son article 6 le lanceur d’alerte comme étant « une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d’un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d’un acte unilatéral d’une organisation internationale pris sur le fondement d’un tel engagement, de loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l’intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance ». Dans cet article, le législateur a ajouté à la bonne foi, qui était déjà une condition posée par la jurisprudence, deux autres conditions pour que la protection du lanceur d’alerte soit effective. Il s’agit du désintérêt de l’auteur de l’alerte ainsi que de l’intérêt général. Ces critères n’avaient pas été retenus par la Cour de cassation, ce qui rendait la protection du lanceur d’alerte beaucoup plus étendue. La protection prétorienne était fondée exclusivement sur la liberté d’expression et avait l’avantage d’être souple et le mérite de couvrir une multitude de situations¹⁰².

64. L’intérêt de légiférer sur la question des alertes. Ainsi, plusieurs auteurs s’interrogeaient sur l’utilité de légiférer en matière d’alerte professionnelle alors que le régime

⁹⁹ J.-G. Huglo, *un arrêt novateur et équilibré*, SSL 4 juill. 2016, n°1730.

¹⁰⁰ G. Duchange, *nullité du licenciement du salarié dénonçant des agissements frauduleux*, JCP S 15 nov. 2016, 1381.

¹⁰¹ Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption, et à la modernisation de la vie économique, Article 8.

¹⁰² J. Toubon, P. Lagesse, *le régime « général » de protection des lanceurs d’alerte est-il l’expression d’un droit fondamental ?*, SSL 20 mai 2019, n°1862.

fondé sur l'article 10§1 de la Conv. EDH semblait déjà suffisant pour que le juge puisse trancher¹⁰³. Cependant, les commentateurs de ce texte s'accordent pour dire que l'intérêt de légiférer sur la question des alertes professionnelles se réfère à la clarification des différents régimes légaux et la capacité d'anticipation du législateur dont n'est pas pourvu le juge¹⁰⁴. Ainsi la procédure d'alerte sera plus encadrée et les pratiques de traitement seront plus systématisées grâce à la loi Sapin II.

65. La graduation de la procédure d'alerte. En effet, la loi Sapin II prévoit, à la différence de la Cour de cassation, que le lanceur d'alerte doit respecter une procédure dite graduée. La liberté d'expression garantie par la loi Sapin II n'étant pas absolue, le salarié doit respecter une procédure en trois étapes. Il doit dans un premier temps porter à la connaissance le signalement de l'alerte à son supérieur hiérarchique (ou encore de l'employeur ou d'un référent désigné). Dans le cas où ce supérieur ne prendrait pas en compte l'alerte dans un délai raisonnable alors le signalement est adressé à l'autorité judiciaire, administrative ou aux ordres professionnels. À défaut de traitement, dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public. Un équilibre a donc été recherché par le législateur entre le droit pour le lanceur d'alerte d'user de sa liberté d'expression pour dénoncer des faits répréhensibles et le droit pour la personne visée par les faits répréhensibles de conserver sa réputation.

Malgré la volonté du législateur de simplifier le droit des lanceurs d'alerte avec la création de la loi Sapin II, de nombreuses incohérences et de nombreux problèmes de d'articulation entre les différentes alertes subsistent.

III. La multiplication des incohérences en matière d'alertes

66. Plan. En matière d'alertes il y a une très mauvaise articulation des différents régimes. Cette articulation est délicate tant entre les différents régimes d'alertes (1) qu'entre le régime d'alerte et le régime de la liberté d'expression (2).

¹⁰³ G. Duchange, *le droit commun des alertes professionnelles*, JCP S 2016, 1215.

¹⁰⁴ Institut Messine, *le lanceur d'alerte dans tous ses états : guide pratique et théorique*, novembre 2018, op. cit.

(1) La mauvaise articulation des différents régimes d'alertes

67. Un millefeuille législatif vecteur d'insécurité. Le Code du travail prévoit que le salarié pouvait effectuer des alertes pour des cas spécifiques en parallèle du régime de la Loi Sapin II. Ces alertes peuvent être séparées en deux catégories, les alertes individuelles et les alertes collectives. Les alertes collectives sont celles qui sont exercées par un représentant du personnel dans le cadre de ses fonctions représentatives, elles sont regroupées dans une sous-section 5 « droits d'alerte » au sein de la section 1^{ère} du chapitre 2 sur les attributions des institutions représentatives du personnel. Ce droit d'alerte du Comité social et économique a été instauré par les ordonnances dites Macron du 22 septembre 2017¹⁰⁵. Ce droit d'alerte collectif distingue quatre cas généraux d'alertes qui peuvent être mises en œuvre, il s'agit de l'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes (art. L.2312-59), de l'alerte en cas de danger grave et imminent (art. L.2312-60), du droit d'alerte économique (art. L.2312-63 et s.) et enfin du droit d'alerte sociale (art. L.2312-70 et s.).

D'un autre côté, le Code du travail prévoit au moins treize cas spécifiques d'alerte individuelle, cette fois, les articles sont éparpillés au sein du Code. Peuvent notamment être cités les articles L.1152-2 et s. garantissant la protection du lanceur d'alerte en cas d'agissements de harcèlement moral, ou encore l'article L.1132-3 instauré par la loi du 6 décembre 2013 garantissant la protection du lanceur d'alerte en cas d'agissement ou de mesure discriminatoire prise à l'encontre d'un salarié. Ce droit d'alerte est exercé par un travailleur à titre personnel, ce qui d'après les auteurs du rapport de l'Institut Messine, va « de pair avec la montée de l'individualisme dans les sociétés contemporaines et dans l'entreprise ».

68. Un espoir de clarté avec la directive communautaire. L'Union Européenne (UE) a adopté définitivement le 7 octobre 2019 une directive 2019/1937 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'UE. La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a rendu un rapport recommandant au législateur de transposer la directive en élargissant la protection de lanceur d'alerte aux personnes morales et d'appliquer les nouvelles règles de la directive à l'ensemble des faits visés par la loi Sapin II¹⁰⁶. Effectivement, la directive a un champ d'application qui est plus restreint que celui de la loi Sapin II, ne pas transposer la directive en l'élargissant contribuerait donc à empirer le

¹⁰⁵ Ord. N°2017-1386, 22 sept. 2017.

¹⁰⁶ CNCDH, *Avis sur la transposition de la directive européenne relative aux lanceurs d'alerte*, 24 sept. 2020.

« patchwork » de règles déjà existantes. Cela restreindrait la protection du lanceur d’alerte, car sa complexité la rendrait inaccessible (ce qui est l’effet inverse de celui escompté par le législateur au moment de l’adoption de la loi Sapin II).

La directive doit être transposée au plus tard le 7 décembre 2021 en France. Alors que la CNCDH avait déjà rendu un avis lors de l’adoption de la loi Sapin II¹⁰⁷, elle a à nouveau été sollicitée pour rendre un avis sur la transposition de la directive. Dans ce nouvel avis, elle fait un bilan sur la loi Sapin II et évoque notamment les problèmes qui sont soulevés par l’application du régime. Le problème majeur tient, d’après la Commission, à l’obligation de signaler au préalable les faits à l’employeur, elle critique en réalité le mécanisme de la procédure graduée. Ce que, à son grand plaisir, la directive de l’Union Européenne n’impose pas. Pour la CNCDH cette procédure longue et fastidieuse freine les salariés à dénoncer et à lancer des alertes, ce qui s’avère fort fâcheux car la protection des lanceurs d’alerte ne peut que contribuer à renforcer la transparence et la responsabilité démocratique¹⁰⁸, via les libertés d’expression et de rechercher et recevoir des informations.

69. Risque d’une mauvaise transposition de la directive. La CNCDH alarme surtout sur un pan de la directive en vue de sa transposition. Elle préconise que la transposition ne vaille pas que pour les matières visées par la directive mais également pour les matières d’ores et déjà visées par la loi Sapin II. Effectivement, pour revenir à l’idée de millefeuille législatif, si la transposition ne s’applique pas à toutes les matières déjà couvertes par le régime protecteur du lanceur d’alerte il y a un risque que la question de l’application de tel ou tel régime rende la protection des lanceurs d’alerte encore plus restreinte et alors que l’insécurité juridique augmente.

Le problème de ce « millefeuille » législatif est que l’articulation entre les différentes alertes est quasi-inexistante, la Cour de cassation se fondant alors sur les textes légaux risque de rendre des solutions plus restrictives dès lors que l’alerte se situe dans le champ d’application du texte légal.

¹⁰⁷ CNCDH, Assemblée plénière, *avis sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, 26 mai 2016.

¹⁰⁸ op. cit.

(2) L'articulation risquée entre alerte et liberté d'expression

70. Le recul imposé par la loi de la protection du lanceur d'alerte. C'est ce que semble avoir fait la Cour de cassation dans un arrêt récent du 4 novembre 2020¹⁰⁹. En l'espèce un salarié a eu un entretien avec son employeur au cours duquel ce dernier l'a averti qu'il avait eu connaissance des courriels politiques que le salarié avait envoyé aux autres salariés de la société. À la suite de cet entretien il notifie donc au salarié une mise à pied conservatoire et le convoque à un entretien préalable en vue d'un éventuel licenciement. Finalement, le salarié est licencié pour faute grave, l'employeur lui reprochant d'avoir manqué à son obligation de loyauté et de bonne foi. La Cour d'appel, suivant le raisonnement du salarié, avait décidé d'annuler le licenciement pour atteinte à la liberté d'expression de ce dernier. Ce à quoi la Cour de cassation, reprenant le grief de l'employeur et se fondant sur l'article L.1132-3-3 du Code du travail, répond « qu'aucun salarié ne peut être sanctionné s'il a témoigné ou relaté de bonne foi des faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ».

La question qui se pose à la lecture de cet arrêt est donc la suivante : convient-il d'annuler le licenciement qui porte atteinte à la liberté d'expression, même si on ne se situe pas dans le champ matériel de l'alerte fixée par la loi ? Car effectivement en l'espèce, les agissements dénoncés n'étaient pas constitutifs d'un crime ou d'un délit, donc au regard du texte légal le licenciement qui y était relatif n'était pas susceptible d'être annulé. Cette solution pose question car la Cour de cassation avait déjà, et de manière constante, décidé qu'un licenciement devait être annulé dès lors qu'une atteinte à la liberté d'expression était caractérisée. Certains auteurs regrettent que la Cour de cassation n'ait pas maintenue sa jurisprudence sur la nullité du licenciement en cas d'atteinte à une liberté fondamentale. Pour eux, la liberté de dénoncer est une facette de la liberté d'expression, à laquelle il faut garantir une protection¹¹⁰. Il est vrai, qu'il semblerait que l'instauration d'un régime légal « unifié » relatif à la protection des lanceurs d'alerte entraîne un net recul de cette protection. Car dès lors qu'un agissement dénoncé ne serait pas prévu par la loi, la Cour de cassation reviendrait au principe général « pas de nullité sans texte », qu'elle semblait avoir abandonné avec l'arrêt fondateur du 30 juin 2016. Cette solution devrait en ravir plus d'un pour qui l'utilisation de la liberté d'expression comme bouclier à la procédure d'alerte présente un grave danger pour notre démocratie.

¹⁰⁹ Cass. Soc. 4 nov. 2020, n°18-15.669, FS-P+B.

¹¹⁰ B. Bossu, *quelle protection pour le lanceur d'alerte ?*, JCP S 1^{er} déc. 2020, 3091.

71. La dénonciation, mécanisme mal aimé. Comme le Professeur émérite Monsieur Teyssié l'indique dans une libre réflexion sur le mécanisme de l'alerte¹¹¹ « de la dénonciation à la délation, le chemin, parfois, est bref ». En effet, aujourd'hui encore la réputation du dénonciateur est mauvaise. Le terme sycophante est aujourd'hui synonyme « d'accusateur », de « délateur » ou encore de « trompeur »¹¹², et pourtant les pouvoirs publics incitent les citoyens (au nom de la loi ou de leur morale) à dénoncer les agissements qu'ils considèrent comme fautif. Pendant la Seconde Guerre mondiale, cette dénonciation a entraîné la déportation et l'exécution de milliers de juifs, dénonciation morbide. Aujourd'hui, avec la crise sanitaire, les pouvoirs publics reprennent cette idée de « bon citoyen » dès lors qu'il dénoncera son voisin qui n'a pas respecté les gestes barrières ou son employeur qui n'a pas respecté le télétravail. Et pourtant, notre société individualiste facilite la dénonciation et surtout la protection de celui qui dénonce, au nom de la liberté d'expression.

72. Les risques de l'utilisation de la liberté d'expression dans les procédures d'alerte. C'est là que le Professeur Teyssié alarme. Il ne faudrait pas, selon lui, rapprocher les procédures d'alerte à la liberté d'expression car cela ouvrirait la voie « aux pires dévoilements » et la victime de l'alerte pourrait alors voir sa réputation, notamment en raison de l'essor des réseaux sociaux et de leur viralité, détruite (alors même que les faits dénoncés pourraient ne pas être avérés).

Un autre auteur se range aux côtés du Professeur émérite¹¹³. Pour lui, les différents dispositifs issus des textes spéciaux et de la loi Sapin II ont incité à recourir à la dénonciation et ont « prétendu ériger le salarié en acteur de la réussite de l'entreprise ». Mais sous couvert de la liberté d'expression, l'entreprise place chacun sous le contrôle permanent de tous, l'individuel prime sur le collectif. Il y a une crainte du collectif qui est grandissante et les salariés, ou les employeurs, refusent de faire peser sur leurs épaules les erreurs des autres, et dans cette optique ils dénonceront tout ce qui leur paraît condamnable.

La liberté d'expression, devient alors pour cet auteur, un instrument de surveillance étroite mais qui ne permet pas à la victime de l'alerte de bénéficier des mêmes garanties que les systèmes

¹¹¹ B. Teyssié, *Alerte, dénonciation, délation, variations sur un risque*, JCP G, 3 mai 2021, 482.

¹¹² CRISCO, *dictionnaire des synonymes DES*, consulté sur <https://crisco2.unicaen.fr/des/synonymes/sycophante>, le 2 avril 2021.

¹¹³ P. Adam, *à propos de la liberté d'expression du salarié*, BJT janv. 2021, n°114s3, p.47.

de surveillance qui seraient mis en place par l'employeur (son information personnelle et la consultation de l'instance représentative du personnel se voyant éjectées).

L'employeur aura donc tout intérêt à pousser ses salariés à dénoncer, sous l'égide de leur liberté d'expression, tant que cela ne lui porte pas atteinte, auquel cas il risque plutôt de faire le cheminement inverse et de les contraindre à se taire.

73. Conclusion. L'équilibre entre liberté d'expression et les intérêts d'autrui est donc indispensable à trouver. De la liberté d'expression à la dénonciation il n'y a qu'un pas, il en est de même de la dénonciation à la délation. Même si la protection de la dénonciation sur le fondement de la liberté d'expression semble plus avantageuse pour l'auteur de l'alerte il en va différemment pour sa « victime ». En effet, la construction prétorienne très protectrice du lanceur d'alerte a été retoquée par la loi Sapin II qui a rangé le mécanisme d'alerte dans le cadre d'une procédure précise, permettant d'éviter les alertes à répétition et sans objet. Il semble regrettable que la liberté d'expression ne soit plus le fondement du lancement de l'alerte, cependant, face aux dérives qui risquaient de se produire peut-être vaut-il mieux s'en tenir à une application stricte de la loi Sapin II, bien que celle-ci n'englobe pas tous les agissements susceptibles d'alerte. L'essentiel étant qu'une harmonisation soit faite afin de garantir une sécurité juridique.

74. Transition. Si la liberté d'expression des salariés et de leurs représentants a connu un élargissement de sa sphère, il n'en va pas moins que celle-ci doit être contrôlée afin d'éviter les dérives qui se présenteraient à des salariés malhonnêtes.

Partie 2 : Le contrôle de la sphère d'expression

75. Plan. Bien qu'elle soit utilisée dans la sphère professionnelle, la liberté d'expression est également l'une des facettes de la vie privée du salarié. Ainsi, lorsque l'employeur souhaitera la contrôler, il devra le faire en respectant les mécanismes de protection de la vie privée ainsi que les règles probatoires (**chapitre 1**). Par ailleurs, même si la sphère d'expression a été élargie, elle n'en reste pas moins limitée (**chapitre 2**).

Chapitre 1 : la protection de la liberté d'expression face au mécanisme de la preuve

76. Propos introductifs. À l'époque du taylorisme, la personne du salarié était complètement détachée de sa force de travail. Le salarié s'efforçait de garder à distance sa vie privée de sorte qu'elle n'interfère pas avec l'exécution de son travail. La vie des salariés tournait d'ailleurs autour de leur travail, si bien que ce qui relevait de l'intimité n'avait aucune raison d'être diffusé au temps et lieu de travail. *A contrario*, la société de la fin du XX^e et du début du XXI^e siècle a brouillé les frontières entre ce qui relevait de la vie privée du salarié et ce qui relevait de sa vie professionnelle. Dès les années 1980¹¹⁴, le législateur s'est saisi de cette évolution (voire même l'a créée) et a considéré que le salarié ne devait pas perdre les garanties de sa qualité de citoyen dès qu'il était sur le lieu et au temps de travail. Pourquoi ce tournant a-t-il eu lieu à la fin du siècle dernier ? Au lendemain de l'élection du Président de la République François Mitterrand, la France était au cœur d'une politique progressiste et socialiste. De cette politique sont nés différents rapports, qui ont par la suite donné lieu à des textes législatifs. Parmi ces rapports, peut être cité celui de l'ancien Ministre du Travail, Jean Auroux (dont les lois portent le nom). Dans son rapport, M. Auroux a utilisé cette phrase, protectrice des libertés du travailleur : « citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur entreprise »¹¹⁵. De cette idée est née celle selon laquelle trouver un équilibre entre le respect des libertés individuelles et les prérogatives patronales était nécessaire. Ainsi, la séparation a laissé la place à la confusion¹¹⁶ et comme l'a affirmé le haut fonctionnaire Jean-Denis Combrexelle « la vie courante offre maints exemples de ces courts-circuits entre la vie professionnelle et la vie personnelle »¹¹⁷. Ces « courts-circuits » sont encore plus marquants à l'heure du développement d'Internet et de la dématérialisation des modes de communication. Ces nouveaux moyens d'expression vont mettre à l'épreuve la liberté d'expression¹¹⁸. Elle devra faire face non seulement à l'abus mais également au respect de la vie privée. Ainsi, ces deux libertés fondamentales sont liées. Que le salarié s'exprime dans le cadre de sa vie

¹¹⁴ Loi n°82-689 du 4 août 1982 relatives aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

¹¹⁵ J. Auroux, *les droits des travailleurs, rapport au Président de la République et au Premier Ministre*, La documentation française, Septembre 1981.

¹¹⁶ L. Casaux-Labrunée, *vie privée des salariés et vie de l'entreprise*, Dr. Soc. 2012, p331.

¹¹⁷ J.-D. Combrexelle, *vie professionnelle et vie personnelle*, Dr. Soc. 2010, 12.

¹¹⁸ G. Loiseau, *la liberté d'expression du salarié*, RDT, n°6, 2014, p396.

professionnelle ou dans le cadre de sa vie privée, il arrivera toujours un moment où l'employeur pourra user de son pouvoir patronal pour s'opposer à une telle expression. Hier, la tendance était à la protection à tout prix de la vie privée du salarié ; aujourd'hui, la tendance semble être à l'équilibre ; demain, sera-t-elle à la protection de la vie de l'entreprise ? Car la vie de l'entreprise ne devrait-elle pas, elle aussi, être protégée contre les ingérences excessives de la vie privée du salarié dans les rapports de travail ?¹¹⁹

77. Plan. Bien que ne soit pas remis en cause le principe de la protection de la vie privée du salarié sur le lieu de travail (section 1), un assouplissement des règles probatoires tend à organiser une mise en balance des intérêts du salarié et de l'employeur (section 2).

Section 1 : à la recherche d'un équilibre entre les intérêts du salarié et de l'employeur

78. Plan. Le droit au respect de la vie privée permet au salarié de s'exprimer et de communiquer librement dans sa sphère privée (I). L'employeur pourra cependant sanctionner les propos qui portent atteinte à sa réputation, ce qui constituera une limite à la vie privée du salarié (II).

I. Liberté d'expression et de communication dans la sphère privée

79. Plan. Pour protéger efficacement les libertés individuelles du salarié, dont fait partie la liberté d'expression, la doctrine et les juges ont tenté de définir les notions de vie privée (1) et vie personnelle (2) en corrélation avec celle de vie professionnelle.

(1) La protection de la vie privée au travail

80. La notion de vie privée. Dans les contentieux relatifs aux rapports de travail, la vie privée se définit négativement par ce qui n'est pas professionnel, ou positivement par ce qui est extra-professionnel. En ce sens, ce qui relève de la vie privée n'a pas de lien avec les rapports de travail. Le comportement du salarié en dehors de la sphère professionnelle doit donc être protégé du regard de l'employeur. Le salarié jouit dans et hors de l'entreprise du droit au respect

¹¹⁹ L. Casaux-Labrunée, *vie privée des salariés et vie de l'entreprise*, op. cit.

de sa vie privée. Classée au rang des libertés fondamentales, le droit au respect de la vie privée est protégé au niveau national par l'article 9 du Code civil qui dispose que « chacun a droit au respect de sa vie privée ». Au niveau supranational, c'est l'article 8 de la Conv. EDH qui protège la vie privée. Cet article précise que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Bien que la Cour de cassation ait expressément affirmé dans un arrêt¹²⁰ que le salarié avait le droit au respect de sa vie privée même aux temps et lieu de travail, la protection par la Conv. EDH du respect de la correspondance semble la plus adéquate à traiter dans cette étude. En effet, dans l'exercice de sa liberté d'expression, le salarié, ou plus largement le citoyen, sera amené à échanger avec autrui. C'est pourquoi la définition de la Conv. EDH, aussi large qu'elle soit, permet une véritable protection de la vie privée du salarié et de sa liberté d'expression.

81. La définition de la vie privée. Aucun texte ne définit expressément ce qu'est la vie privée. La Convention Européenne des droits de l'homme donne des indices en utilisant dans son article 8 les termes « domicile » et « correspondances », mais c'est à la Cour européenne des droits de l'homme que revient le prix de la définition la plus large. Dans un arrêt impliquant l'Allemagne, la CEDH a précisé que la vie privée n'était pas seulement ce qui se rapporte au nom, à l'identité, à l'intégrité physique d'une personne, mais également ce qui « tend à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec des tiers »¹²¹. Ainsi, même si des propos tenus sur les réseaux sociaux relèvent d'un contexte public, le droit à l'interaction d'un individu avec ses semblables lui offre une protection au titre de sa vie privée¹²². La CEDH a donc une acception large de la notion de vie privée, celle-ci ne pouvant se limiter au cercle intime mais impliquant « la possibilité de nouer des relations et de communiquer avec autrui afin de développer son identité sociale »¹²³. Cette décision a nécessairement eu un impact sur la liberté d'expression du salarié, car les messages qu'il peut échanger sur les réseaux sociaux seront protégés sur le fondement de l'article 8 de la Conv. EDH. Cependant, les décisions des juges nationaux en la matière semblent plus restrictives que celles des juges européens.

¹²⁰ Cass. Soc. 2 oct 2001, n° 99-42.942, Nikon.

¹²¹ A. Beriat, *avis de l'avocate générale sur l'arrêt du 30 septembre 2020*, JCP S oct. 2020, 3042.

¹²² CEDH, 7 févr. 2012, n° 40660/08 et n° 60641/08, Von Hannover c/ Allemagne (n° 2), § 95.

¹²³ B Dabosville, *communication personnelle en entreprise et surveillance patronale, new deal ou statu quo ?*, Dr. Soc. 2018, 455.

Dans une série d'arrêts concernant le réseau social *Facebook*, nombreuses ont été les questions relatives au paramétrage du compte par l'utilisateur. Ainsi, les juges nationaux semblaient considérer que les propos exprimés par un utilisateur qui avait donné l'accès à un nombre important d'autres utilisateurs, ne relevaient pas de la vie privée¹²⁴. Mais l'arrêt du 30 septembre 2020 (qui sera cité plusieurs fois encore dans cette étude tant il apporte des éléments dans différentes matières) peut être perçu comme une lueur d'espoir s'agissant de la conformité de la jurisprudence française à la jurisprudence extensive de la CEDH. En effet, dans cet arrêt les juges de cassation ne font pas allusion au nombre d'amis (alors que la salariée en avait plus de 200) mais uniquement au paramétrage, et donc à l'intention de l'utilisateur de faire du compte un espace privé ou public.

82. De la vie privée à la vie personnelle. Le salarié, lorsqu'il entre dans l'entreprise, ne renonce pas à ses droits fondamentaux. Ainsi, de la même manière que pour sa liberté d'expression, le salarié bénéficie du droit au respect de sa vie privée même au sein de l'entreprise. Sa sphère « d'intimité », pour reprendre l'expression des juges, subsiste au moins partiellement. Finalement, les juges nationaux ainsi que la doctrine ne sont peut-être pas en totale contrariété avec la CEDH. L'émergence de la notion de vie personnelle au début des années 2000 a permis d'englober tout un tas de questions qui étaient à la frontière entre vie privée et vie professionnelle.

(2) La vie personnelle au croisement de la vie privée et professionnelle

83. Notion de vie personnelle. Afin d'optimiser la protection des droits fondamentaux, les juges et les membres de la doctrine ont intégré la notion de vie personnelle dans les rapports entre salarié et employeur. Cette notion de vie personnelle a fait sa première apparition sous l'expression de « vie extra-professionnelle », puis a été consacrée avec les termes actuels dans un arrêt de 1997¹²⁵. Cette notion de vie personnelle est plus large que la notion de vie privée, elle englobe cette dernière mais également la vie publique de l'intéressé. De la vie publique peuvent ressortir plusieurs éléments, notamment l'adhésion à un parti politique. Cette vie personnelle du salarié peut s'exercer soit pendant le temps de travail - mais ses propos ou ses actes ne relèveront pas de sa vie professionnelle - soit hors du temps de travail ce qui lui offrira

¹²⁴ Pour une lecture a contrario de l'arrêt Cass. Soc., 12 sept. 2018, n°16-11.690.

¹²⁵ Cass. Soc. 16 déc. 1997, n°95-41.326.

un espace de liberté à la fois très large et très protégé¹²⁶. Ainsi, cette notion de vie personnelle repose sur le principe selon lequel « ce n'est pas la personne qui est l'objet du contrat mais son activité »¹²⁷. Cette affirmation peut soulever des questions notamment au regard du mécanisme classique de droit des contrats selon lequel le contrat de travail s'apparente à un contrat conclu *intuitu personae* qui est donc conclu spécifiquement en considération de la personne du salarié. Cependant, cette considération de la personne ne saurait se faire au regard des éléments de sa vie personnelle, la personne du salarié doit donc être considérée comme quelqu'un qui a les compétences nécessaires et requises pour exercer l'activité demandée. Ainsi, la notion de vie personnelle ne pouvant être ni réduite à la notion de vie privée ni considérée comme étant une liberté publique, elle permet la conception d'un « entre-deux » qui doit être « hors d'emprise des prérogatives patronales »¹²⁸. Mais la frontière n'est pas si nette.

84. Un brouillage des frontières. Le problème est qu'avec l'apparition de cette nouvelle notion un brouillage des frontières a émergé. Et même si auparavant le salarié était moins protégé dans le cadre de ses relations de travail, les décisions de la Cour de cassation avaient au moins le mérite d'être plus claires et elles assuraient une certaine sécurité juridique. Désormais, la notion de vie personnelle vient s'interposer entre la vie privée et la vie professionnelle. Au lieu d'avoir une frontière incertaine il y en a désormais deux.

Ce brouillage des frontières tend à s'accroître encore plus avec l'apparition des nouveaux modes de communication. La question de l'exercice des libertés du salarié dans l'entreprise se pose notamment au regard de la connexion quasi-permanente des salariés aux nouvelles technologies. Le salarié pourra ainsi *surfer* sur internet, poster du contenu sur les réseaux sociaux dans un contexte purement personnel alors qu'il est au temps et au lieu de travail. Mais il pourra également répondre aux mails de son employeur ou faire des recherches sur le *web* pour un dossier professionnel pendant ses jours de repos et de congé. Ainsi, hors du risque de trouble de la séparation entre la vie professionnelle et la vie personnelle, il est important de mettre en garde le salarié et l'employeur sur le respect du droit à la déconnexion, encore plus primordial pendant ces temps accrus de télétravail. Une auteure a bien appréhendé ce risque dans l'affirmation suivante « cette évolution est favorable, en apparence, à la liberté. Mais on peut craindre que cette évolution ait pour effet d'affecter l'espace d'autonomie du salarié, qui ne

¹²⁶ Ph. Waquet, *vie personnelle du salarié*, Mél. J.-M. Verdier, Dalloz 2001, p513.

¹²⁷ B. Bossu, *vie privée du salarié. L'ascension du droit au respect de la vie personnelle*, JCP S 2015, 1241.

¹²⁸ A. Lyon-Caen, *libertés et contrôle dans l'entreprise, 20 ans après*, RDT 2014, 386.

peut plus se prévaloir d'une cloison étanche séparant le temps consacré au travail dans les locaux d'une entreprise et ce qui se passe « hors les murs » de celle-ci, sans contrôle de l'employeur »¹²⁹.

85. Conclusion - l'existence d'une zone « mixte ». Ainsi, entre les deux sphères il existe ce qui pourrait être appelée une zone « mixte ». Bien que certains faits ou agissements relèvent incontestablement de la vie personnelle du salarié, il se peut qu'ils aient un retentissement négatif sur l'entreprise¹³⁰. Cependant, le principe est le suivant : l'interdiction de licencier le salarié pour un agissement relevant de sa vie personnelle.

II. Les limites à la protection des libertés individuelles

86. Principe. Par principe le salarié est libre de ses faits et gestes en dehors du temps et du lieu de travail. Il est libre de s'exprimer ou d'agir comme il le souhaite étant donné qu'il n'est pas soumis au lien de subordination juridique qui le lie à son employeur lorsqu'il n'est ni au temps ni au lieu de travail. L'employeur ne peut donc, par principe, tirer de conséquences des agissements du salarié survenus dans le cadre de ses sphères personnelle et privée. Aucune décision ou sanction ne pourra être fondée sur un tel comportement du salarié. En effet, si le salarié se « soumet » au lien de subordination juridique quand il exécute sa prestation de travail, il ne perd pas pour autant sa qualité d'individu qu'il retrouve pleinement lorsqu'il ne travaille pas. La Cour de cassation a posé une règle protectrice de la vie personnelle du salarié dans un arrêt célèbre, l'arrêt Painsecq, dans lequel elle affirme qu'en principe il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié dont la cause objective est fondée sur le comportement de ce dernier¹³¹. Elle réitérera sa position de manière récurrente dans les années suivant cette décision¹³². Cependant, ce principe est assorti de limites. L'attendu exact de l'arrêt Painsecq est le suivant : « il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise ».

¹²⁹ A. Lacabarats, *à propos de quelques libertés en entreprise, propos conclusifs*, RDT 2014, 409.

¹³⁰ C. Radé, *l'entreprise et la vie privée du salarié*, Dr. Soc. 2021, 4.

¹³¹ Cass. Soc. 17 avril 1991, n°90-42.636.

¹³² Cass. Soc. 20 nov. 1991, n°89-44.605 ; Cass. Soc. 22 janv. 1992, n°90-42.517, *Roissard*.

87. Plan. De cet arrêt ressort ainsi la première limite à la protection (non absolue) de la vie privée du salarié, le trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise (1). Il y a une seconde limite, qui pourra constituer un licenciement de nature disciplinaire, s'il y a une faute professionnelle dans l'exécution d'un agissement dans le cadre de la vie privée (2).

(1) L'exercice d'une liberté individuelle constituant un trouble objectif

88. Le trouble objectif. Le licenciement fondé sur le trouble objectif apporté au bon fonctionnement de l'entreprise n'est pas un licenciement disciplinaire mais un licenciement pour cause réelle et sérieuse. En effet, le salarié n'a pas commis de faute professionnelle. Seulement, ses agissements peuvent avoir un retentissement négatif sur l'entreprise. Ils peuvent notamment porter atteinte à sa réputation, ce qui est souvent le cas aujourd'hui dans notre société d'information. Ainsi, même si le pouvoir de contrôle de l'employeur ne pourra s'exercer que dans le cadre de l'exécution du contrat de travail, son pouvoir de direction peut s'appliquer dans le cadre de la sphère personnelle dès que le comportement du salarié a une incidence sur la relation de travail¹³³. Mais la notion de trouble objectif peut-elle être réellement définie ? Elle peut être définie comme une perturbation matériellement vérifiable qui a causé ou qui va causer un préjudice (certain) à l'employeur. Cependant, la difficulté réside dans ce qui trouble réellement ou non l'entreprise, les juges se livreront alors à une appréciation casuistique et in concreto des affaires qui leur sont présentées. Ils tenteront ensuite de trouver le bon équilibre entre le droit au respect de la vie privée du salarié et les libertés économiques de l'employeur.

89. Illustration jurisprudentielle. En matière de liberté d'expression, il existe un arrêt phare. Même si cet arrêt n'innove pas¹³⁴ vraiment en matière de trouble objectif causé au fonctionnement de l'entreprise, il a le mérite de mêler les questions de liberté d'expression, de loyauté d'un cadre d'entreprise et de vie personnelle. En 2004, le salarié d'une radio à portée internationale est licencié pour faute grave à la suite de la parution de son livre « le mur de Sharon » dans lequel il se livre à une critique politique de l'Etat d'Israël. L'employeur l'a

¹³³ Cass. Soc. 30 nov. 2005, n°04-41.206.

¹³⁴ Cass. Soc. 16 déc. 1997, n°95-41.326 « un fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne peut constituer une faute [disciplinaire] » ; Cass. Ch. Mixte, 18 mai 2007, n°05-40.803 « un trouble caractérisé dans l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est parvenu ».

licencié en raison de l'atteinte que la publication de ce livre a causé à la radio. Ce qui est intéressant dans le trouble objectif ce n'est pas l'agissement en lui-même du salarié mais les conséquences que vont engendrer cet agissement. Cependant, la notion de trouble objectif reste très floue¹³⁵, et l'arrêt le montre bien en l'espèce : bien que la Cour de cassation ait retenu le trouble caractérisé, les juges du fond n'avaient pas tiré les mêmes conclusions de l'agissement du salarié et avaient condamné l'employeur à verser au salarié les indemnités relatives au licenciement sans cause réelle et sérieuse. Plus récemment, dans un arrêt du Conseil de Prud'hommes de Bordeaux, des salariés d'une entreprise automobile ont été licenciés après avoir participé à une manifestation se déroulant pendant un salon (ayant notamment pour objet la promotion de leur entreprise). Ils ont été licenciés car leurs agissements ont causé une atteinte manifeste à l'image de la société à laquelle ils appartenaient¹³⁶. Cependant, cet arrêt – parmi tant d'autres – porte à confusion sur l'appréciation qu'ont les juges du fond de la notion de trouble objectif. En effet, les juges du fond ont réaffirmé que les salariés jouissent tant dans l'entreprise qu'en dehors de celle-ci de leur liberté d'expression individuelle. Cependant, ils précisent également que cette liberté doit être limitée par le fait qu'elle ne saurait porter une atteinte manifeste à l'image de la société. Enfin, ils affirment que cette atteinte à l'image de la société et le trouble qui en a résulté constitue un abus de la liberté d'expression qui peut être sanctionné sur le terrain disciplinaire.

90. Du simple trouble à la faute. La frontière entre faute disciplinaire et trouble objectif est très fine, et il est parfois impossible de savoir si les agissements se sont déroulés dans le cadre de la vie personnelle ou de la vie professionnelle du salarié. Comme l'affirme le professeur Loiseau, le paradoxe est « qu'un fait de la vie personnelle ne peut justifier un licenciement disciplinaire lorsqu'il occasionne un trouble dans l'entreprise, mais le même fait tiré de la vie personnelle peut justifier un licenciement disciplinaire lorsqu'il concrétise un manquement du salarié à l'une quelconque de ses obligations découlant du contrat. »¹³⁷. La conjonction entre vie personnelle et vie professionnelle est donc existante, mais l'application du pouvoir de direction dans le cadre de la vie personnelle peut-elle être tout de même admise ?¹³⁸

¹³⁵ Ph. Waquet, *le trouble caractérisé dans l'entreprise, une notion à définir*, RDT 2006, p304.

¹³⁶ CPH Bordeaux, 3 fév. 2016, n°12/02/023.

¹³⁷ G. Loiseau, *vie personnelle et licenciement disciplinaire*, D. 2011, p. 1568.

¹³⁸ I. Beyneix, J. Rovinski, *liberté d'expression - l'emprise de la vie professionnelle sur la vie personnelle*, JCP S sept. 2016, 1312.

(2) L'exercice d'une liberté individuelle constituant une faute disciplinaire

91. Fait de la vie personnelle justifiant une sanction disciplinaire. Même si par principe tout fait de la vie personnelle d'un salarié ne peut être sanctionné par l'employeur au titre de son pouvoir de direction, il arrive parfois que la vie professionnelle prenne le dessus et qu'elle englobe l'agissement survenu dans la vie personnelle. L'existence d'une faute professionnelle, pour un agissement survenu dans la vie personnelle, peut être caractérisée dans deux hypothèses. La première hypothèse, celle qui sera étudiée ici, est celle dans laquelle les faits de la vie personnelle se rattachent en réalité à la vie professionnelle. La seconde hypothèse, qui sera étudiée un peu plus loin¹³⁹, est celle dans laquelle le comportement du salarié dans sa vie personnelle constitue un manquement à une des obligations découlant de son contrat de travail (le plus souvent sera invoquée la loyauté).

92. Le rattachement à la vie professionnelle. Les juges font une appréciation au cas par cas des agissements de la vie personnelle du salarié qui sont ou non rattachables à la vie professionnelle. Pour ne prendre ici que des exemples reflétant l'exercice de la liberté d'expression, il faut d'abord citer un arrêt de 2014. Dans cet arrêt de la chambre sociale était en cause un salarié qui avait, lors d'un voyage organisé par son employeur, proféré des menaces, insultes et comportements agressifs à l'égard d'autres salariés. Le salarié, licencié pour faute grave, avait contesté son licenciement en soutenant que les faits qui lui étaient reprochés relevaient de sa vie personnelle, et ne pouvaient donc, par principe, faire l'objet d'une mesure disciplinaire. Les juges du fond avaient approuvé ce raisonnement mais la Cour de cassation l'a censuré au motif que « les faits de menaces, insultes et comportements agressifs commis à l'occasion d'un séjour organisé par l'employeur dans le but de récompenser les salariés lauréats d'un "challenge" national interne à l'entreprise et à l'égard des collègues ou supérieurs hiérarchiques du salarié, se rattachaient à la vie de l'entreprise »¹⁴⁰. Cette solution soulève quand même quelques interrogations. Il est incontestable que le salarié ait usé de sa liberté d'expression (certes un peu excessive) en dehors du temps et du lieu de travail et que de ce fait l'exercice de cette liberté individuelle ne relevait pas de sa vie professionnelle. Néanmoins, ces mêmes agissements ont été commis lors d'un voyage organisé par l'employeur, auquel assistaient uniquement les salariés de l'entreprise. De ces éléments de faits peut être déduit un

¹³⁹ Voir *infra*, Partie 2, chapitre 2, section 1, II, (1).

¹⁴⁰ Cass. Soc. 8 oct. 2014, n°13-16.793.

prolongement de la vie professionnelle. Il y a donc ici une zone « grise » ou une zone « d'entre deux » qui est caractérisée par le rattachement qui est fait entre les éléments de la vie personnelle et de la vie professionnelle¹⁴¹.

Si l'employeur peut sanctionner son salarié pour des faits relevant normalement de sa sphère personnelle, c'est évidemment qu'il en a eu connaissance par un moyen ou un autre. Ainsi, constituant une contrepartie à l'immunité de la vie personnelle du salarié, l'employeur dispose d'un droit de regard.

(3) Le droit de regard de l'employeur

93. « Coup d'œil » sur l'activité des salariés. En raison de l'application du lien de subordination juridique ainsi que du flou qui entoure les notions de vie personnelle et de vie professionnelle, l'employeur est en droit de contrôler l'activité des salariés lorsqu'ils sont aux temps et lieu de travail. Cette surveillance est également possible lorsque le salarié n'est pas au lieu ou au temps de travail mais les conditions seront plus strictes. Ainsi, lorsque le salarié utilise les outils informatiques professionnels ou personnels mis à sa disposition pour échanger avec des collègues ou des proches, l'employeur a un droit de regard (limité) sur ce contenu. Du fait de l'apparition des nouvelles technologies et de leur introduction sur le lieu de travail, la surveillance du salarié par l'employeur a évolué de manière drastique¹⁴². Le contentieux concerne l'usage par le salarié de l'ordinateur professionnel, les fichiers stockés sur le bureau de l'ordinateur professionnel ou sur une clé USB, ou encore les courriels et fichiers envoyés via la messagerie électronique. Il ne sera fait état ici uniquement du contentieux sur les messageries électroniques et les contenus publiés sur les réseaux sociaux étant donné qu'ils sont à la frontière entre le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression du salarié.

94. Échanges personnels ou professionnels ?. Il est de jurisprudence constante que tous les fichiers ou courriels créés ou envoyés par le salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur, sont présumés avoir un caractère professionnel¹⁴³. Ainsi, l'employeur peut y avoir accès librement hors de toute présence du salarié. Cependant, le salarié

¹⁴¹ J. Mouly, *il y a vacances ... et vacances : le rattachement à la vie professionnelle d'un séjour d'agrément organisé par l'entreprise*, Dr. Soc. 2014, p. 1064.

¹⁴² J. Mouly, J. Savatier, *droit disciplinaire – fautes disciplinaires*, n°105, Rép. Trav., févr. 2019

¹⁴³ Cass. Soc. 18 oct. 2006, n° 04-48.025.

peut renverser cette présomption lorsqu'il identifie comme étant personnels les fichiers ou courriers litigieux. Une série d'arrêts a procédé à l'établissement au cas par cas de ce que recouvrait la notion « d'identification comme personnel » des documents en cause¹⁴⁴. Dès lors que les documents sont considérés comme ayant un caractère personnel, l'employeur n'aura pas le même droit de regard sur ces derniers. En effet, la vie privée du salarié est protégée même lorsqu'il utilise le matériel informatique de l'entreprise. Protégée, oui mais pas absolue. L'employeur doit seulement respecter une procédure plus contraignante que lorsque les fichiers sont professionnels. La protection de la vie privée du salarié va en s'amenuisant. Auparavant, la Cour de cassation refusait catégoriquement que l'employeur accède aux fichiers personnels du salarié¹⁴⁵. Désormais l'employeur peut accéder à ce contenu si le salarié est présent lors de son ouverture ou s'il a été dûment appelé, il peut également y accéder sans avoir appelé le salarié si cette consultation est justifiée par « un risque ou un évènement particulier »¹⁴⁶.

Cependant, il faut préciser que même si l'employeur peut accéder aux fichiers ou aux courriels et qu'il l'a fait de manière licite, il ne pourra pas forcément s'en prévaloir contre le salarié.

Section 2 : à la recherche d'un équilibre entre droit à la preuve et libertés individuelles

95. Plan. Si l'employeur souhaite accéder aux documents personnels du salarié, c'est rarement sans arrière-pensées. Pour contrôler ou sanctionner le salarié, l'employeur trouvera le moyen d'obtenir les éléments qui iront à l'encontre du salarié. Cependant, la recherche de ces éléments, et encore plus leur production, portera atteinte aux libertés individuelles du salarié, notamment sa liberté d'expression englobée par son droit au respect de la vie privée. La production d'éléments probatoires ayant pour objet de justifier la sanction du salarié a donné lieu à beaucoup de contentieux. Dès lors, l'encadrement des principes probatoires est nécessaire pour que l'atteinte aux libertés individuelles du salarié ne soit pas excessive (I), car il se peut qu'elle soit tout de même admise (II).

¹⁴⁴ Cass. Soc. 10 mai 2012, n° 11-13.884 ; Cass. Soc. 21 oct. 2009, n° 07-43.877 ; Cass. Soc. 8 déc. 2009, n° 08-44.840

¹⁴⁵ Cass. Soc. 2 oct. 2001, n° 99-42.942, Nikon.

¹⁴⁶ Cass. Soc. 17 juin 2009, n°08-40.274

I. La protection des libertés individuelles garanties par le droit de la preuve

96. Plan. La preuve est définie comme étant un « fait, un témoignage, un raisonnement susceptible d'établir de manière irréfutable la vérité ou la réalité de quelque chose ». Dans cette étude, il s'agira d'appliquer les règles probatoires aux rapports de travail et plus spécifiquement à la confrontation des intérêts entre l'employeur et le salarié. Ainsi, il convient de rappeler brièvement les principes applicables en matière de preuve (1) pour se concentrer ensuite sur l'obligation de loyauté de la preuve (2).

(1) Les règles probatoires classiques

97. Liberté de la preuve. En matière prud'homale, la preuve est libre¹⁴⁷. De ce principe découle le fait que les parties puissent apporter les éléments de preuve qu'elles souhaitent à l'instance. Depuis l'instauration des nouveaux moyens de communication, il est possible d'apporter un élément de preuve issu d'un courriel ou d'un SMS¹⁴⁸. Cependant, il peut arriver que la validité d'une clause ou d'un contrat nécessite la production d'un élément probant écrit (c'est le cas notamment des clauses de non-concurrence ou du contrat à durée déterminée).

98. Charge de la preuve. Dans le cas où le litige concerne une mesure disciplinaire prise par l'employeur à l'encontre du salarié, les juges apprécieront la régularité de la procédure suivie et vérifieront que les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction. Ainsi, même si en grande majorité il est fait application de l'article 1353 du Code civil en matière de charge de la preuve¹⁴⁹, le législateur a prévu un aménagement de la preuve pour certains litiges. En matière de licenciement pour cause réelle et sérieuse, la charge de la preuve ne pèse pas plus sur l'employeur¹⁵⁰. En revanche il en va autrement en cas de licenciement pour faute grave. Dans ce cas, il lui reviendra d'établir une telle faute¹⁵¹. De plus, en matière de faute disciplinaire, la règle probatoire est favorable au salarié car l'article L.1333-1 du C. Travail dispose dans son dernier alinéa que « si un doute subsiste, il profite au salarié ». Au regard de

¹⁴⁷ Cass. Soc. 27 mars 2001, n°98-44.666.

¹⁴⁸ Cass. Soc. 22 mars 2011, n° 09-43.307.

¹⁴⁹ Art. 1315 C. Civil : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

¹⁵⁰ Cass. Soc. 17 mars 1993 n°91-42.882.

¹⁵¹ Cass. Soc. 5 mars 1981, n°78-41.806.

ces éléments, les juges formeront alors leur conviction. Néanmoins, il faut rester vigilant car le juge ne pourra en aucun cas fonder sa décision sur des témoignages anonymes¹⁵², ni sur des preuves obtenues de manière frauduleuse ou déloyale.

(2) Obligation de loyauté de la preuve

99. Définition de la loyauté. Si la loyauté n'est pas définie par les textes légaux, il n'en reste pas moins qu'il puisse lui être donné une définition. Elle peut être définie de plusieurs manières et en matière probatoire il peut s'agir de la « connaissance des modes de preuve par la personne à qui on entend l'opposer »¹⁵³. Quand bien même un abus de la langue française donnerait envie d'appliquer « la fin justifie les moyens » au mécanisme probatoire, la personne sur qui repose la charge de la preuve risque d'être déçue. En effet, en matière de preuve, la recherche de la vérité ne justifie pas tous les moyens, la justice ne se fait pas uniquement par le biais de cette recherche. Partant de ce constat, la jurisprudence a été développée dans un sens visant à obliger celui qui apporte une preuve de le faire de manière loyale.

100. Appréciation du caractère loyal. Le caractère loyal ou non de la preuve s'apprécie différemment selon que ce soit le salarié ou l'employeur qui apporte la preuve. Les juges sont plus tolérants avec les salariés. Ainsi, un salarié peut produire en justice des documents qu'il a soustrait à l'employeur (évidemment sans son autorisation) s'il apparaît que ceux-ci étaient « strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense »¹⁵⁴. Pour l'employeur la tolérance est toute autre. Lorsque la loyauté de la preuve se situe du côté de l'employeur, alors elle pourra être synonyme de transparence. L'employeur doit toujours être transparent vis-à-vis du salarié lorsqu'il recherche un élément prouvant le comportement condamnable de ce dernier. Ainsi, si l'employeur entend apporter au procès des éléments prouvant la faute du salarié, il faudra qu'il y ait accédé de manière loyale. Même si aucun texte ne fonde cette loyauté, la Cour de cassation a développé une jurisprudence en se fondant sur les articles 9 du Code de procédure civile¹⁵⁵ et 6 de la Conv. EDH¹⁵⁶. De cette obligation de loyauté de la preuve ressort

¹⁵² Cass. Soc. 4 juillet 2018, n°17-18.241.

¹⁵³ C. Golhen, *Facebook : droit au respect de la vie privée vs droit de la preuve*, D. 2020, 2383.

¹⁵⁴ Cass. Soc. 31 mars 2015, n°13-24.410.

¹⁵⁵ Art. 9 CPC : « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

¹⁵⁶ Art 6 Conv. EDH garantissant le droit à un procès équitable.

principalement l'idée que l'employeur ne saurait utiliser des stratagèmes pour arriver à ses fins, c'est-à-dire pour trouver un élément probant. Ainsi, depuis un arrêt de 2008, la Cour de cassation déclare irrecevable une preuve obtenue grâce à un stratagème. En l'espèce, l'huissier qui avait été utilisé par l'employeur ne s'était pas borné à faire de simples constats matériels mais avait bien tenté de tromper la salariée en organisant un montage¹⁵⁷. La Cour de cassation a donc par la suite maintenu cette position protectrice du salarié, au détriment de l'employeur qui devait parfois rapporter une preuve impossible.

101. Loyauté de la preuve et réseaux sociaux. Avec l'apparition et le développement des réseaux sociaux, la question de la preuve s'est encore plus compliquée. Les salariés vont avoir tendance à ne plus faire de distinction entre ce qui relève de leur vie privée et ce qui relève de leur vie professionnelle. Ainsi, l'employeur peut craindre que le salarié s'exprime sur des pans de sa vie professionnelle par le biais des réseaux sociaux. Sa liberté d'expression qui ne saurait être bridée, sauf abus, va pouvoir impacter l'employeur qui tentera de trouver l'élément probant justifiant la faute du salarié qui se permet un peu trop d'écarts de langage. Cependant, la Cour de cassation est restée protectrice des salariés et dans une affaire où l'employeur avait eu recours à un huissier pour constater le contenu du compte *Facebook* privé d'un salarié dont l'employeur avait eu connaissance grâce au téléphone portable d'un autre salarié, elle a retenu l'atteinte déloyale à la vie privée du salarié¹⁵⁸. Cet arrêt de 2017 avait suscité beaucoup d'interrogations. Il était en effet contestable que la Cour retienne l'utilisation d'un mode de preuve déloyal car il est de jurisprudence constante que l'employeur ait le droit d'avoir accès aux outils professionnels mis à la disposition des salariés et de prendre connaissance des informations y figurant¹⁵⁹. Cependant, rien ne semblait indiquer dans l'arrêt que l'employeur ne pourrait jamais se prévaloir du contenu du compte privé d'un salarié sur un réseau social pour apporter la preuve d'un comportement fautif de sa part¹⁶⁰. La Cour de cassation l'a admis sans tarder. Dans un arrêt très commenté du 30 septembre dernier, une salariée faisait valoir que l'employeur ne pouvait pas accéder aux informations contenues dans son compte privé sans son accord. Mais la Cour de cassation, après avoir rappelé que l'employeur ne pouvait avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve, a confirmé l'arrêt d'appel qui avait admis

¹⁵⁷ Cass. Soc. 18 mars 2008, n°06-40.852.

¹⁵⁸ Cass. Soc. 20 déc. 2017, n°16-19.609.

¹⁵⁹ Cass. Soc. 9 déc. 2020, n°18-20.489.

¹⁶⁰ A. Beriat, *Avis de l'avocate générale sur l'arrêt du 30 septembre 2020*, JCP S oct. 2020, 3042.

que l'employeur utilise comme preuve une information issue du compte *Facebook* privé de la salariée qui lui avait été communiquée spontanément par une de ses collègues¹⁶¹. Ainsi, pour la première fois la chambre sociale se prononce favorablement sur l'utilisation par l'employeur du contenu publié par un salarié sur un compte *Facebook* privé¹⁶². La Cour a ici retenu un élément matériel et objectif pour déclarer recevable la preuve d'un abus de l'expression de la salariée dans sa sphère privée. Elle a pris en compte le moyen utilisé pour recueillir les éléments de preuve qui ont justifié le comportement fautif de la salariée. Dans l'espèce de 2017, le moyen utilisé traduisait une manœuvre mal intentionnée de la part de l'employeur alors que dans l'espèce de 2020 l'employeur n'avait rien recherché ; c'est seulement un tiers qui a apporté l'élément de preuve à sa connaissance.

Ainsi, à travers cette jurisprudence, la Cour de cassation a concilié l'exercice du droit à la preuve de l'employeur et le respect de la vie privée du salarié qui s'exprime sur un réseau social privé. Cependant, l'employeur devra rester vigilant car ce n'est pas parce que la preuve a été apportée de manière loyale qu'il ne porte pas atteinte à la vie privée du salarié.

II. Atteinte à la liberté d'expression dans le cadre de la vie privée

102. La loyauté n'efface pas l'atteinte. Une fois que les juges ont retenu le caractère loyal du procédé d'obtention de la preuve, reste la question de la production en justice de celle-ci. Ne serait-elle pas attentatoire à la vie privée du salarié ?¹⁶³ Sans revenir sur la question du caractère privé ou public du compte *Facebook* de la salariée, il faut s'attarder sur le contrôle de proportionnalité qui a été mené par les juges.

103. Le contrôle de proportionnalité. La Cour de cassation opère elle-même ici ce contrôle de proportionnalité car elle souhaite rester maîtresse des droits fondamentaux en cause, elle ne remet donc pas à la charge des juges du fond le soin de le faire¹⁶⁴. Elle avait d'ailleurs déjà affirmé que « le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle du salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit

¹⁶¹ Cass. Soc. 30 sept. 2020, n°19-12.058.

¹⁶² La cour d'appel de Rouen s'était déjà prononcée en ce sens : CA Rouen, 26 avril 2016, n°14/03517.

¹⁶³ Note explicative relative à l'arrêt du 30 septembre 2020, op.cit.

¹⁶⁴ C. Gohlen, *Facebook : droit au respect de la vie privée vs droit de la preuve*, op.cit.

et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi »¹⁶⁵. Les juges sont invités à mettre en balance les intérêts de l'employeur, protégés par le secret, et les intérêts du salarié. Dès que l'atteinte au secret paraît plus importante que celle causée à la vie privée, alors il semblerait que l'employeur puisse porter atteinte à la vie personnelle du salarié. En l'occurrence, les deux droits fondamentaux qui étaient mis en cause avaient la même valeur normative, c'est-à-dire qu'ils étaient élevés au rang de droits fondamentaux. Dans ce cas, le conflit de droits en présence commandera d'apprécier, « *in concreto*, si l'atteinte au respect de la vie privée peut être justifiée par la nécessité de faire triompher une prétention légitime »¹⁶⁶.

En l'espèce, la chambre sociale juge que la Cour d'appel a ainsi « fait ressortir que cette production d'éléments portant atteinte à la vie privée de la salariée était indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi, soit la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires »¹⁶⁷. Ce qui est recherché par les juges est de savoir quel intérêt va être le plus impacté. Dès lors, le caractère indispensable de la production de ces éléments laissait paraître que c'est le droit au secret de l'employeur qui aurait été le plus impacté. Ce qui se comprend au regard de l'information concurrentielle qui avait été diffusée par la salariée.

104. Conclusion - effet(s) sur la liberté d'expression. Cette évolution du droit *de* la preuve, ou plutôt du droit *à* la preuve, montre une réelle résurgence du pouvoir de direction de l'employeur dans la sphère privée. Bien que son pouvoir de contrôle ne se cantonne qu'au cadre de l'exécution du contrat de travail, son pouvoir de direction est étendu au-delà. Il semble donc à travers ces arrêts que l'employeur puisse faire valoir son pouvoir même au-delà des frontières du contrat dès lors que son intérêt est mis en jeu. Provoquant le passage d'une société protectrice du salarié à un salarié protectrice des intérêts de l'entreprise, l'impact des réseaux sociaux n'a pas été minime. Il semblerait que la preuve soit la reine de tous les débats et que les juges souhaitent la mettre en haut du podium. Ainsi, le recul de l'exigence de loyauté dans la production d'élément de preuve aura un impact certain sur la liberté d'expression du salarié¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Cass. Soc. 9 nov. 2016 n°15-10.203.

¹⁶⁶ G. Loiseau, le droit à la preuve face aux secrets, RJS 2017, p85.

¹⁶⁷ Cass. Soc. 30 sept. 2020, op.cit.

¹⁶⁸ P. Adam, *droit (de l'employeur) à la preuve et vie privée (du salarié)*, Dalloz IP/IT 2016, p211

105. Transition. Le salarié peut donc être sanctionné pour des propos qu'il a tenu dans un cadre purement privé en raison du droit à la preuve de l'employeur. Mais il peut également être sanctionné pour des propos abusifs ou portant atteinte aux intérêts de son employeur.

Chapitre 2 : les limites à la liberté d'expression

106. Plan. Le salarié jouit d'une liberté d'expression dans l'entreprise. Mais celle-ci n'est pas absolue. Les intérêts d'autrui peuvent grandement limiter sa liberté d'expression (section 1) mais ce n'est pas la seule limite possible. En effet, au regard de son pouvoir de direction, l'employeur peut faire valoir son opinion et limiter l'expression du salarié qui irait à l'encontre de celle-ci (section 2).

Section 1 : l'expression limitée par les intérêts d'autrui

107. Plan. Les limites à la liberté d'expression sont toujours mentionnées par la formule suivante « sauf abus », cependant cette notion *d'abus* n'est pas toujours aisée à définir. Il peut tout d'abord s'agir d'un manquement aux dispositions relatives à la presse (I) ou encore d'un manquement à une obligation découlant du contrat de travail du salarié (II).

I. Abus de la liberté d'expression

108. Insuffisance de l'arrêt Clavaud. Dès 1988¹⁶⁹, la Cour de cassation a fixé les limites de la liberté d'expression du salarié qu'elle avait consacré au même moment. L'arrêt Clavaud est l'arrêt fondateur des limites de l'expression du salarié : « l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant, en principe, dépourvu de sanction, il ne pouvait en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude ». Cet arrêt marque bien la frontière entre le droit d'expression du salarié dans l'entreprise, qui s'exerce en application de l'ancien article L.461-1 du Code du travail (nouvel article L2281-1 du même code)¹⁷⁰, et de sa liberté d'expression en dehors de celle-ci. Le droit d'expression n'était pas applicable à l'espèce, mais il en était autrement de la liberté d'expression qui s'exerçait par le salarié en dehors de l'entreprise. La Cour de cassation a donc fixé une limite à la liberté d'expression hors de l'entreprise : l'abus. Cependant, après cet arrêt, une confusion persistait s'agissant de la distinction entre le droit d'expression et la liberté d'expression du salarié dans l'entreprise. C'est un arrêt de 1999¹⁷¹ qui a consacré la liberté d'expression du salarié dans l'entreprise, arrêt

¹⁶⁹ Cass. Soc. 28 avr. 1988, n°87-41.894, affaire Clavaud.

¹⁷⁰ Cf. introduction.

¹⁷¹ Cass. Soc. 14 déc. 1999, n°97-41.995.

a également rappelé que la liberté d'expression du salarié ne s'exerce pas sans limite. Les juges de la Haute Cour ont ajouté, de manière constante, que cet abus se matérialisait par l'application d'un triptyque : utilisation de termes « injurieux, diffamatoire, ou excessifs »¹⁷².

109. Plan. Mais à ces critères *classiques* de caractérisation de l'abus (1), s'ajoutent de nouveaux critères notamment liés à l'image de marque (2) ou à l'émergence massive de la communication sur les réseaux sociaux (3).

(1) Critères classiques de caractérisation de l'abus

110. Plan. La notion d'abus de la liberté d'expression ne fait pas l'objet d'une définition dans la loi, ce qui peut entraîner une insécurité juridique pour les parties au procès. Les juges jouissent alors d'une extrême liberté dans ce qu'ils considèrent ou non abusif. Ainsi, les critères de la diffamation, de l'injure (*a*) et de l'excès (*b*) permettent de donner un certain contour à la limite de la liberté d'expression.

(a) *La diffamation et l'injure*

111. Définition de la diffamation. L'alinéa 1 de l'article 29 de la loi sur la liberté de la presse¹⁷³ définit la diffamation comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés ». Cet article vise expressément les personnes physiques ou morales (*corps*) et exclut donc par voie de conséquence les produits. Ainsi un salarié qui dénigrerait en des termes abusifs un produit mis sur le marché par son entreprise ne pourrait pas être poursuivi pénalement pour diffamation.

¹⁷² *Ibid.* ; Cass. Soc. 2 mai 2001, n°98-45.532 ; Cass. Soc. 3 mai 2011 n°10-14.104.

¹⁷³ Loi du 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse.

112. Définition de l'injure. A l'inverse de la diffamation, l'injure ne repose sur aucun fait précis. Elle est définie au même article que la diffamation mais au second alinéa comme « toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait ».

113. Critères jurisprudentiels d'appréciation. Pour qu'il y ait diffamation, il faut que l'allégation ou l'imputation se présente « sous la forme d'une articulation précise de faits de nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire »¹⁷⁴. Si cette articulation n'existe pas, il ne pourra s'agir que d'une injure. En effet, si des faits sont allégués en des termes trop généraux, il ne pourra pas s'agir d'une diffamation mais l'injure pourra être retenue.

Par exemple, dans un arrêt de la chambre sociale, les juges ont considéré qu'un salarié abuse de la liberté d'expression en mettant en cause en termes *injurieux* d'autres salariés de l'entreprise et qu'en l'espèce ses propos « attitude dégueulasse et faux-cul » ou « collabos de classe » constituaient des injures caractérisant un abus de la liberté d'expression.

La diffamation, elle, se rencontre dans un grand nombre d'hypothèses, et est assimilée, en matière sociale au mensonge ou à la calomnie. Dans un arrêt, la Cour de cassation valide l'interruption du préavis d'un salarié qui avait écrit qu'il estimait « urgent de prendre ses distances avec les dirigeants de la société dont [il] ne partage ni l'éthique, ni le sens civique notamment manifesté au travers des manipulations répétées des comptes de l'entreprise ».

Cette assimilation est nuancée en matière d'infraction de presse car la calomnie suppose dans ce cas la caractérisation d'un mensonge¹⁷⁵, ce qui n'est pas requis pour qualifier la diffamation.

114. Non-application des garanties. Cependant, il faut rester prudent car la première chambre civile de la Cour de cassation¹⁷⁶ a affirmé que les garanties proposées par la loi de 1881 n'étaient pas applicables en matière de licenciement au fait constitutif d'un abus de la liberté d'expression, et qu'il fallait appliquer à ce salarié la procédure disciplinaire prévue à l'ancien article L122-40 et suivant du code du travail¹⁷⁷.

¹⁷⁴ C. Féral-Schuhl, *op.cit.*

¹⁷⁵ C. Pén. art. 226-10, relatif à la dénonciation calomnieuse.

¹⁷⁶ Cass 1^{ère} civ. 13 juin 2006, n°03-47.580.

¹⁷⁷ Art. L.122-40 C. Trav. : « constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature

Que ce soit en des termes injurieux ou diffamatoires, il va de soi que ceux-ci, qui constituent des infractions pénales, ne sont pas acceptables et caractérisent l'abus¹⁷⁸. Mais la chambre sociale ajoute à sa définition la notion d'excès, ce qui n'est pas défini par la loi pénale, et dont la caractérisation très subjective sera donc plus compliquée à cerner.

(b) *L'excès*

115. Le flou entourant la notion d'excès. Contrairement aux notions d'injure ou de diffamation, celle d'excès est « aussi flou[e] qu'il est possible de l'être ». L'abus est caractérisé en cas d'excès... Ces deux termes pouvaient apparaître largement synonyme, cela ne nous renseigne guère¹⁷⁹. En effet, dans le langage commun, l'abus est défini comme l'usage *excessif* ou injuste de quelque chose¹⁸⁰. Ainsi les contours de cette notion de *propos excessifs* se sont dessinés au fil des décisions jurisprudentielles. Il ressort des différentes décisions que la Cour de cassation n'hésite pas à casser les arrêts d'appel qui avaient qualifié d'excessifs les propos des salariés. Par exemple, dans un arrêt du 12 février 2008, la Cour d'appel de Colmar avait considéré que les propos excessifs du salarié avaient dépassé les limites de sa liberté d'expression, ce à quoi la Cour de cassation a répondu que le fait « de répondre aux reproches injustifiés ou erronés que le directeur d'exploitation lui avait adressés » et que « la diffusion de cette lettre dans laquelle il critique son supérieur en des termes vifs, mais dont la fausseté n'était pas établie, a été limitée à l'entreprise » ne saurait caractériser un abus de la liberté d'expression. Il semble alors que la Cour de cassation fasse un lien important entre la véracité des propos et l'excès¹⁸¹.

Il y a donc une distinction importante à faire entre les propos qui renferment l'imputation à un fait et ceux qui ne le font pas, mais cette distinction rattachée au triptyque n'est, d'après certains auteurs¹⁸², pas suffisante en ce qu'elle ne prend pas en compte le dénigrement.

à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ».

¹⁷⁸ J.-E. Ray, *droit de critique et obligation de réserve d'un dirigeant*, Dr. Soc. 2000, p165.

¹⁷⁹ E. Dockès, *la liberté d'expression au travail*, Dr. Ouvr. 2011, p53.

¹⁸⁰ Dictionnaire Larousse en ligne, définition abus : consulté sur <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/abus/314>, le 22 mai 2021.

¹⁸¹ Cass. Soc. 9 nov. 2009, n°08-41.927.

¹⁸² V. Dabosville, *les contours de l'abus d'expression du salarié*, RDT 2012, 275.

(2) Le dénigrement

116. Définition. Le dénigrement est le fait de porter atteinte à l'image de marque d'une entreprise ou d'un produit afin de détourner la clientèle. Ce dénigrement est le fait de jeter publiquement le discrédit sur les produits ou services fournis par un tiers dans le but de lui nuire¹⁸³. Cette notion a été définie dans le droit de la consommation et représente une forme particulière de concurrence déloyale. Contrairement à la diffamation qui est réparée sur le fondement de la loi sur la liberté de la presse, le dénigrement est réparé sur le fondement de l'article 1240 nouveau du Code civil qui dispose que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Cependant, la frontière entre diffamation et dénigrement est fine et nombreux contentieux sont apparus. Notamment un contentieux *Free* dans lequel l'opérateur téléphonique faisait comprendre dans sa campagne publicitaire que les consommateurs des autres opérateurs s'étaient fait avoir et payaient leur forfait trop cher. Les autres opérateurs, comme par exemple *Bouygues Télécom*, ont entamé une action sur le terrain de la diffamation en invoquant l'utilisation par *Free* de propos violents voire injurieux. Mais le tribunal de commerce de Paris a estimé au contraire que les propos litigieux relevaient du dénigrement dans la mesure où ils concernaient les offres et services des concurrents¹⁸⁴.

117. Le dénigrement en matière sociale. En matière de relations de travail, la chambre sociale de la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, considéré que des propos dénigrants pouvaient constituer une faute lourde du salarié¹⁸⁵. Par exemple, dans une affaire datant de 2013, le salarié avait incité un stagiaire à quitter l'entreprise et avait contacté les clients de l'entreprise en dénigrant la qualité des services de celle-ci. Face à cette espèce, la chambre sociale avait considéré que le salarié avait commis, en raison de son intention de nuire à l'employeur, une faute lourde justifiant son licenciement¹⁸⁶. Ainsi, même si dans cet arrêt la Cour de cassation ne parle pas d'abus de la liberté d'expression du salarié, mais se fonde sur le

¹⁸³ Définition consultée sur <https://dimeglio-avocat.com/denigrement/>, le 12 mai 2021.

¹⁸⁴ T. Com Paris, 22 février 2013, RG n°2012076280, Note E. Chevrier, *un dénigrement aux confins de la diffamation*, Dalloz actualité, 5 mars 2013.

¹⁸⁵ J. Mouly, *où l'on voit la Cour de cassation définir la faute lourde du salarié au visa d'une disposition qui ne la mentionne plus*, Dr. Soc 2017, 378.

¹⁸⁶ Cass. Soc. 18 déc. 2013, n°12-15.009.

dénigrement des services de son employeur, il apparait clairement que le dénigrement est une forme d'abus de l'expression du salarié.

118. L'atteinte à la réputation. Par ailleurs, cette forme d'abus de la liberté d'expression aurait grand sens à s'appliquer en matière de relations de travail étant donné que c'est l'image de marque de l'entreprise ou sa réputation qui sera endommagée après un tel dénigrement. Notre société étant basée de manière très importante sur la réputation et le paraître, cette expression abusive du salarié aurait un impact fort sur l'image publique de l'entreprise.

Avec l'essor des nouveaux moyens d'expression, les injures, la diffamation ou encore le dénigrement ont pris une ampleur magistrale. La rapidité de diffusion des propos est telle que les juges ont dû trouver un nouveau critère de caractérisation de l'abus de l'expression du salarié.

(3) Critères récents de caractérisation de l'abus

119. Le caractère public, une circonstance aggravante. Avant même l'apparition des réseaux sociaux, il était clairement établi que les propos diffusés de manière publique avaient un impact plus important sur la victime de ces derniers, et qu'ils devaient alors être plus sévèrement sanctionnés. En matière pénale, une distinction est faite selon que la diffamation ou l'injure soit publique ou non. Si elle l'est, elle sera caractérisée de délit, et lui sera appliquée les règles relatives à la loi sur la liberté de la presse¹⁸⁷. En revanche si elle n'est pas publique, seront appliquées les dispositions R.621-2 et R.621-1 du Code pénal qui punissent ces propos au titre des contraventions de la 1^{ère} classe. Au regard de l'importance de la sanction pénale, il paraît clair que la publicité des propos est une *circonstance aggravante*.

La Cour de cassation avait d'ailleurs estimé, hors cas d'utilisation des réseaux sociaux, que les propos publics tenus dans le cadre de la vie privée étaient abusifs. En l'espèce, une salariée a été licenciée pour avoir « apposé une banderole au balcon de son domicile » mettant en cause son employeur. La chambre sociale avait alors confirmé l'arrêt d'appel qui avait estimé que le fait d'apposer cette banderole qui mettait en cause « publiquement et nommément son employeur » caractérisait un abus de la liberté d'expression de la salariée¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Article 29, loi du 29 avr. 1881, *op.cit.*

¹⁸⁸ Cass. Soc. 22 juin 2011, n°10-10.856.

Aujourd'hui, à l'ère des réseaux sociaux, les notions de publicité des propos et d'abus de la liberté d'expression doivent être appréciées de manière un peu différente, ce à quoi les juges du fond s'attèlent depuis une dizaine d'années.

120. Émergence du contentieux *Facebook et Cie*. L'arrêt du 10 avril 2013¹⁸⁹, nommé arrêt *Agence du Palais*, est le premier arrêt de la Cour de cassation relatif aux injures d'un salarié sur les réseaux sociaux. En l'espèce, l'employeur avait assigné au paiement de dommages-intérêts une salariée qui avait publié sur les réseaux sociaux des propos tels que « extermination des directrices chieuses » ou « y en a marre des connes ». Mais la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré dans cet arrêt que les propos litigieux ne pouvaient pas être qualifiés d'injures publiques car les réseaux sociaux sur lesquels la salariée avait publié ces propos n'étaient accessibles qu'à un nombre restreint de personnes qui avaient toutes été agréées par la salariée en question et que ces personnes formaient donc une communauté d'intérêt.

Un arrêt d'appel avait déjà eu à traiter d'un cas relatif au paramétrage du réseau social *Facebook*. Les juges du fond avaient alors estimé que la jurisprudence n'avait jamais nié à *Facebook* le caractère d'espace privé, et que cela dépendait alors des paramétrages choisis par l'utilisateur du réseau social¹⁹⁰.

121. Le critère de la communauté d'intérêt. L'arrêt de 2013 a permis d'identifier de manière plus précise les hypothèses dans lesquelles les qualifications d'injure et de diffamation « sont susceptibles de s'appliquer aux propos tenus par les salariés sur un réseau social »¹⁹¹. Sur internet, l'accès à un blog (par définition ouvert à tous) permet de retenir de manière incontestable le caractère public des propos qui s'y tiennent. Mais s'agissant des réseaux sociaux, l'accès « à tous » est plus contestable car l'utilisateur paramètre lui-même à qui il entend donner accès ou non à ses publications. Ainsi, les juges ont fait ressortir de l'arrêt *Agence du Palais* la notion de « communauté d'intérêt ».

La notion de communauté d'intérêt semble opportune dans le sens où les juges ont voulu maintenir la notion « d'amis » dans le cadre de l'utilisation des réseaux sociaux. En effet, par la communauté d'intérêt le juge est capable de caractériser un abus lorsqu'il estime que même

¹⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ. 10 avr. 2013, n°11-19.530.

¹⁹⁰ CA Rouen, Chambre sociale, 15 nov. 2011, n°11/01830.

¹⁹¹ B. Bossu, *le salarié, le réseau social et l'injure*, JCP S 2013, n°23, 1237.

les amis des amis ont eu accès à la publication de l'intéressé, et que ces derniers sont, dans la vraie vie, étrangers les uns des autres¹⁹².

122. Les « amis » virtuels ne sont pas de vrais amis. Les juges sont très vigilants sur l'utilisation de la notion « d'amis » utilisée, notamment sur le réseau social *Facebook*. Dans un arrêt de 2017¹⁹³, la Cour de cassation a estimé, s'agissant d'une affaire impliquant les avocats du barreau de Paris, que « le terme d'« ami » employé pour désigner les personnes qui acceptent d'entrer en contact par les réseaux sociaux *ne renvoie pas à des relations d'amitié au sens traditionnel du terme* et que l'existence de contacts entre ces différentes personnes par l'intermédiaire de ces réseaux ne suffit pas à caractériser une partialité particulière, le réseau social étant simplement un moyen de communication spécifique entre des personnes qui partagent les mêmes centres d'intérêt, et en l'espèce la même profession ». La Cour de cassation laisse ici les juges du fond établir s'il existe ou non un lien véritable entre les différents amis du réseau social. Dans le cas où les amis du réseau social n'auraient pas de lien véritable dans la vraie vie, alors les juges estiment que les propos échangés entre eux, ayant un caractère public, sont susceptibles d'abus.

Mais une question peut être soulevée s'agissant de la différence entre la notion de communauté d'intérêt que les juges avaient retenu en 2013 et l'expression « amitié au sens traditionnel » que la Cour de cassation a utilisé en 2017. À vue d'œil, il est laissé paraître que le terme de communauté d'intérêt serait plus souple et laisserait entrer, dans la catégorie « d'amis » *Facebook*, plus d'utilisateurs. Mais en réalité, c'est une analyse factuelle des deux arrêts qui permet de remédier à la divergence existante. Dans l'arrêt de 2013, les utilisateurs qui avaient accès aux propos de la salariée étaient tous agréés par cette dernière et dans les faits ils avaient tous dans la vie réelle un véritable lien de proximité ; ce qui n'était pas le cas en 2017 car le compte était ouvert à tous, et servait en réalité à l'utilisateur d'outils de communication et non de réseau d'échanges avec ses véritables amis¹⁹⁴.

Ainsi, pour le juge « l'amitié virtuelle n'a d'amitié que le nom et ne va pas systématiquement de pair avec l'amitié réelle »¹⁹⁵, il faudra donc vérifier de manière précise si les personnes

¹⁹² *ibid.*

¹⁹³ Cass. 2^e civ., 5 janv. 2017, n°16-12.394.

¹⁹⁴ S. Prétot, *l'ami des réseaux sociaux : précisions sur l'appréhension juridique de la communauté virtuelle*, Dalloz actualité, 19 janv. 2017.

¹⁹⁵ *ibid.*

agrées par l'utilisateur sont en nombre très *restreint*, et reflète véritablement le groupe d'amis de l'utilisateur¹⁹⁶.

123. L'exception du cercle privé. Ce n'est qu'en 2018 que la chambre sociale de la Cour de cassation s'est emparée du contentieux *Facebook* et de la publicité des propos. En l'espèce, une salariée a été licenciée pour faute grave car elle avait proféré des propos injurieux et offensants à son employeur. A cela la Cour de cassation répond que l'accès aux propos litigieux étant réservé aux seules personnes agréées par la salariée « à savoir un groupe fermé de quatorze personnes, de sorte qu'ils relevaient d'une conversation de nature privée..., ces propos ne caractérisaient pas une faute grave »¹⁹⁷. Cet arrêt apporte une précision dans le cas où l'intéressé avait paramétré son compte de manière à en réserver l'accès aux seules personnes qu'il a agréé. Car selon les juges de cassation, le seul paramétrage « privé » du compte ne suffit pas à qualifier de privés les propos diffusés. Il faut également que les personnes qui se retrouvent sur ce réseau soient en nombre restreint¹⁹⁸ car on ne saurait dire que tous les amis agréés un à un par l'utilisateur sont des personnes avec qui il entretient de véritables liens d'intimité¹⁹⁹. La question qui peut se poser néanmoins est celle de l'appréciation du nombre restreint ou non d'accès aux publications.

124. Conclusion. La viralité exceptionnelle des réseaux sociaux permet à leurs utilisateurs de porter une atteinte considérable à la réputation d'une l'entreprise ou à son image de marque. Face à cette atteinte très préjudiciable pour les employeurs, ces derniers ont été nombreux à sanctionner à tout va les salariés qui s'exprimaient sur les réseaux sociaux en mettant en cause l'entreprise dans leurs propos²⁰⁰. Les juges ont donc ajouté au triptyque de *l'injure, la diffamation et l'excès*, un nouveau critère de qualification de l'abus. Désormais, il est à regarder si les propos publiés par le salarié-internaute ont une nature publique ou privé. Cette appréciation casuistique des juges va entraîner un grand nombre de questions sur ce qui est considéré ou non comme étant un groupe *privé*. Il ne faudrait pas que cette peur des réseaux sociaux dégénère en bâillon de l'expression des salariés. Il ne faudrait alors pas prendre exemple sur nos voisins belges qui ont sanctionné un salarié pour la simple raison que celui-ci

¹⁹⁶ J.-E. Ray, *Facebook, espace public plus que privé*, SSL avr. 2013, 1581

¹⁹⁷ Cass. Soc., 12 sept. 2018, n°16-11.690.

¹⁹⁸ P. Lokiec, *Droit du travail*, sept 2019, PUF.

¹⁹⁹ G. Loiseau, *réseaux sociaux et abus de la liberté d'expression : l'exception du cercle privé*, JCP S 2018, 1328.

²⁰⁰ J.-E. Ray, *des licenciements « Facebook » à la sanction d'un « like »*, SSL févr. 2019, 1847.

aurait « *liké* » un commentaire portant atteinte à l'image de marque de l'employeur²⁰¹. Comme le dit le professeur Ray, ne pas créer de contenu, « c'est aussi s'exprimer »²⁰².

125. Transition. Si le salarié ne doit pas abuser de sa liberté d'expression, il doit également respecter les obligations qui découlent de son contrat de travail, et qui pourraient restreindre sa liberté d'expression de manière plus significative qu'en application du triptyque de l'abus.

II. Les obligations découlant de la relation contractuelle

126. Recherche d'un équilibre par le juge. Le juge est en constante recherche d'un équilibre entre les droits et libertés contraires des salariés et de leur employeur²⁰³. Il doit donc, en matière de contentieux touchant la liberté d'expression, mettre en balance d'un côté l'article 10 de la Conv. EDH qui garantit le droit à la libre expression ainsi que l'article 9 du code civil qui garantit le droit à la vie privée et l'article L1121-1 du Code du travail qui prévoit que « 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 » ; et de l'autre côté la liberté d'entreprendre et l'obligation de loyauté.

127. Obligation de bonne foi. Cette recherche d'équilibre par le juge découle notamment de deux articles garantissant la bonne foi de l'exécution des contrats. Tout d'abord, l'article 1134 du Code civil qui impose que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Ce principe transposé au domaine spécifique du droit social a donné naissance, avec la loi du 8 août 2016, à l'article L.1222-1 qui prévoit que « le contrat de travail est exécuté de bonne foi ». De ce principe d'exécution de bonne foi du contrat découle l'obligation des salariés et employeurs d'adopter des règles de conduite conformes au sens de la responsabilité.

128. Plan. Ainsi, découlant de l'obligation de bonne foi, les salariés et leur employeur doivent respecter une obligation de loyauté dans l'exécution de leur relation contractuelle (1). Il arrive également que l'employeur et le salarié concluent ensemble des clauses limitant l'expression du salarié (2).

²⁰¹ Cour du travail de Liège (3^e ch.), 24 mars 2017, n°2016-AL-94.

²⁰² J.-E. Ray, des licenciements « Facebook » à la sanction d'un « like », *op.cit.*

²⁰³ J.-M. Chonnier, internet et le droit d'expression des salariés, *SSL* oct 2011, 1507.

(1) L'obligation de loyauté : une obligation inhérente au contrat de travail

(a) *Définition de l'obligation de loyauté*

129. Définitions. Beaucoup de définitions viennent à l'esprit lorsqu'on parle de loyauté en raison de l'importance majeure qu'elle recouvre dans les rapports entre salariés et employeurs. Étymologiquement la loyauté est ce qui est conforme à la loi. Mais à quelle loi ? Sûrement celle des parties²⁰⁴. Dans cette étude la loi des parties est le contrat de travail. Cependant, le seul respect de la loi des parties ne suffit pas à caractériser la loyauté, il faut retrouver un certain état d'esprit de la part de celles-ci. La loyauté est une qualité morale, elle traduit une certaine fidélité (à travers les agissements de son auteur) à tenir les engagements pris, et à obéir aux règles de la probité et de l'honneur²⁰⁵. Dans le cadre du contrat de travail, le salarié doit développer un sentiment d'appartenance à l'entreprise et doit assurer un certain engagement vis-à-vis de cette dernière. L'employeur, lui, devra garantir aux salariés qu'il exécute de bonne foi ses obligations patronales. Il peut notamment être fait allusion à son obligation de recherche de bonne foi de reclassement du salarié en cas de licenciement pour motif économique, ou encore à la négociation de bonne foi des conventions collectives de travail qui constitueront, à l'instar du contrat de travail, la loi des parties. Au sens juridique, le terme de loyauté peut être défini comme étant « l'expression d'un engagement contractuel emportant une obligation de probité et de bonne foi »²⁰⁶. Face à cette définition, sont retrouvés les articles 1134 du Code civil et L1222-1 du Code du travail. La frontière entre la notion de bonne foi et de loyauté semble alors assez floue étant donné que l'un des termes se définit par l'utilisation de l'autre, et inversement. Mais la fine frontière entre loyauté et bonne foi ne pose pas de réels problèmes quant à leur application. En revanche, la confusion qui rayonne autour des notions de critiques et de loyauté a fait émerger une grande quantité de contentieux, notamment lorsque le salarié qui dit faire usage de sa liberté d'expression émet des critiques vis-à-vis de l'entreprise, pour lesquelles l'employeur invoque le manquement à l'obligation de loyauté.

²⁰⁴ Art. 1134 C. civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

²⁰⁵ B. Pereira, entreprises : loyauté et liberté d'expression des salariés sur les réseaux sociaux numériques, *Gérer et comprendre*, 2017/4, 130.

²⁰⁶ *ibid.*

(b) *Articulation de l'obligation de loyauté et de l'abus de la liberté d'expression*

130. Le manquement à l'obligation de loyauté traduit un abus de la liberté d'expression.

La frontière entre l'abus de la liberté d'expression et le manquement à l'obligation de loyauté du salarié est très fine. En conséquence, beaucoup d'auteurs et de juges du fond font une utilisation erronée de ces notions. Dans deux arrêts d'appel²⁰⁷, mettant encore une fois en exergue un contentieux lié au réseau social *Facebook*, les juges du fonds ont considéré qu'une sanction disciplinaire était justifiée en raison du manquement à l'obligation de loyauté que le salarié avait commis en critiquant son employeur sur le réseau social *Facebook*. Si les juges du fond ont rendu une telle décision c'est parce que la Cour de cassation avait rendu deux ans auparavant un arrêt qui portait à confusion sur les contours de la différence entre abus de la liberté d'expression et manquement à l'obligation de loyauté²⁰⁸. Dans cette affaire était en cause un salarié qui occupait la fonction d'attaché commercial, et qui dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail avait critiqué, auprès d'un nouveau salarié en période d'essai, les méthodes de travail commerciales de l'employeur. Qu'à cet égard la Cour de cassation a considéré que son licenciement pour faute était justifié étant donné que ce salarié se voyait imposer une obligation renforcée de loyauté et de réserve en raison des fonctions particulières qu'il occupait, et que ses critiques sur la gestion des méthodes commerciales traduisaient un abus de la liberté d'expression de celui-ci. Dans un autre arrêt du 15 juin 2010, la Cour de cassation a maintenu cette position en considérant que les critiques émises par un salarié excédaient les limites de sa liberté d'expression et participaient d'une méconnaissance grave de son obligation de loyauté.

Ce n'est qu'en 2015 que la Cour de cassation a changé sa position en considérant que l'obligation de loyauté ne saurait être une limite au droit de critique et donc, *par conséquent*, à la liberté d'expression du salarié.

131. Apparition d'une frontière claire entre obligation de loyauté et liberté d'expression. Avec son arrêt de 2015, la Cour de cassation a censuré les juges du fond qui avaient retenu que « les propos litigieux ne peuvent ressortir d'une liberté d'expression telle que revendiquée mais caractérisent un manquement à l'obligation de loyauté ... qu'un tel comportement présente de graves contradictions avec les fonctions confiées à l'intéressé ». La

²⁰⁷ CPH Boulogne-sur-Mer, 19 nov. 2010 n° 10-C 853 ; CPH Reims, 9 juin 2010 n° 09-3209.

²⁰⁸ Cass. Soc 15 avril 2008, n°06-45.383.

censure de la haute Cour se fait au visa de l'article L.1121-1 du C. Travail et invoque le fait que les juges du fond auraient dû, pour dire le licenciement justifié, « caractériser l'existence, par l'emploi de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs, d'un abus dans l'exercice de la liberté d'expression dont jouit tout salarié ». Ici alors, la Cour de cassation écarte le raisonnement qu'elle avait eu antérieurement et celui qui consiste à apprécier les critiques exprimées par le salarié sur le seul fondement de l'obligation de loyauté²⁰⁹. Elle impose, pour que le licenciement soit justifié, que les propos émis par le salarié constituent un abus dans l'exercice de sa liberté d'expression.

Cependant, cette frontière nette doit être relativisée car il se peut que le juge opère une conciliation entre l'exigence de loyauté du salarié et protection de sa liberté d'expression.

132. Conciliation entre obligations contractuelles et liberté d'expression. Dans cet esprit, le juge européen a rendu une décision qui met en balance la liberté d'expression avec la protection de la dignité mais aussi avec les exigences découlant de l'obligation de bonne foi du salarié. L'arrêt en question²¹⁰ avait pour espèce des syndicalistes licenciés pour faute grave après avoir publié dans le bulletin syndical (qu'ils ont distribué aux salariés et affiché sur le tableau d'affichage) une caricature représentant deux salariés de l'entreprise accordant une faveur sexuelle au directeur des ressources humaines de l'entreprise. Ces salariés appartenant au syndicat ont été licenciés pour faute grave et ont contesté leur licenciement car ils estimaient que celui-ci portait atteinte à leur liberté d'expression, garantie par l'article 10 de la Conv. EDH, et que la raison de leur licenciement tenait en réalité à leur affiliation syndicale. Mais la CEDH confirme les positions des juges nationaux et affirme que « même si la bonne foi devant être respectée dans le cadre d'un contrat de travail n'implique pas un devoir de loyauté absolue envers l'employeur ni une obligation de réserve entraînant la sujétion du travailleur aux intérêts de l'employeur²¹¹, certaines manifestations du droit à la liberté d'expression qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes ne le sont pas dans le cadre de la relation de travail ». La CEDH tire de ces conclusions la conséquence suivante : le licenciement n'était pas une sanction disproportionnée au regard de la mise en balance des divers droits et intérêts en jeu. Au regard de cette décision européenne, les solutions jurisprudentielles française de 2008 et 2015 ne sont

²⁰⁹ L. Gratton, *liberté d'expression et devoir de loyauté du salarié, une cohabitation délicate*, Dr. Soc. 2016, 4.

²¹⁰ CEDH, grande chambre, Palomo Sanchez et autres c/ Espagne, 12 sept. 2011, n° 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06.

²¹¹ Solution reprise au §38 de l'arrêt CEDH, Herbai c/ Hongrie, 5 nov. 2019, n°11608/15.

pas nécessairement incompatibles entre elles car les juges pourraient estimer, dès lors qu'ils ont caractérisé minutieusement l'abus de la liberté d'expression, que le salarié a manqué à son obligation de loyauté en émettant de tels propos.

133. Conclusion. Le droit tente de protéger la réputation de l'employeur, et aujourd'hui son *e-réputation*, à travers le respect de l'obligation de loyauté par le salarié. Car aujourd'hui, dans notre société basée sur l'image de marque, la réputation des entreprises est un véritable enjeu managérial compte tenu de la viralité exceptionnelle des propos diffusés sur le *web*. Cette *e-réputation* n'est pas véritablement définie par le droit mais elle est dépendante de la liberté d'expression, ce qui explique pourquoi l'employeur brandira l'obligation de loyauté lorsqu'il fait face à un salarié qui critique ses méthodes de gestion ou de commerce. Cependant, il faut rester vigilant, ce que la Cour de cassation a fait en 2015, car l'utilisation de la déloyauté (ou manquement à la loyauté) pourrait « être de nature à rouvrir la voie, même indirectement au licenciement pour perte de confiance »²¹². Or, la perte de confiance n'est plus un motif de licenciement depuis le début des années 2000, car cette cause inhérente à la personne du salarié n'est pas fondée sur des faits objectifs²¹³. Les auteurs s'accordent ainsi pour dire que l'utilisation de l'obligation de loyauté est souvent excessive et risque « de restaurer insidieusement par ce truchement le licenciement pour perte de confiance »²¹⁴.

(2) La liberté d'expression limitée par des clauses ou conventions

134. Plan. L'employeur et le salarié peuvent prévoir ensemble qu'une ou plusieurs clauses limiteront un droit fondamental du salarié en raison de l'exécution de son contrat de travail. Parfois, ces clauses peuvent perdurer même après la cessation du contrat. La liberté d'expression peut être limitée par la clause de confidentialité (*a*) ou par la conclusion d'une transaction entre les parties (*b*).

²¹² CEDH, *licenciement de syndicalistes : respect de la liberté d'expression*, D. 2011, 2203.

²¹³ Cass. Soc. 26 janv. 2000, n°97-43.047.

²¹⁴ G. Loiseau, *le licenciement pour un fait se rattachant à la vie professionnelle*, JCP S 2020, 3011.

(a) *La clause de confidentialité*

135. Intérêt de la conclusion d'une telle clause. Dans la continuité de son obligation légale de loyauté, obligation inhérente au contrat de travail, le salarié est contraint de respecter une obligation de confidentialité²¹⁵. Cette obligation de confidentialité est aussi connue sous le nom d'obligation de secret, de discrétion. Mais il ne faut pas la confondre avec le secret professionnel qui est applicable à certains travailleurs exerçant des professions particulières (par exemple les médecins ou les avocats). Le problème de l'obligation de confidentialité est qu'elle restreint drastiquement la liberté d'expression du salarié, et il faut donc en saisir les contours. C'est pourquoi certains employeurs vont faire souscrire à leurs salariés une clause leur interdisant de divulguer certaines informations²¹⁶. La clause de confidentialité traduit donc une obligation de ne pas faire, celle de ne pas divulguer des informations. Mais pourquoi les employeurs redoutent-ils tant que leurs salariés s'expriment et dévoilent leurs *petits secrets* ? Dans notre société, l'information est un enjeu de pouvoir et de compétitivité des entreprises²¹⁷. Qu'il s'agisse d'un secret de fabrication, d'un brevet ou de la gestion de l'entreprise, toute entreprise devrait cacher à ses concurrents sa manière de se positionner sur le marché. Ainsi, l'entreprise a un intérêt important à maîtriser son information. Cette maîtrise passe notamment par la limite de l'expression des salariés hors ou dans l'entreprise. En effet, en raison des postes qu'ils occupent les salariés peuvent être amenés à étudier (ou seulement voir passer) des dossiers concernant des informations que l'employeur considère confidentielles.

136. Risque de la conclusion d'une telle clause. Seulement, les clauses de confidentialité peuvent être appréciées comme étant une renonciation partielle (ou totale) à l'exercice de la liberté fondamentale d'expression. Bien que les droits fondamentaux ne soient pas, par essence, opposés à la conclusion de clauses limitant leur exercice, il est possible que le comportement d'une partie puisse être sanctionné alors qu'elle exerçait sa liberté ou son droit fondamental²¹⁸. C'est pourquoi les auteurs s'accordent pour dire qu'« il est essentiel de n'accueillir qu'avec d'innombrables précautions toutes idées que la liberté d'expression du salarié dans sa vie extérieure serait limitée par une obligation de réserve ou de discrétion. Dans la vie extraprofessionnelle,

²¹⁵ Y. Aubrée, *contrat de travail : clauses particulières*, RDT, Janv 2017.

²¹⁶ O. Leclerc, *sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail*, Dr. Soc 2005, 173.

²¹⁷ I. Desbarats, *alertes, codes et chartes éthiques à l'épreuve du droit français*, D. 2010, 548.

²¹⁸ F. Marchandier, *articulation du contrat et des droits fondamentaux (clause de confidentialité vs liberté d'expression)*, RDC 2020, n°1, p80.

c'est non seulement le respect de la vie privée qui est en jeu, mais la liberté générale du citoyen, que ne cesse pas d'être le salarié »²¹⁹. Face à cette situation, est retrouvée l'idée selon laquelle le salarié ne cesse jamais d'être un citoyen même lorsqu'il est soumis à un lien de subordination juridique vis-à-vis de son employeur. De plus, la clause de confidentialité a l'intérêt pour l'employeur de pouvoir s'étendre au-delà de l'exécution du contrat de travail, après sa cessation²²⁰. Il y a une perpétuation des effets du contrat de travail au-delà de son expiration. Le salarié qui n'est donc plus soumis au lien de subordination doit toujours faire face à ses engagements pris avec son ancien employeur. Cependant, contrairement à sa jurisprudence sur la clause de non-concurrence²²¹, la Cour de cassation ne semble pas avoir l'intention d'imposer à l'employeur de prévoir une contrepartie financière. Pour certains, cette absence d'obligation de verser une contrepartie financière s'analyse en une suppression de la cause du contrat (même si cette notion de cause a été supprimée par le législateur²²², il semble qu'il en ait gardé l'esprit par l'utilisation des nouveaux termes « but » et « contenu »²²³). Pour d'autres, si la Cour de cassation n'entend pas appliquer le régime de la contrepartie financière à la clause de confidentialité c'est en raison de l'usage abusif de sa liberté d'expression que constituerait la révélation par le salarié d'informations susceptibles de nuire à l'employeur. C'est pourquoi il est important, sinon indispensable, que la clause de confidentialité soit assortie de conditions.

137. Conditions de mise en œuvre de la clause. Dès lors que la clause rappelle seulement l'obligation de confidentialité inhérente au contrat de travail elle n'aura qu'un caractère déclaratif. Cependant, si celle-ci se borne à préciser les contours de la limite de l'expression ainsi que le contenu et la teneur de l'information protégée, elle aura un caractère substantiel. Elle devra dès lors respecter un certain nombre de conditions classiques propres à la validité des clauses spécifiques apposées au contrat de travail. Il est nécessaire d'avoir obtenu l'accord exprès et préalable du salarié qui se traduit par sa signature. Il faut que le salarié ait accepté, de manière non équivoque, que son contrat de travail limite l'exercice de ses droits fondamentaux.

²¹⁹ G. Lyon-Caen, *les libertés publiques et l'emploi, rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle*, La documentation française, 1992.

²²⁰ Cass. Soc. 19 mars 2008, n°06-45.322.

²²¹ Cass. Soc. 10 juillet 2002, Barbier, RJS 2002 n1119.

²²² Loi du 20 avril 2018 n°2018-287 ratifiant l'ordonnance n°2015-131 du 10 février 2016.

²²³ C. D., *suppression de la cause : régime du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, D. Actualité, 1^{er} avril 2016.

La clause de confidentialité doit être limitée dans le temps et dans l'espace et doit répondre aux intérêts légitimes de l'entreprise.

Une fois que la validité de la clause est indiscutable reste encore la question de son opposabilité. Le contentieux est souvent présent à ce niveau-là, bien que les décisions la matière soient rares. En application de l'article L.1121-1 du C. Travail, la clause de confidentialité doit être justifiée par la nature des fonctions que l'employeur a confié au salarié et elle doit être strictement proportionnée au but recherché. Au regard de cette disposition, la clause ne sera applicable que si la protection des informations de l'entreprise relève de l'intérêt légitime de cette dernière²²⁴.

138. Contrôle de proportionnalité par les juges. Le juge ne saurait valider la sanction prise à l'encontre d'un salarié qui a usé de sa liberté d'expression (sans abus) et qui a révélé sur ce fondement des informations relatives à l'entreprise. Bien que les décisions sur l'obligation de confidentialité soient rares, le principe de non-respect de l'obligation de discrétion professionnelle expose le salarié à un licenciement pour cause réelle et sérieuse ou pour faute grave²²⁵. C'est ainsi que la Cour d'Appel de Reims a validé le licenciement pour faute grave d'un salarié dont le contrat de travail contenait une clause dans laquelle il s'engageait à « garder les secrets de l'entreprise et à ne divulguer aucune connaissance confidentielle acquise à l'occasion de son travail »²²⁶. Dans le même sens, la chambre sociale de la Cour de cassation²²⁷ a rendu récemment un arrêt (surtout commenté au regard du droit de la preuve) concernant la divulgation d'informations confidentielles par une salariée sur les réseaux sociaux numériques. Cette salariée, soumise à une clause de confidentialité a été licenciée pour faute grave pour avoir diffusé les photos de la prochaine collection de vêtements de l'entreprise. Cette clause était nécessaire car l'information divulguée en l'espèce était un élément déterminant de l'activité de l'entreprise. Ainsi, le juge a pu se livrer à un contrôle de proportionnalité entre le respect de la vie privée de la salariée et la confidentialité des affaires de l'employeur²²⁸. La Cour Européenne des droits de l'homme²²⁹ rappelle d'ailleurs la nécessité de mettre en balance

²²⁴ O. Leclerc, *sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail*, op.cit.

²²⁵ F. Grégoire, *le non-respect par un salarié de son obligation de confidentialité justifie son licenciement pour faute grave*, JCP G, mars 2020, 276.

²²⁶ CA Reims, ch. soc. 4 déc. 2019, n°2019-022673.

²²⁷ Cass. Soc. 30 septembre 2020, *op. cit.*

²²⁸ M. Peyronnet, *Facebook : « faux amis », vrai manquement à l'obligation de confidentialité*, D. actualité, oct. 2020.

²²⁹ CEDH, *Herbai c/ Hongrie*, 5 nov. 2019, n°11608/15.

les droits et intérêts en cause²³⁰, et déplore que les juridictions hongroises n'aient pas recherché plus précisément si le salarié avait eu l'intention de nuire à son employeur et si l'employeur avait effectivement subi un préjudice. En l'espèce, un salarié, soumis à un code éthique mentionnant que les employés devaient s'abstenir de publier des informations relatives au fonctionnement et aux activités de l'employeur, a publié sur un site internet d'échange de connaissances des informations que son employeur a considéré comme étant confidentielles. Il a alors été licencié. Par cet arrêt, la CEDH réprecise que l'accord de volonté ne vaut pas une renonciation absolue au droit mais qu'il est susceptible de conduire à des restrictions spécifiques, ces restrictions devant toujours être justifiées et proportionnées. La sanction ne pourra donc porter, même en présence d'une clause, que sur l'abus de la liberté d'expression du salarié c'est-à-dire lorsque l'expression dépassera les limites justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

139. Transition. Si aucune clause de confidentialité n'a été conclue entre les parties, il n'en demeure pas moins que la liberté du salarié puisse être limitée. En effet, les parties peuvent s'accorder pour conclure une transaction, ce qui pourra avoir pour effet de limiter la liberté d'expression du salarié.

(b) *La transaction*

140. Définition. La transaction est un mécanisme de droit civil, définie par l'article 2044 du Code civil comme le contrat « par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ». En droit du travail, la transaction prend une place importante, notamment en matière de liberté d'expression.

141. Conditions de validité. La transaction peut être conclue, au choix des parties, au moment de l'exécution du contrat de travail, au moment de la rupture ou postérieurement à celle-ci²³¹. Si la transaction a pour objet de clore un litige relatif à la rupture du contrat de travail elle ne saurait être valable si elle a été conclue antérieurement à celle-ci. Ainsi, dans le cas d'un licenciement cette transaction ne sera valable que si elle est conclue après la réception par le

²³⁰ F. Sudre, droit de la convention européenne des droits de l'homme, JCP G, janv. 2020, n°1-2.

²³¹ Cass. Soc. 16 oct. 2019, n°18-18.287.

salarié de la lettre lui notifiant son licenciement²³². Pour être valable, la transaction doit faire valoir des concessions réciproques des parties. En matière de liberté d'expression il peut être envisageable de conclure une transaction à la rupture du contrat de travail dans laquelle les parties s'engagent à ne pas divulguer d'informations confidentielles ou à ne pas se dénigrer. Les parties pourraient alors être tentées d'assortir cette convention d'une clause de confidentialité²³³. Si la transaction ne remplit pas les conditions de validité, elle sera alors nulle, et les parties seront libérées des concessions qu'elles avaient respectivement faites. Cependant, protégeant l'intérêt du salarié, cette nullité n'est que relative et elle ne saurait être invoquée par l'employeur à l'encontre du salarié²³⁴. L'intérêt de la conclusion de cette transaction est que les parties renoncent par celle-ci à intenter une action en justice portant sur le même objet. Elle peut notamment permettre de régler sous forme de convention le contentieux qui est né entre salarié et employeur suite à la rupture du contrat de travail. C'est notamment ce qui est arrivé dans l'affaire très médiatisée mettant en cause le présentateur de télévision Patrick Poivre d'Arvor et la société TF1.

142. Application – affaire « PPDA ». En l'espèce le salarié était en charge de la présentation du journal de 20h et a été licencié. A la suite d'une intense polémique médiatique, les parties ont convenu ensemble, via une transaction, qu'elles s'interdisaient de se critiquer et de se dénigrer. La cour de cassation a accueilli avec bienveillance la conclusion de cette transaction et elle affirme, dans son attendu de principe, que « des restrictions peuvent être apportées à la liberté d'expression pour assurer la protection de la réputation et des droits d'autrui »²³⁵. Dans la transaction en question l'ex-salarié s'est engagé à ne pas dénigrer son employeur et à s'interdire « toute publication verbale ou écrite se rapportant à sa collaboration avec TF1, pendant les années 1987 à 2008, qui aurait pour objet ou pour effet de critiquer ou dénigrer la société TF1, les sociétés du groupe, les programmes diffusés par lesdites sociétés, cette interdiction étant étendue quant à leur objet, aux dirigeants et collaborateurs de TF1, et des sociétés du groupe ». Cette transaction limitée dans son objet et dans le temps a été considérée par les juges de cassation, en application de l'article L.1121-1 C. Travail, justifiée (volonté de mettre fin à une intense polémique) et proportionnée au but recherché (préserver la réputation

²³² Cass. Soc. 10 oct. 2018, n°17-10.066.

²³³ J.-P. Tricoît, *liberté d'expression et droit social*, JC Comm., fasc. 18, n°109.

²³⁴ Cass. Soc. 5 juin 2008, n°07-41.710.

²³⁵ Cass. Soc. 14 janv. 2014, n°12-27.284, FS-P+B.

de l'employeur)²³⁶. Cet arrêt, admet alors que la liberté d'expression de l'ex-salarié soit limitée par une convention alors même que ce dernier n'est plus lié à l'employeur par un lien de subordination juridique. La Cour de cassation admet par la même occasion, une extension des dispositions du code du travail (applicables dans le cadre d'un contrat de travail) aux conventions qui sont conclues après la rupture de celui-ci²³⁷. La liberté d'expression s'en voit alors très largement limitée même en dehors de l'exécution du contrat de travail.

143. Conclusion. Bien que cette question ne nécessite pas un développement entier (car un peu en marge du sujet traité dans cette étude) il convient d'évoquer la loi du 30 juillet 2018 relative au secret des affaires. Cette loi transpose une directive européenne de 2016²³⁸. L'article 4 de cette directive dispose que « l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée, sans le consentement du détenteur du secret d'affaires, par une personne dont il est constaté qu'elle répond à l'une ou l'autre des conditions suivantes : elle a obtenu le secret d'affaires de façon illicite ; elle agit en violation d'un accord de confidentialité ou de toute autre obligation de ne pas divulguer le secret d'affaires ; elle agit en violation d'une obligation contractuelle ou de toute autre obligation de limiter l'utilisation du secret d'affaires ». Ainsi, transposant cette directive, la loi du 30 juillet 2018 a ajouté au Code de commerce les articles L.151-1 et suivants. L'article L.151-1 C. Com dispose que la divulgation d'une information relevant du « secret des affaires » constitue une faute, et que cette information doit demeurer protégée à l'égard des personnes autres que les salariés ou leurs représentants. Cependant, l'article L.151-8 du même Code prévoit une dérogation à cette règle. En effet, les salariés étant les premiers dépositaires de la loi il était nécessaire de concilier, dans l'application du mécanisme, la protection des informations « sensibles » de l'entreprise d'une part et la liberté d'expression des salariés d'autre part²³⁹. À cet égard, l'article L.151-8 prévoit que le respect de la liberté d'expression (notamment) rend inopposable l'atteinte au secret des affaires. Par conséquent, un salarié faisant usage de la liberté d'expression (de manière non abusive) ne saurait se voir opposer l'atteinte au secret des affaires dans un litige l'opposant à son employeur. Sa responsabilité civile ne pouvant être engagée sur ce fondement.

²³⁶ B. Bossu, *l'encadrement de la liberté d'expression par le contrat*, JCP S 2014, 1226.

²³⁷ J.-B. Perrier, *la transaction, le juge et la restriction de la liberté d'expression de l'ancien salarié*, JCP E, mai 2014, 1259.

²³⁸ Directive 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées.

²³⁹ P. Bonneau, D. Moore, *le secret des affaires dans les relations de travail*, Droit et Patrimoine, déc. 2018, n°286.

Lorsque le salarié est embauché dans une entreprise, il doit se soumettre aux politiques en vigueur dans celle-ci. Il peut s'agir de politiques basées sur des usages de longue date, sur le règlement intérieur, sur la place du dialogue social. Quoiqu'il en soit, même si le salarié ne renonce pas à ses libertés fondamentales, et notamment sa liberté d'expression lorsqu'il entre dans l'entreprise, il se peut que celles-ci soient limitées.

144. Transition. Comme il vient d'être vu, les limites peuvent être liés aux obligations contractuelles, aux intérêts économiques (et autres) de l'employeur, ou encore à la réputation d'autrui (les autres salariés ou l'entreprise). Mais une deuxième limite existe. Cette limite, dont l'encadrement est plus sévère, est celle qui consiste à intégrer dans l'entreprise une certaine politique qui viendra limiter l'expression des opinions et des croyances des salariés. Ainsi, l'employeur pourra mener une politique de neutralité au sein de l'entreprise, ce qui limitera considérablement l'expression de ses salariés.

Section 2 : l'expression limitée par les opinions d'autrui

145. Plan. « L'entreprise a une finalité économique mais elle est également un lieu de socialisation, de discussion, d'interaction, voire parfois de confrontation puisque le salarié y est aussi un individu avec son histoire, ses convictions, sa culture, ses croyances ou sa non-croyance »²⁴⁰. Pour éviter les tensions, l'employeur peut être amené à imposer à ses salariés dans l'entreprise une politique de neutralité. Parfois cette politique de neutralité se fera par l'insertion au règlement intérieur (non sans condition) d'une clause dite de neutralité (I). La neutralité pourrait aussi découler de l'essence même de l'entreprise, ce type d'entreprise est appelé entreprise de tendance (II).

I. Liberté d'expression limitée par la multiplication des clauses de neutralité

146. Plan. Les parlementaires avaient la volonté de transcrire dans les entreprises privées la règle existant dans les administrations et services publics. Pour certains auteurs il s'agit d'un amalgame entre le droit de la fonction publique et le droit du travail, l'employeur ne doit pas être soumis au principe de neutralité comme le sont les administrations et le service public²⁴¹

²⁴⁰ Min. Travail, *Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées*, Janvier 2017.

²⁴¹ Y. Pagnerre, *principe de neutralité dans l'entreprise*, Dr. Soc. 2016, p. 880.

qui doivent respecter le principe de laïcité de l'Etat. La question de la politique de neutralité est donc une question polémique, notamment au regard de la protection des libertés individuelles (1). Cependant, elle a été acceptée, et le législateur a instauré une disposition autorisant, sous conditions, l'instauration d'une clause de neutralité dans les entreprises privées (2).

(1) Les enjeux de la politique de neutralité

147. Le recul de la protection du salarié. Pour rappel, lorsque l'arrêt Clavaud a consacré en 1988 la liberté d'expression (sur le fondement du droit d'expression) du salarié tant dans l'entreprise qu'en dehors de celle-ci, la société française était dans une époque de progressisme et d'accroissement de la protection des libertés individuelles, notamment des individus salariés. Le Conseil d'Etat²⁴², poursuivant dans cette voie de protection des libertés individuelles a affirmé un an plus tard que l'employeur n'était pas fondé à interdire les discussions à caractère politique, religieux, philosophique dans l'entreprise, eu égard à l'atteinte que cette interdiction causerait aux droits et libertés de la personne (en l'espèce, du salarié). Cependant, aujourd'hui ces questions refont surface. La tendance n'est plus à la protection à tout prix des libertés (notamment religieuse ou d'expression) mais à la limite par tous les moyens des débats sur les convictions des uns et des autres. Dans cette optique, les employeurs tentent de limiter au plus l'expression des convictions par les salariés. Mais une question se pose alors, l'entreprise privée peut-elle mener une politique de neutralité ?

148. La neutralité dans le secteur privé. Dans le langage commun, la neutralité peut se définir comme étant « le caractère, l'attitude d'une personne, d'une organisation, qui s'abstient de prendre parti dans un débat, une discussion, un conflit opposant des personnes, des thèses ou des positions divergentes »²⁴³. Il y a donc l'idée d'une abstention, la neutralité se résume par le fait de ne pas faire ou dire quelque chose, dans un contexte où plusieurs idées s'opposent. Dès lors, au sein de l'entreprise la neutralité peut être envisagée comme l'attitude du personnel qui se traduit en une abstention d'exprimer ses convictions ou positions religieuses, politiques, ou morales. Le problème majeur est qu'une confusion est souvent faite entre la neutralité et la

²⁴² CE, 25 janv. 1989 n°64296, S.I.T.A.

²⁴³ Trésor de la langue française, v° Neutralité, A, 1., consulté sur <http://stella.atilf.fr/Dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=3258783720>; le 12 avril 2021.

laïcité. La laïcité c'est une neutralité absolue²⁴⁴, mais elle n'a pas lieu d'être dans les rapports privés puisque c'est une obligation qui est imposée à l'Etat et aux services publics. La laïcité implique la séparation de l'Etat et de la religion, et garantit à tous les citoyens une égalité devant la loi peu important leur religion ou leur conviction²⁴⁵. Il est donc clair que la laïcité n'a pas lieu d'être invoquée dans les rapports de travail et pourtant ce n'est pas de l'avis de tous. Selon le professeur Alain Supiot, « la laïcité se pose aussi dans l'entreprise. Dans ses rapports avec ses salariés l'employeur se trouve comme l'Etat dans ses relations avec les citoyens, soumis au principe de laïcité : il doit à la fois faire preuve de neutralité religieuse et empêcher que chaque salarié puisse arguer de ses convictions religieuses pour échapper à la commune, qui soude la collectivité de travail et permet à l'entreprise de réaliser son objet »²⁴⁶. Il semble en réalité que cet auteur confonde ce qui relève du pouvoir de direction de l'employeur et ce qui relève des prérogatives de puissance publique. En aucun cas il ne semble envisageable que l'employeur bride la liberté d'expression des salariés au nom de la laïcité.

149. Neutralité, une réponse à la crainte. La crainte, ou plutôt les craintes. Le gouvernement et le pouvoir législatif ont depuis quelques années une crainte constante de la liberté d'expression des individus notamment lorsqu'il s'agit de l'expression de leurs convictions religieuses. Cette crainte va dans deux sens opposés. Certains craignent que la liberté d'expression et la liberté de penser soit tuées sous couvert de la laïcité, d'autres craignent que la protection sans limite des libertés d'expression et d'opinion protège l'avènement d'un communautarisme de masse.

Dans le premier cas, c'est le Président de la République, Emmanuel Macron, qui a exprimé sa crainte qu'il y ait une radicalisation de la « laïcité » en affirmant que « c'est la République qui est laïque, pas la société »²⁴⁷. N'en déplaise au Professeur Supiot, cette affirmation semblait marquer au fer rouge ce qui a été dit précédemment dans cette étude. Il n'y a pas lieu d'invoquer la laïcité en dehors des cadres des pouvoirs publics et de leurs représentants. En revanche, cette crainte de la radicalisation de la laïcité laisse aujourd'hui place à la crainte de la radicalisation religieuse. Il y a en France aujourd'hui, une montée de la crispation d'une partie de la société à

²⁴⁴ N. Moizard, *la neutralité des salariés dans l'entreprise*, RDT 2016 p. 817.

²⁴⁵ Gouvernement, *qu'est-ce que la laïcité ?*, consulté sur <https://www.gouvernement.fr/qu-est-ce-que-la-laicite-le-12-avril-2021>.

²⁴⁶ A. Supiot, *avis sur la laïcité, Les grands avis de la commission nationale consultative des droits de l'homme*, Dalloz, 2016.

²⁴⁷ AFP, *Macron « vigilant » face au risque de « radicalisation de la laïcité »*, Le Point, 21 déc. 2017.

l'égard des religions, plus particulièrement de la religion musulmane. Les médias, la politique, le contentieux juridique ne concerne quasi exclusivement que la religion musulmane lorsqu'il s'agit de parler de laïcité ou de neutralité. Une véritable augmentation des conflits reste à vérifier, cependant ce qui est certain c'est que ces conflits sont de plus en plus médiatisés. Est mise en cause à tout va la liberté de conscience, la liberté de se vêtir, la liberté de pensée et également la liberté d'expression. Qui a le droit et le pouvoir de brider la liberté d'expression des individus, et plus particulièrement des salariés ? L'employeur ? Il semblerait effectivement que les employeurs s'accordent ce pouvoir. Apeurés par ces montées de « communautarisme » ne deviendraient-ils pas eux-mêmes communautaires en interdisant que s'expriment les salariés et en leur imposant de respecter la politique dite de « neutralité » de l'entreprise²⁴⁸ ? Le problème ici de la neutralité est qu'elle n'est pas réellement neutre. Ce qui dérange ce sont les idées qui ne sont pas dans les normes. Avec la mondialisation des économies et la libre circulation des personnes, la France couvre une diversité religieuse très importante, n'en déplaise à certains, qui se répercute dans l'entreprise²⁴⁹. Aux côtés de la neutralité, un nouveau modèle d'entreprise se développe et semble repenser la place qu'a l'individu dans l'entreprise.

150. Le nouveau modèle d'entreprise : une place pour la liberté d'expression ?. Le développement des *start-up* et de ces nouvelles formes d'entreprise signe le début du travail à la « cool ». Dans ces entreprises, qui recrutent essentiellement des jeunes, l'idée phare est d'être positif, d'adhérer au maximum aux valeurs de l'entreprise (qui sont souvent dépeintes comme étant des valeurs positives, inclusives et basées sur le respect de chacun). Un comportement « *corporate* » du salarié est attendu, au nom de cette adhésion à l'état d'esprit de l'entreprise le salarié risque de perdre sa liberté d'expression et de religion. La conception de l'entreprise (même en dehors de l'invasion des *start-up*) évolue. La neutralité en entreprise semble prendre un grand virage et la question qui peut se poser renvoie à la manière dont se conçoit l'identité des individus, leur liberté d'exprimer des convictions²⁵⁰. Toute la question de la conception qui est faite de l'entreprise est chamboulée. L'entreprise n'est-elle pas censée être le lieu parfait de pour l'exercice de la diversité ? Qu'elle doit être la place accordée à la diversité dans les relations sociales ? Il semble que le lieu de travail est l'endroit le plus propice pour rencontrer

²⁴⁸ Y. Pagnerre, *principe de neutralité dans l'entreprise*, Dr. Soc. 2016, p. 880.

²⁴⁹ B. Pereira, *signes religieux et neutralité en entreprise, quel équilibre par la norme ?*, Revue Recherches en Sciences de Gestion, 2020/1 n°136, p. 315 à 338.

²⁵⁰ J.-P. Lhernould, A. Gardin, *autour du principe de neutralité dans l'entreprise*, Dr. Soc. 2018, p132.

des individus qui ne nous ressemblent pas, qui n'ont pas les mêmes idées. Car l'humain, s'il a l'instinct de se tourner vers des gens qui lui ressemble dans sa vie personnelle, est obligé de se confronter à des individus en opposition avec lui dans le cadre de la vie professionnelle. Cependant, dans la crainte de ne pas réussir à gérer les oppositions des uns et des autres, il y a un bâillon de l'expression qui se forme et qui risque de ne pas aller en s'améliorant.

151. Transition. Si la politique de neutralité peut porter une atteinte directe et effective aux libertés individuelles et fondamentales des salariés, ce n'est pas pour autant que le législateur a freiné le mouvement favorable à une telle politique. Ainsi, en 2016, est apparu dans le Code du travail une disposition encadrant la mise en œuvre d'une politique de neutralité au sein des entreprises privées.

(2) L'instauration d'une clause de neutralité

Afin de réduire la manifestation des convictions des salariés l'employeur peut imposer une clause de neutralité dans l'entreprise. Cependant, ce principe de neutralité doit être encadré.

152. Le nouvel article. Depuis la loi Travail du 8 août 2016, un article L.1321-2-1 a été inséré dans le Code du travail. Cet article dispose que « le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés ». L'article 6 de la loi de 2016 initialement proposé par le rapport Badinter disposait que « la liberté du salarié de manifester ses convictions, y compris religieuses, ne peut connaître de restrictions que si elles sont justifiées et proportionnées »²⁵¹. La formulation de l'article tel qu'il figure aujourd'hui dans le Code du travail paraît faciliter l'adoption des restrictions. Il y a, il semblerait, une présomption de justification des restrictions imposées aux salariés en raison de la manifestation de leurs convictions. En effet, la formulation retenue est rédigée de manière positive, et tend à favoriser l'adoption par les employeurs d'une clause de neutralité dans le règlement intérieur de l'entreprise. *A contrario*, cette formulation tend à restreindre encore plus la manifestation des convictions dans l'entreprise. S'il n'y a pas de règlement intérieur dans l'entreprise, l'employeur peut tout de même prévoir une politique de neutralité. Il peut stipuler

²⁵¹ R. Badinter, *Rapport au premier ministre, comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail*, janv. 2016.

dans les contrats de travail une obligation de neutralité en se référant à l'article L.1121-1 du C. Trav. Il peut également envisager l'adoption volontaire d'un règlement intérieur.

153. Conditions de validité de la clause. La clause de neutralité, qu'elle soit intégrée au règlement intérieur ou non, doit toujours être rédigée de manière générale et indifférenciée. Il faut que la clause vise toutes les convictions religieuses, politiques, philosophiques de manière générale. Elle ne doit pas interdire seulement l'expression de telle ou telle conviction. Ainsi, dans un arrêt de la CEDH²⁵², il est affirmé que le port de signes manifestant des convictions dans le règlement intérieur ne peut être interdit que si le règlement intérieur est valablement adopté, que l'interdiction ait une portée générale, que cette interdiction soit justifiée par l'image de l'entreprise (cependant il faut faire attention car la liberté d'entreprise ne prévaut pas, par essence, sur les autres libertés ni sur l'interdiction des discriminations) et que le salarié visé par l'interdiction soit en contact direct avec la clientèle. De plus, si l'employeur ne fait pas une tentative loyale de reclassement du salarié à un poste où il n'est pas en contact avec la clientèle, la sanction qui résulte de l'interdiction du port du signe sera jugée discriminatoire. Cependant le contentieux le plus abondant n'est pas vraiment relatif au port des signes en général mais il est relatif aux femmes de confession musulmane portant un foulard islamique. Cette épineuse question étant très médiatisée, elle reflète en réalité un conflit courant au sein des entreprises. C'est notamment le cas de l'affaire très connue de la crèche associative Babyloop²⁵³ ou même d'affaires jugées seulement au fond comme par exemple dans un arrêt de la Cour d'appel de Versailles²⁵⁴ dans lequel un employeur avait mis en demeure une salariée de quitter son lieu de travail car elle ne respectait pas les prescriptions relatives à la tenue vestimentaire.

Ainsi, malgré, l'insertion d'une telle clause, l'insécurité demeure car c'est finalement aux juges du fond que reviendra le pouvoir de trancher et dire si les restrictions contestées sont nécessaires à l'entreprise et proportionnées.

154. L'encadrement de la clause de neutralité. La suite de l'article L.1321-2-1 C. travail précise que les restrictions prévues par la clause de neutralité doivent être « justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement

²⁵² CEDH, Eweida et autres c/ Royaume-Uni, 15 janvier 2013, n°48420/10.

²⁵³ Cass. Soc. 19 mars 2013 n°11-28.845 et Ass. Plénière 25 juin 2014 n°13-28.369, Affaire Babyloop.

²⁵⁴ CA Versailles 29 novembre 2018, n°17/01249.

de l'entreprise et proportionnées au but recherché ». Par libertés et droits fondamentaux, le législateur entendait notamment les libertés de conscience et d'expression des autres salariés de l'entreprise. Ainsi, les restrictions doivent être de nature à permettre à chaque salarié de ne pas se sentir obligé par les autres à penser comme eux (éviter le prosélytisme). Cependant, l'insertion de la clause de neutralité ne doit pas permettre d'éviter toutes manifestations qui seraient susceptibles d'influencer autrui car cela réduirait en réalité la liberté à néant²⁵⁵. Par ailleurs, il est admis que la clause puisse être justifiée par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise. Le plus souvent, l'employeur invoque alors l'argument du contact avec la clientèle pour justifier les restrictions prises à l'encontre des salariés. Toutefois, les juges ont estimé que le simple fait d'être en contact avec la clientèle ne justifiait pas en soi une obligation de neutralité²⁵⁶. Par ailleurs, les juges vérifient la proportionnalité de ce principe : la politique de neutralité doit être menée de façon cohérente et systématique, l'interdiction doit être limitée au strict nécessaire et il ne doit pas exister de solution alternative. L'employeur qui serait gêné par la manifestation des convictions du salarié doit opérer une politique dite d'accommodement raisonnable : il s'agit d'une proposition de reclassement du salarié à un poste où il ne sera pas en contact avec la clientèle. Contrairement à l'obligation de recherche de poste de reclassement dans le cadre d'un licenciement économique, l'absence de recherche ici n'est pas sanctionnée par la nullité.

155. Transition. Dans certaines entreprises, même en l'absence de clause de neutralité, l'employeur aura le pouvoir d'interdire ou d'exiger certains comportements. Il s'agit du cas des entreprises de tendance.

II. Le cas particulier des entreprises de tendance

156. La définition des entreprises de tendance. La notion d'entreprise dites de « tendances » ne dispose pas de fondement légal en France. Cette conception purement prétorienne a émergé dans les années 1970 lorsque des litiges opposaient des entreprises à caractère confessionnel et leurs salariés²⁵⁷. Ainsi, même s'il n'y a aucun texte qui serve de base légale à cette notion ces entreprises représentent une réalité. La directive de l'Union

²⁵⁵ CEDH, 15 janvier 2013, n°48420/10, *Ewaida*, §94, AJDA 2013.81.

²⁵⁶ Cass. Soc., 11 janv. 2012, n° 10-28.213.

²⁵⁷ D. Lochak, *Entreprise et religion – le cas de la France*, LPA, 2013.

Européenne du 27 novembre 2000²⁵⁸ donne une base de réflexion pour ces entreprises particulières. Elle énonce qu'il est possible « sans préjudice du droit des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, agissant en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales, de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation ». Elles peuvent être définies comme des « associations, syndicats ou groupements dans lesquels une idéologie, une morale, une philosophie ou un politique est expressément prônée. Autrement dit, l'objet essentiel de l'activité de ces entreprises est la défense et la promotion d'une doctrine ou d'une éthique »²⁵⁹. Les entreprises de tendance peuvent recouvrir une multitude de formes, il peut s'agir d'une part d'entreprises « confessionnelles » comme des paroisses, des établissements religieux ou d'enseignement confessionnel et d'autre part de partis politiques, de syndicats professionnels, d'entreprise d'information ou encore d'association de fondation. La multitude d'entreprises qui pourraient être qualifiées de « tendance » doit être prise en compte pour apprécier le régime de la liberté des salariés.

157. Interrogations. La question de la validité des entreprises de tendance en France laisse susciter quelques interrogations. En effet, à la suite de l'adoption de la directive de 2000 les Etats étaient censés adopter des clauses de « *standstill* » pour que les entreprises de tendance soient reconnues. La France n'a rien inséré à sa législation sur ce sujet. *A contrario*, l'Allemagne prévoit à l'article 2-1 de la Loi fondamentale allemande qu'une entreprise de tendance (*tendenzbetrieb*) « dispose du droit garanti de régler ses affaires de manière autonome, dans les limites de la loi applicable à tous ». Et pourtant, les juges de cassation admettent sans difficulté la validité de ces entreprises²⁶⁰. Cependant, la Cour de cassation tente de limiter leur admission aux entreprises dans lesquelles « une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique est expressément prônée »²⁶¹. En effet, admettre de manière large les entreprises de tendance conduirait à limiter la liberté des salariés de manière trop importante.

²⁵⁸ Art 4 Directive 78/2000/CE du 27 novembre 2000.

²⁵⁹ Ph. Waquet, C. Wolmark, *convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ?* RDT, 2009, 485.

²⁶⁰ Pour des arrêts célèbres : Cass. Ass. Plén. 19 mai 1978, n°76-41.211 Dame Roy c/ institution Sainte-Marthe ; Cass. Soc. 17 avril 1991, Painsecq, *op.cit.*

²⁶¹ CNCDH, *Avis sur la laïcité*, 26 sept. 2013.

158. Les effets de l'entreprise de tendance sur la liberté. Ces entreprises ont un effet important sur la liberté des salariés. Si le principe de laïcité ne s'impose normalement pas aux personnes privées, il n'est pas possible que les entreprises limitent sur ce fondement les libertés des salariés. Mais, il en est en réalité tout autrement dans les entreprises de tendance. Même si leur liberté de conscience est normalement absolue, c'est-à-dire qu'aucune restriction ne peut lui être apportée, il en va autrement pour la liberté d'expression. La liberté d'expression qui fait le plus face à ces entreprises de tendance se trouve être la liberté d'expression religieuse. Que celle-ci s'exerce par le biais de propos ou par la tenue vestimentaire elle marque l'appartenance à une religion qui pourra dans un cas être interdite et, dans un autre cas, exigée par l'employeur. Ainsi, le salarié devra conformer ses propos aux thèses de l'employeur²⁶². La notion d'entreprise de tendance a pour fonction principale de légitimer les exigences de l'entreprise relative à l'adéquation des propos des salariés avec les orientations de celle-ci. La CEDH admet dans ce sens que les entreprises puissent imposer aux salariés des comportements en concordance avec leur doctrine²⁶³. L'entreprise de tendance bénéficiera donc d'une souplesse plus importante que les entreprises *ordinaires* quant à la prise en compte du comportement ou des propos exprimés par le salarié à l'extérieur de l'entreprise. Si la Cour de cassation a développé cette notion d'entreprise de tendance c'est en réalité pour que la sanction litigieuse prise par l'entreprise échappe à la qualification de discrimination ou d'atteinte à la vie privée lorsque celle-ci répond à certaines conditions²⁶⁴.

159. Retournement de situation. Aujourd'hui, face au raidissement de la société contre l'Islam le débat sur les entreprises de tendance revient au galop mais il est cependant inversé. Alors qu'auparavant les litiges opposaient des entreprises confessionnelles avec des salariés « neutres », aujourd'hui ils opposent des entreprises « laïques » à des salariés exprimant leurs convictions. Il n'y a donc plus aujourd'hui la nécessité de protéger le caractère « propre » d'une entreprise contre les comportements qui allaient à l'encontre de celle-ci. En revanche il faut protéger l'entreprise contre les comportements des salariés qui sont inspirés de leurs convictions religieuses, politiques ou philosophiques²⁶⁵. Cependant, le problème est autre car ici les entreprises revendiquent un caractère neutre ou laïque, ce qui normalement n'est pas en

²⁶² Ph. Waquet, Y. Struillou, L. Pécaut-Rivolier, *pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié, du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Liaisons, 2014.

²⁶³ J. Mouly, Y. Chalaron, *règlement intérieur et notes de services*, Rép. Trav., Avril 2015.

²⁶⁴ D. Castel, *le cas des entreprises de tendance*, JA 2020, n°630, p.28.

²⁶⁵ D. Lochak, *Entreprise et religion – le cas de la France*, LPA, 2013.

adéquation avec notre droit qui ne l'applique qu'aux pouvoirs et services publics. La question des entreprises laïques serait celle où l'expression de toutes les religions serait prohibée. Mais cette notion ne saurait être admise en raison du fait que la laïcité est un principe constitutionnel d'organisation de l'Etat et non d'organisation privée d'une entreprise privée. Cette laïcité ne saurait être perçue comme étant une tendance, alors qu'elle est la norme dans notre société. Ainsi, imposer la laïcité comme une tendance réduirait de manière incontestable la force du principe constitutionnel. Cette idée était la thèse soutenue par l'avocat général de l'affaire *Babyloup*, « les entreprises de tendance laïque aurait inévitablement conduit à faire de la laïcité une doctrine comme une autre, susceptible d'être mise en concurrence et traitée sur un pied d'égalité avec les autres systèmes de croyances, au lieu qu'elle ne soit un corps de règles s'imposant à tous et participant de l'identité constitutionnelle de la France »²⁶⁶. Effectivement, dans cette affaire la Cour de cassation avait refusé de considérer que la crèche privée était une entreprise de tendance. Cependant, la réponse de la Cour n'en était pas pour le moins étrange car il y avait une réelle contradiction entre le refus de considérer la crèche comme une entreprise de tendance et la référence faite à son règlement intérieur qui prévoyait la restriction de la liberté de manifester une religion pour admettre « que la nature des tâches accomplies par les salariés, compte tenu du but recherché, justifiait l'interdiction du port de signes religieux »²⁶⁷.

160. Conclusion. Les opinions de l'employeur, sous le couvert de neutralité, peuvent grandement impacter la liberté d'expression du salarié. Ainsi, ce dernier peut se retrouver limité dans ses facultés d'expression dès lors que ses idées vont à l'encontre de l'opinion neutre de l'employeur. Le problème majeur qui ressort de cette neutralité, qu'elle soit imposée par des clauses ou par essence dans les entreprises de tendance, est qu'elle ne semble viser en réalité qu'une seule catégorie de salariés : les femmes de confession musulmane²⁶⁸. Peut-on alors affirmer qu'il s'agit d'une réelle neutralité ? Ou bien seulement d'une appréhension de l'employeur face à l'expression par les salariés de leur religion sur le lieu de travail.

²⁶⁶ B. Aldigé, *le champ d'application de la laïcité : la laïcité doit-elle s'arrêter à la porte des crèches ?*, D. 2013, P.956.

²⁶⁷ P. Delvolvé, *entreprise privée, laïcité, liberté religieuse*, RFDA 2014, p.954.

²⁶⁸ Une référence pourrait également être faite à l'arrêt sur le port de la barbe, qui d'après l'employeur constituait un risque pour la sécurité de l'entreprise : Cass. Soc. 8 juill. 2020, n°18-23.743.

Conclusion générale

La liberté d'expression est une notion qui n'est pas simple à appréhender. Les contours de cette notion ne sont pas fixés malgré le fait qu'elle soit limitée par les droits et libertés d'autrui. De plus, les nouveaux espaces d'expression, qui ont vu le jour depuis le début du siècle, sont la principale cause de cette difficile appréhension. Si les salariés sont des citoyens à part entière, l'utilisation de ces nouveaux moyens d'expression tend à faire déborder leur vie privée sur leur vie professionnelle. L'employeur en subira les conséquences pour ses propres intérêts. Alors, même si la tendance était depuis longtemps de protéger les droits individuels du salarié, en raison de son statut de partie faible au contrat, l'apparition des réseaux sociaux et les conséquences de celle-ci l'ont plutôt inversée. Les juges sont désormais plus exigeants sur la teneur des propos que le salarié peut ou ne peut pas tenir dans sa sphère privée, dès lors que l'employeur risque d'être concerné par ceux-ci. À l'inverse, le pouvoir de direction ne semble pas avoir été restreint, il semblerait même plutôt que celui-ci ait pris une certaine ampleur jusqu'à déborder sur la sphère privée du salarié. Le salarié serait-il alors soumis au lien de subordination même lorsqu'il n'exécute pas son contrat de travail ?

Par ailleurs la liberté d'expression du salarié est restreinte au nom de l'abus, de la loyauté, de la confidentialité ou encore de la neutralité. La multiplication des cas de limitation de l'expression représente l'équilibre qui a été trouvé par les juges et le législateur pour contrer la liberté individuelle du salarié et protéger l'employeur. Ainsi, même si l'employeur dispose d'un droit fondamental, la liberté d'entreprendre, il semble que ce qui soit en réalité protégé soit sa réputation, ce qui n'est pas un droit fondamental. Mais la société évolue tant dans le sens de l'image et du paraître que cette situation semble difficile à éviter.

L'évolution de la société est telle que le droit ne l'a pas encore totalement appréhendée. Les individus ont de moins en moins de scrupule à s'exprimer, à critiquer ou à dénoncer. Mais n'est-ce pas en réalité la consécration de leur statut de citoyen ? En effet, la société ne pourrait être une démocratie si le droit n'existait pas. Il faut que le droit existe pour que le peuple forme une démocratie, mais il est également nécessaire que le droit représente le peuple dans son intégralité. Pour que le droit évolue il faut que le peuple s'exprime afin de faire évoluer les règles qui régissent la société. Le droit doit protéger les individus appréhendés dans leur entièreté.

Bibliographie

Ouvrages généraux et manuels

Auzero G., Baugard D., Dockès E. :

- *Droit du travail*, Précis, 34e éd., Dalloz, 2021.

Favennec-Héry F., Verkindt P.-Y. :

- *Droit du travail*, 7^e éd., LGDJ.

Lokiec P. :

- *Droit du travail*, PUF, sept. 2019.

Mazeaud A. :

- *Droit du travail*, Précis Domat, 10^e éd., LGDJ.

Ray J.-E. :

- *Droit du travail, droit vivant*, 29^e éd., Liaisons.

Ouvrages spéciaux et études

Féral-Schuhl C. :

- *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet*, Praxis Dalloz, 8e éd.

DUPAYS A. :

- *Nature juridique des chartes et codes de conduite*, Le Lamy Social, mars 2021.

Mouly J., Savatier J. :

- *Droit disciplinaire – fautes disciplinaires*, Rép. Trav., févr. 2019.

Tricoit J.-P. :

- *Liberté d'expression et droit social*, JCI Communication., fasc 18, n°35.

Ferkane Y. :

- *Syndicats professionnels : prérogatives et actions – action en justice du syndicat*, Rép. Trav., juin 2020.

Waquet Ph., Struillou Y., Pécaut-Rivolier L. :

- *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié, du salarié citoyen au citoyen-salarié*, Liaisons, 2014.

Thèses et mémoire

Befre P. :

- *La liberté d'expression des salariés*, thèse Université Paris II, 2011.

Février C. :

- *L'encadrement des relations contractuelles de travail : une analyse comparative France – États-Unis*, Université Paris II, 2015.

Larher Y.-M. :

- *Les relations numériques de travail*, Thèse, École doctorale de droit social Université Paris II Panthéon-Assas, 31 mai 2017.

Articles et contributions

Adam P. :

- *Mon traître, ce héros*, RDT, 2016, p.566.
- *À propos de la liberté d'expression du salarié*, BJT, janv. 2021, n°114s3, p.47.
- *Droit (de l'employeur) à la preuve et vie privée (du salarié)*, Dalloz IP/IT, 2016, p.21.

Aldigé B. :

- *Le champ d'application de la laïcité : la laïcité doit-elle s'arrêter à la porte des crèches ?*, D. 2013, p.956.

Aubrée Y. :

- *Contrat de travail : clauses particulières*, RDT, janv. 2017.

Auroy B., Stella E. :

- *La liberté d'expression face aux réseaux sociaux*, Dr. Pénal n°6, juin 2017, étude 13.

Beriat A. :

- *Avis de l'avocate générale sur l'arrêt du 30 septembre 2020*, JCP S, oct. 2020, 3042.

Beyneix I., Rovinski J. :

- *Liberté d'expression - l'emprise de la vie professionnelle sur la vie personnelle*, JCP S, sept. 2016, 1312.

Bonneau P., Moore D. :

- *Le secret des affaires dans les relations de travail*, Droit et Patrimoine, déc. 2018, n°286.

Bossu B. :

- *Le salarié, le réseau social et l'injure*, JCP S, 2013, n°23, 1237.
- *L'encadrement de la liberté d'expression par le contrat*, JCP S, 2014, 1226.
- *Vie privée du salarié. L'ascension du droit au respect de la vie personnelle*, JCP S, 2015, 1241.
- *Quelle protection pour le lanceur d'alerte ?*, JCP S, déc. 2020, 3091.

Boyd D., Ellison M. :

- *Social network sites: definition, history and scholarship*, Journal of Computer-Mediated Communication, 13, 2007.

Canto-Sperber M. :

- *Il ne peut y avoir de liberté d'expression quand il y a une parole dominante*, Le Monde, 6 mai 2021.

Casaux-Labrunée L. :

- *Vie privée des salariés et vie de l'entreprise*, Dr. Soc., 2012, p.331.

Castel D. :

- *Le cas des entreprises de tendance*, JA, 2020, n°630, p.28.

Cavallini J. :

- *Droit de critique et publication injurieuse dans l'entreprise*, JCP S, 2010, 1015.

Chalaron Y. :

- *Règlement intérieur et notes de services*, Rép. Trav., avr. 2015.

Chevrier E. :

- *Un dénigrement aux confins de la diffamation*, Dalloz actualité, 5 mars 2013.

Chonnier J.-M. :

- *Internet et le droit d'expression des salariés*, SSL, oct. 2011, 1507.

Combrexelle J.-D. :

- *Vie professionnelle et vie personnelle*, Dr. Soc., 2010, 12.

Dabosville B. :

- *Les contours de l'abus d'expression du salarié*, RDT, 2012, 275.
- *Communication personnelle en entreprise et surveillance patronale, new deal ou statu quo ?*, Dr. Soc., 2018, 455.

Delvolvé P. :

- *Entreprise privée, laïcité, liberté religieuse*, RFDA, 2014, p.954.

Desbarats I. :

- *Alertes, codes et chartes éthiques à l'épreuve du droit français*, D. 2010, 548.

Dockès E. :

- *La liberté d'expression au travail*, Dr. Ouvr., 2011, p.53.

Duchange G. :

- *Nullité du licenciement du salarié dénonçant des agissements frauduleux*, JCP S, 15 nov. 2016, 1381.
- *Le droit commun des alertes professionnelles*, JCP S, 2016, 1215.

France I. :

- *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total, d'Alain Supiot, Paris, Le Seuil, 2010, La revue lacanienne, 2012/2 (N° 13), p.113-119.*

Gavalda N. :

- *La liberté de la correspondance ou l'intrusion de la vie privée dans l'entreprise, JCP S 2010, 1194.*

Golhen C. :

- *Facebook : droit au respect de la vie privée vs droit de la preuve, D. 2020, 2383.*

Gratton L. :

- *Liberté d'expression et devoir de loyauté du salarié, une cohabitation délicate, Dr. Soc., 2016, 4.*

Grégoire F. :

- *Le non-respect par un salarié de son obligation de confidentialité justifie son licenciement pour faute grave, JCP G, mars 2020, 276.*

Halimi G. :

- *L'interrogation sur le bien-fondé du licenciement d'un collègue, sur un site internet, ne constitue pas un usage abusif de la liberté d'expression, JSL, 23 juin 2015, n°390.*

Hautefort M. :

- *Règlement intérieur ou charte : il ne faut pas choisir, Cah. DRH, 1^{er} juin 2017, 243.*

Huglo J.-Y. :

- *Un arrêt novateur et équilibré, SSL, 4 juill. 2016, n°1730.*

Icard J. :

- *Communication par voie électronique : question de constitutionnalité, JCP S, 2013, 1457.*

Jasor M. :

- *L'entreprise méfiante face aux réseaux sociaux*, Les Échos, 26 juin 2009.

Lacabarats A. :

- *À propos de quelques libertés en entreprise, propos conclusifs*, RDT, 2014, 409.

Leclerc O. :

- *Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail*, Dr. Soc., 2005, 173.

Leloup D.

- *Incriminés après l'assassinat de Samuel Paty, les réseaux sociaux auraient-ils pu faire davantage ?*, Le Monde, 20 octobre 2020.

Leroy Y. :

- *La communication syndicale à l'heure d'internet*, RJS 1/2010, chron. 3.

Lhernould J.-P., Gardin A. :

- *Autour du principe de neutralité dans l'entreprise*, Dr. Soc., 2018, p.132.

Lochak D. :

- *Entreprise et religion – le cas de la France*, LPA, 2013.

Loiseau G. :

- *Vie personnelle et licenciement disciplinaire*, D. 2011, p.1568.
- *La liberté d'expression du salarié*, RDT, 2014, n°6, p396.
- *Réseaux sociaux et abus de la liberté d'expression : l'exception du cercle privé*, JCP S, 2018, 1328.
- *Le licenciement pour un fait se rattachant à la vie professionnelle*, JCP S, 2020, 3011.
- *Le droit à la preuve face aux secrets*, RJS, 2017, p.85.

Lyon-Caen A. :

- *Libertés et contrôle dans l'entreprise, 20 ans après*, RDT, 2014, 386.

Lyon Caen G. :

- *Les libertés publiques et l'emploi, rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle*, La documentation française, 1992.

Malfettes L. :

- *L'employeur doit permettre aux salariés mis à disposition d'accéder aux informations syndicales*, Dalloz actualité, avril 2021.

Malherbe N. :

- *La liberté d'expression protectrice des salariés lanceurs d'alerte de bonne foi*, LPA, 17 nov. 2016, n°121z7, p.6.

Marchandier F. :

- *Articulation du contrat et des droits fondamentaux (clause de confidentialité vs liberté d'expression)*, RDC, 2020, n°1, p.80.

Marguénaud J.-P. :

- *La liberté d'expression syndicale, parent pauvre de la démocratie*, D. 2020, 1456.

Moizard N. :

- *La neutralité des salariés dans l'entreprise*, RDT, 2016, p.817.

Mouly J. :

- *Il y a vacances ... et vacances : le rattachement à la vie professionnelle d'un séjour d'agrément organisé par l'entreprise*, Dr. Soc., 2014, p.1064.
- *Règlement intérieur et notes de services*, Rép. Trav., avr. 2015.
- *Où l'on voit la Cour de cassation définir la faute lourde du salarié au visa d'une disposition qui ne la mentionne plus*, Dr. Soc., 2017, 378.
- *La liberté d'expression syndicale, parent pauvre de la démocratie*, D. 2020, 1456.

Nivelles V. :

- *Les entreprises à l'épreuve des réseaux sociaux*, JSL, 23 déc. 2014, n°377-178.

Pacotte P. :

- *L'interrogation sur le bien-fondé du licenciement d'un collègue, sur un site internet, ne constitue pas un usage abusif de la liberté d'expression*, JSL, 23 juin 2015, n°390.

Pagnerre Y. :

- *Principe de neutralité dans l'entreprise*, Dr. Soc., 2016, p. 880.

Pereira B. :

- *Entreprises : loyauté et liberté d'expression des salariés sur les réseaux sociaux numériques*, Gérer et comprendre, 2017/4, 130.
- *Signes religieux et neutralité en entreprise, quel équilibre par la norme ?*, Revue Recherches en Sciences de Gestion, 2020/1 n°136, p. 315 à 338.

Perrier J.-B. :

- *La transaction, le juge et la restriction de la liberté d'expression de l'ancien salarié*, JCP E, mai 2014, 1259.

Peyronnet M. :

- *Facebook : « faux amis », vrai manquement à l'obligation de confidentialité*, Dalloz actualité, oct. 2020.

Prétot S. :

- *L'ami des réseaux sociaux : précisions sur l'appréhension juridique de la communauté virtuelle*, Dalloz actualité, 19 janv. 2017.

Radé C. :

- *L'entreprise et la vie privée du salarié*, Dr. Soc., 2021, 4.

Ray J.-E. :

- *Droit de critique et obligation de réserve d'un dirigeant*, Dr. Soc., 2000, p.165.
- *Facebook, espace public plus que privé*, SSL, avr. 2013, 1581.
- *Des licenciements « Facebook » à la sanction d'un « like »*, SSL, févr. 2019, 1847.

Rochefoucauld (de la) M., Levannier-Gouël O. :

- *Les réseaux sociaux d'entreprise : approches croisées droit social et GRH*, JCP S, 2020, 3075.

Salomon R. :

- *Sycophantes*, Revue des Études Grecques, tome 19, fascicule 86, 1906, p335-358.

Sudre F. :

- *Droit de la convention européenne des droits de l'homme*, JCP G, janv. 2020, n°1-2.

T. J.-E. :

- *Conséquences de la dénonciation auprès de l'inspection du travail de faits susceptibles de constituer une infraction pénale*, JSL, 58, 18 mai 2000.

Teyssié B. :

- *Alerte, dénonciation, délation, variations sur un risque*, JCP G, 3 mai 2021, 482.

Toubon J., Lagesse. P :

- *Le régime « général » de protection des lanceurs d'alerte est-il l'expression d'un droit fondamental ?*, SSL, 20 mai 2019, n°1862.

Waquet Ph. :

- *Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ?* RDT, 2009, 485.
- *Vie personnelle du salarié*, Mélanges J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p.513.
- *Le trouble caractérisé dans l'entreprise, une notion à définir*, RDT, 2006, p.304.
- *Chronique d'une formation restreinte*, RJS, févr. 2006, p.84.

Wolmark C. :

- *Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ?* RDT, 2009, 485.

Rapports, Avis

Auroux J. :

- *Les droits des travailleurs, rapport au Président de la République et au Premier Ministre*, La documentation française, sept. 1981.

Badinter R. :

- *Rapport au premier ministre, comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail*, janv. 2016.

CNCDH :

- *Avis sur la laïcité*, 26 sept. 2013.
- *Avis sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, 26 mai 2016.
- *Avis sur la transposition de la directive européenne relative aux lanceurs d'alerte*, 24 sept. 2020.

CNIL :

- *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, Rapport, 5 févr. 2002.

G29 :

- *Avis 5/2009 sur les réseaux sociaux*, 12 juin 2009.

Supiot A. :

- *Avis sur la laïcité, Les grands avis de la commission nationale consultative des droits de l'homme*, Dalloz, 2016.

Medef :

- *Rapport « réseaux sociaux et entreprises : quels enjeux juridiques ? »*, sept. 2014.

Guides, communiqués

Conseil d'Etat :

- *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, La documentation Française, févr.2016.

Défenseur des droits :

- *Guide : orientation et protection des lanceurs d'alerte*, juill. 2017.

Institut Messine :

- *Le lanceur d'alerte dans tous ses états : guide pratique et théorique*, nov. 2018.

Ministère du Travail :

- *Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées*, janv. 2017.

Table des matières

REMERCIEMENTS	3
LISTE DES ABREVIATIONS	4
RESUME	5
SOMMAIRE	6
INTRODUCTION	8
PARTIE 1 : L'ELARGISSEMENT DE LA SPHERE D'EXPRESSION	15
CHAPITRE 1 : L'EMERGENCE DE NOUVEAUX ESPACES D'EXPRESSION	16
<i>Section 1 : l'utilisation des réseaux sociaux hors de l'entreprise</i>	<i>16</i>
I. Les contours de la notion de réseaux sociaux	16
(1) L'apparition d'un nouveau moyen de communication	16
(2) Les définitions des réseaux sociaux	18
II. L'impact des réseaux sociaux	20
<i>Section 2 : l'utilisation des réseaux sociaux numériques dans l'entreprise</i>	<i>23</i>
I. L'utilisation individuelle des réseaux sociaux numériques	23
(1) L'utilisation à des fins professionnelles.....	23
(2) L'utilisation à des fins personnelles.....	24
II. L'utilisation des réseaux sociaux numériques à des fins syndicales.....	26
III. La mise en place d'outils de prévention	29
CHAPITRE 2 : DE LA SIMPLE EXPRESSION A LA DENONCIATION	32
<i>Section 1 : la liberté d'expression consacrée par le droit de critique</i>	<i>32</i>
I. Le droit de critique du salarié	32
(1) La protection de la critique	33
(2) Le cas particulier des cadres	35
II. Le droit de critique des représentants des salariés	37
<i>Section 2 : la protection de la dénonciation</i>	<i>38</i>
I. La liberté d'expression au secours de la dénonciation.....	40
II. L'harmonisation du régime protecteur des lanceurs d'alerte.....	42
III. La multiplication des incohérences en matière d'alertes	43
(1) La mauvaise articulation des différents régimes d'alertes	44
(2) L'articulation risquée entre alerte et liberté d'expression.....	46

PARTIE 2 : LE CONTROLE DE LA SPHERE D'EXPRESSION 49

CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DE LA LIBERTE D'EXPRESSION FACE AU MECANISME DE LA PREUVE..... 50

Section 1 : à la recherche d'un équilibre entre les intérêts du salarié et de l'employeur 51

- I. Liberté d'expression et de communication dans la sphère privée 51
 - (1) La protection de la vie privée au travail..... 51
 - (2) La vie personnelle au croisement de la vie privée et professionnelle..... 53
- II. Les limites à la protection des libertés individuelles 55
 - (1) L'exercice d'une liberté individuelle constituant un trouble objectif..... 56
 - (2) L'exercice d'une liberté individuelle constituant une faute disciplinaire 58
 - (3) Le droit de regard de l'employeur 59

Section 2 : à la recherche d'un équilibre entre droit à la preuve et libertés individuelles... 60

- I. La protection des libertés individuelles garanties par le droit de la preuve..... 61
 - (1) Les règles probatoires classiques 61
 - (2) Obligation de loyauté de la preuve 62
- II. Atteinte à la liberté d'expression dans le cadre de la vie privée 64

CHAPITRE 2 : LES LIMITES A LA LIBERTE D'EXPRESSION 67

Section 1 : l'expression limitée par les intérêts d'autrui..... 67

- I. Abus de la liberté d'expression..... 67
 - (1) Critères classiques de caractérisation de l'abus 68
 - (a) La diffamation et l'injure 68
 - (b) L'excès..... 70
 - (2) Le dénigrement 71
 - (3) Critères récents de caractérisation de l'abus 72
- II. Les obligations découlant de la relation contractuelle 76
 - (1) L'obligation de loyauté : une obligation inhérente au contrat de travail 77
 - (a) Définition de l'obligation de loyauté..... 77
 - (b) Articulation de l'obligation de loyauté et de l'abus de la liberté d'expression 78
 - (2) La liberté d'expression limitée par des clauses ou conventions 80
 - (a) La clause de confidentialité..... 81
 - (b) La transaction..... 84

<i>Section 2 : l'expression limitée par les opinions d'autrui</i>	87
I. Liberté d'expression limitée par la multiplication des clauses de neutralité	87
(1) Les enjeux de la politique de neutralité	88
(2) L'instauration d'une clause de neutralité	91
II. Le cas particulier des entreprises de tendance	93
CONCLUSION GENERALE	97
BIBLIOGRAPHIE	98
TABLE DES MATIERES	109